

Mercantiles de capital público: vuelta a la senda que se ha de volver a pisar. Pinceladas de la nueva norma relativas a poderes adjudicadores no Administración Pública



La lista de flagrantes incumplimientos de los principios establecidos en el artículo primero del texto todavía vigente en materia de contratación pública es propia del más inspirado Michael Ende.

08/01/2018

Contratos públicos inflados para obras hídras, sobrecostes en la construcción de las infraestructuras ferroviarias, dádivas bajo adjudicaciones de eventos sacrosantos, falseamiento de los procedimientos en Instrucciones Internas de Contratación, adjudicaciones ad hoc, adjudicaciones a cambio de favores y beneficios personales, cajas que habitan en sótanos de edificios públicos repletas de documentación de licitaciones no conocidas., solvencias de mercantiles sin contenido aparente. La lista de flagrantes incumplimientos de los principios establecidos en el artículo primero del texto todavía vigente en materia de contratación pública es propia del más inspirado Michael Ende. Y claro está, de esos polvos viene estos lodos. La vuelta a la senda administrativa de las mercantiles participadas era de lógica contextual. Hace no mucho, los aviones tampoco tenían puerta en la cabina y si la azafata tenía a bien, algunos niños podían disfrutar de un maravilloso aterrizaje junto a los pilotos. Ahora los aviones comerciales, en sus cabinas, tienen puerta con mirilla. La misma mirilla que con acierto ha aplicado el legislador a este tipo de poderes adjudicadores no Administración Pública que forman parte del círculo concéntrico denominado Sector Público. El paraguas del antiguo artículo 191 del Texto Refundido ha quedado doblado del revés por el viento y las mercantiles participadas son, bajo esa regulación medio privada, medio pública, que reza el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, un poco más Administración si cabe.

En cuanto a la norma en sí, tan dilatado alumbramiento- tres años desde la publicación de la Directiva de la que trae causa- debía por lo menos haber puesto un poco de cordura en relación a la técnica legislativa empleada. Si bien es cierto que su extensión en articulado es similar al actual y moribundo texto refundido, también lo es que sus múltiples referencias cruzadas hacen de esta norma un texto incómodo, farragoso y falto de sentido práctico en algunas ocasiones. Para muestra, la regulación que de los trámites de urgencia se hacen en el artículo 119, que se asemejan más a las instrucciones de un juego de rol que a un precepto de una norma moderna ' obviamente sin menospreciar al juego en sí -o los equilibrios relativos a la limitación de los plazos para la presentación de proposiciones y plazos de publicación de anuncios de licitación regulados en el 156 de la norma, cuyos artículos nos colocan en ante un enredo con múltiples jugadores. Pero es un paso adelante. Su publicación es una buena noticia: la forma no debe abstraernos del fondo y la vuelta a la senda administrativa para las mercantiles participadas es una noticia de portada.

En lo sustantivo, los antiguos 190 y 191 y ss. de la norma que habilitaba a las mercantiles para establecer sus propias normas de juego, han sido desplazado por el Libro Tercero que regula las nuevas reglas para estas sociedades. Y lo hace desde un punto de vista categórico para aquellas contrataciones sujetas a regulación armonizada, en las que taxativamente remite a un articulado de la Ley, y de una manera más laxa para aquellas contrataciones cuyas cuantías no superen determinados umbrales. Y califico como laxa porque de una interpretación del texto se puede desprender que, por ejemplo nada desdeñable, el articulado relativo a los contratos menores en la nueva norma, que entra dentro de la Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II y que se enmarca en el artículo 118 no es de aplicación para las mercantiles. Entonces, ¿qué ocurre con los menores? Si es de aplicación dicho artículo no es preceptivo realizar expedientes extensos para este tipo de contratos como reza el precepto. Diferencia del antiguo 138.3 del Texto Refundido, mediante el que bastaba acreditar presupuesto y factura para la adjudicación directa con los antiguos umbrales del contrato menor, este nuevo precepto, de manera acertada, regula de modo imperativo unas reglas extensas para la realización de contratos menores ' como debía haber sido siempre, por otro lado- que quedan fuera del ámbito de aplicación de las mercantiles de capital público. ¿Y qué ocurre con estas sociedades? La nueva norma reserva el apartado b) del artículo 318 para denominar a estos contratos como de 'adjudicación directa'

