

La nueva publicidad del procedimiento negociado... sin publicidad

Un reciente Acuerdo de Consejo de Ministros dispone para todas las entidades del Sector Público Estatal que tengan la condición de poderes adjudicadores, la obligación de dar publicidad en el perfil del contratante del órgano de contratación, de lo que tradicionalmente se ha venido denominando procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía. Esta medida, que adelanta las previsiones contenidas en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, avanza en la tendencia a fomentar y garantizar la transparencia y la publicidad de la contratación en aras de una mayor competencia que redunde, a su vez, en la reducción del déficit y el mejor uso de los recursos públicos.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

El pasado 19 de diciembre de 2016¹, la Dirección General del Patrimonio del Estado vino a publicar el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016 por cuya virtud se instruye a las entidades del Sector Público Estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada.

Como es sabido, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público² contempla la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado cuando el valor estimado del contrato que se pretenda celebrar no supere una determinada cuantía (1.000.000 € para contratos de obras y 100.000 € para otros contratos), y dentro de esta categoría, define una subcategoría, también basada en límites cuantitativos que permite que los contratos incluidos en la misma se adjudiquen sin haber publicado anuncios de licitación.

Pues bien, el Acuerdo del Consejo de Ministros antes referido establece una serie de instrucciones en materia de publicidad que declara aplicables a todas las entidades incluidas en el Sector Público Estatal, definido en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que tengan la condición de poderes adjudicadores en los términos establecidos por el artículo 3.3 del TRLCSP y que afectan al procedimiento negociado sin publicidad.

La razón de ser de esta decisión no es otra que la de anticipar un efecto previsto en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público actualmente en tramitación parlamentaria y de esta manera atender las sugerencias que en reiteradas ocasiones ha remitido a España la Unión Europea en materia de reducción del déficit y de mejora de la transparencia y la competitividad en la contratación pública.

En efecto, mediante la Decisión del Consejo de 2 de agosto de 2016 se formuló una advertencia a España para que adoptara medidas dirigidas a la reducción del déficit -considerado excesivo-, concediéndosele un plazo de hasta el 15 de octubre de 2016 para su adopción.

¹ BOE de 21 de diciembre de 2016.

² Aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP.

La referida Decisión ponía de relieve la necesidad de establecer un marco que garantice tanto la transparencia en la política de contratación pública como un alto nivel de competencia³; y señalaba la “baja tasa de publicación de los anuncios de contratación” y “el nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicidad en comparación con otros Estados miembros”, todo lo que se traduce en una competencia limitada y, en ocasiones, en adjudicaciones directas⁴.

La toma de conciencia por parte del legislador español de los defectos señalados se evidencia en la inclusión, en el anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público por el que se transponen el ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ya remitido como proyecto de ley a las Cortes, de una modificación de la regulación vigente en la materia.

En efecto, el anteproyecto ahora en tramitación parlamentaria suprime el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y regula un nuevo procedimiento de negociación con licitación que obliga a publicar el correspondiente anuncio.

En respuesta a la referida Decisión, el Reino de España remitió a las instituciones Europeas un Informe de Acción Efectiva del Plan Presupuestario 2017 en el que se esbozan diversos mecanismos para garantizar la transparencia y la capacidad de coordinación en materia de contratación pública, con el fin de mejorar su eficiencia y grado de competencia, entre ellos, el incremento de las obligaciones de publicidad⁵.

³ La parte dispositiva de la decisión en el apartado 6 del artículo 1 establece:

«España debe establecer 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 un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación».

⁴ El considerando (14) de la decisión está redactado de esta forma:

«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 puesto 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 mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes 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 nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros. Esto se traduce en una competencia limitada de las empresas de los demás países de la UE y, con frecuencia, en adjudicaciones directas, con consecuencias en términos de aumento del gasto de las administraciones públicas. El uso limitado de los 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.