obviando la etimología pretérita. De una lectura sosegada deducimos que no son menores sino de adjudicación directa, con los nuevos umbrales idénticos a los menores, es decir, 40.000 € para el caso de obras y 15.000 para el caso de suministros y servicios. Pero no se regula ni su prórroga ni su duración. Así pues, de nuevo, de una interpretación rigurosa del nuevo texto, podríamos aventurar que una mercantil que entre dentro del ámbito subjetivo de la norma, podría realizar un contrato de adjudicación directa por un plazo superior al que debe observar una Administración Pública siempre respetando el umbral cuántico. Aunque no venga regulada su prórroga, superar los umbrales mediante la misma pondría a estas sociedades en supuestos de fraccionamiento, que teleológicamente la norma pretende evitar con criterios restrictivos como el de la eliminación de instrucciones propias ad hoc de estos entes, con lo que se deduce que, por analogía del precepto excluido para las mercantiles, dichas adjudicaciones directas quedarán excluidas de prórroga. La regulación reglamentaria de ejecución de la norma debería abordar estos pequeños flecos.

Es también destacable el tratamiento que hace del lenguaje el Libro Tercero que aplica a las mercantiles. Mientras en los contratos sujetos a regulación armonizada las formas verbales empleadas son taxativas 'léase artículo 317 'se registrarán'- en lo referente a contratos por debajo de estos umbrales regulados en la letra b del 318 el legislador emplea el potestativo 'podrán' con lo que, en relación con la disposición transitoria quinta que dispone la adaptación de las instrucciones internas de estas sociedades a las normas del Libro Tercero y que remite a los mismos procedimientos que deben ser empleados por las Administraciones Públicas, queda abierta la posibilidad de una interpretación amplia sobre si una sociedad mercantil de capital público puede o no excluir alguno de estos procedimientos de su proceder o si por lo contrario debe taxativamente, como descrito en el precepto anterior utilizar.

El nuevo procedimiento abreviado y súper abreviado configurado en el artículo 159 y 159.6 son también importantes para las mercantiles participadas. Se reducen los requisitos burocráticos para licitadores en umbrales menores previstos de 2.000.000 € en obras y 100.000 € en suministros y servicios. Estos preceptos podrán ser útiles para estas sociedades con contratación de numerosas cuantías en su día a día por debajo de esos umbrales. Y en los plazos, pueden verse reducidos en 5 días si se realizan por trámites electrónicos. Este sí es un plazo novedoso y práctico. El plazo de los 15 días generales que marca la norma era ya un plazo muy seguido por este tipo de sociedades en sus instrucciones internas con lo que no se innova con el plazo general.

No obstante, la norma sigue teniendo apuntes llamativos en cuanto a las aperturas. Si vamos a una contratación electrónica 100%, y los periodos de adaptación serán cortos debido al pequeño periodo de carencia de la norma y lo establecido en la disposición adicional decimoquinta, resalta que siga siendo público el acto de apertura de los sobres que contengan la parte de la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante aplicación de fórmulas.

Y en el apartado sexto se regula para umbrales menores a 80.000 € para obras y 35.000 € para suministros y servicios un novedoso procedimiento que permitirá a las mercantiles de capital público no requerir garantía o reducir los plazos para compras de bienes corrientes a 5 días en total desde publicación así como eximir a los licitadores de acreditar las solvencia económica o técnica. En este abreviadísimo no existe acto público de apertura y no hay que formalizar mediante contrato la relación con el proveedor. Un procedimiento práctico para muchas mercantiles que verán así agilizados muchos procedimientos de su día a día. No obstante, no será vía agilización de procedimientos de este tipo que se consiga erradicar comportamientos como los definidos en el primer párrafo del presente artículo. Las cuantías son lo suficientemente importantes para que los principios contenidos en el artículo primero y que informan todo el procedimiento de contratación pública salten por los aires en alguna que otra ocasión. Es el difícil equilibrio entre hacer la gestión pública eficiente y eficaz y el logro de un mayor control de estos medios instrumentales de Administraciones Públicas. Es una vuelta a la senda administrativa un tanto alocada e influida lógicamente por los acontecimientos de los últimos quince años en el Sector Público.

En cuanto a determinadas instituciones como la Mesa de Contratación, que hasta ahora era sustituida en muchas de las Instrucciones Internas de Contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública, con una figura afín denominada Órgano de Asesoramiento y Apoyo, queda fuera de las secciones de aplicación obligatoria a las mercantiles establecidas en el título tercero. Los PANAPS se rigen según lo previsto por el Libro Tercero que en una 'cruzadinha' se remite para la preparación y adjudicación de los contratos SARA a las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II de la Ley y para aquellos contratos que no superen los umbrales a la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la ley. La regulación de este órgano

de asistencia viene recogida en el Libro Cuarto; y en el régimen jurídico no parece que la Mesa tenga carácter imperativo para las sociedades sobre las que hablamos. De un primer análisis se advierte que la constitución de la misma, y más importante su composición, en cuanto a que una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario sean de preceptiva obligación al incluir dichas obligaciones en el Libro Cuarto. La norma podría haber previsto, como es lógico si se pretende volver al camino administrativo, que las citadas reglas del juego fueran también aplicables expresamente a las mercantiles de capital público.

No obstante, el precepto de la desnudez informativa que rige el nuevo concepto de transparencia total y sobre el que se aborda a continuación, el 63.3, parece hacer un guiño a que puedan existir otros órganos de asistencia en las mercantiles o que no existan simplemente, pues obliga a publicar 'en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente'. Queremos entender que se refiere al artículo 159.6 en relación con el 326 que requiere que las Administraciones Públicas tengan que constituir una Mesa y solo remite el carácter potestativo al procedimiento simplificado. Es también posible entender, de una manera más enrevesada, que lo regulado en el artículo 326 de la norma fuera de aplicación a las mercantiles -aunque el 326 habla de Administraciones Públicas- por remisión del 156, que se refiere expresamente a la Mesa, y que sí es de aplicación a las mercantiles participadas. La vuelta a la senda administrativa debería puntualizar esta serie de matices desde la regulación de desarrollo.

El nuevo desarrollo de la transparencia total a través del contenido del perfil del contratante para las mercantiles viene regulado en el artículo 63.3. Es histórico y contextualmente lógico que se solicite. Es una respuesta a los desmanes producidos en las últimas décadas. La huida sin mesura del derecho administrativo ha provocado un exceso de celo que solo la adquisición de hábitos saludables de transparencia y concienciación servirá para curar al enfermo. Dicho esto: hay que publicar hasta los datos de la partida de nacimiento. Y durante 5 años. Y en contratos, las sociedades mercantiles deberán publicar informe de necesidad, anuncios de licitación, medios de publicación y enlace, identidad de los licitadores y actas de la mesa relativas al procedimiento de licitación, desistimiento, no adjudicación, recursos y suspensión de los procedimientos con motivo de recursos interpuestos. Y los menores, a publicarlos en el Perfil trimestralmente, salvo aquellos de cuantía menor de cinco mil euros. Así, también hay que publicar procedimientos anulados, composición de la Mesa de Contratación, y el sistema informático que soporte el Perfil de Contratante que deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información del Perfil. Resolución y notificación de la misma también van a tener que ser publicadas. Un cambio a mejor, sin duda.

Otra novedad que requiere un estudio minucioso por parte de las mercantiles es el recurso administrativo frente a determinados actos evacuados por parte del Órgano de Contratación. Las actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante, es decir, ante quien participe mayoritariamente de la mercantil o al que corresponda su tutela. En romano paladino: existirá un control ex post por parte del partícipe mayoritario que agotará la vía administrativa. Esta introducción novedosa, que se integra en un epígrafe relativo al Recurso Especial en Materia de Contratación hará que los pliegos deban tener una preparación exhaustiva, y la figura del superior jerárquico remite a la institución de la alzada; preciada institución que augura el resurgimiento de otra de parecida belleza: el silencio, que pragmáticamente podría traducirse en ?mayor plazo de interrupción de la adjudicación?

Como continuación al anterior recurso, el nuevo texto desarrolla algo que será de suma importancia para estas sociedades instrumentales. Todos a cubierta que se avecina tormenta. Tribunales: ¡refuércense! Sociedades: ¡esmérense en la redacción de los Pliegos! El recurso especial en materia de contratación baja sus umbrales a 100.000 para suministros y servicios y a 3.000.000 € para obras. Esto ya no va de aquellos contratos sujetos a contratación armonizada. No: ya no vale el argumento de 'no me van a recurrir porque no es un armonizado'. La interposición del recurso especial en materia de contratación sigue teniendo carácter potestativo y gratuito para los recurrentes y es de destacar que la celeridad en su resolución ha conseguido que la mayoría de las controversias relativas a contratación pública se diriman en estos Tribunales re Recursos Contractuales. En cuanto a los plazos y el inicio del procedimiento la norma juega a sus ya clásicas referencias cruzadas para hacer más amena su consulta. Un mar de remisiones. No obstante, la temeridad sube su cuota: si se aprecia por parte del Tribunal mala fe en la interposición del recurso especial las cuantías se incrementan en el doble de las

cuantías antiguo texto pudiendo llegar a alcanzar los 30.000 euros. Aun así, la bajada de umbrales preconiza un aumento progresivo de las quejas: se ha abierto un bonito melón. Contribuye esta medida a mejorar la salud de la contratación pública: el esmero vendrá sin duda por ambas partes.

Otro fleco a tener en cuenta por las mercantiles participadas son los criterios de adjudicación. El diseño de los criterios de adjudicación deberá permitir obtener obras, suministros y servicios de mayor calidad: para ello el legislador prevé la inclusión, y esta es la novedad, de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato. Es un paso más en la regulación de los criterios de adjudicación. Pasamos de la inclusión de criterios sociales y medioambientales en las condiciones especiales de ejecución de los contratos a su inclusión como criterios cualitativos establecidos por el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio. Ya no se trata de la oferta económica más favorable sino de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. El 145 requerirá de un estudio pormenorizado, pues es preceptivo aplicar más de un criterio en determinados casos y aplicar porcentuales de criterios elevados relativos a calidad en determinados servicios.

En cuanto al uso de los medios electrónicos informáticos y telemáticos, tanto el nuevo artículo 334 referido a la plataforma, como la disposición adicional decimosexta del nuevo texto, disponen las nuevas maneras de comunicación entre los órganos de contratación de las mercantiles con los licitadores, que como no cabía de otra manera, llevan a la destrucción mediata del papel, que irá desapareciendo progresivamente a lo largo de 2018 para estar implementado de manera eficaz a lo largo de 2019. Las plataformas disponibles actualmente permiten una gestión eficaz y mucho más ágil que el papel. Dichos preceptos de la nueva norma dan las claves para que las mercantiles participadas se modernicen a la vez que la norma.

Todo lo anteriormente comentado supone un progreso normativo. Son pequeñas pinceladas, capa fina de barniz de una norma que necesita un desguace amplio de su contenido. Se publicarán en las próximas semanas muchos cuadros didácticos que facilitarán la consulta y aplicación. Nos ayudarán a entender su aplicación práctica. El regusto de la norma, después de bebérsela entera es dulce. Se avanza en cuanto a vuelta a la senda administrativa de la que probablemente no debieran haber asomado la cabeza estos medios instrumentales como son las mercantiles participadas de capital público. Ni la gestión privada es la excelencia ni la pública un retraso arcaico y burocrático Pero los medios instrumentales participados en su mayoría por Administraciones Públicas no deberían perder el conocimiento de sus orígenes. No tener carácter industrial ni mercantil y gestionar un servicio de interés general debería servir para fijar la procedencia y el destino en el viaje. Y parece que se vuelve a circular por las vías correctas. Aunque a veces demasiado rigurosas, son las correctas.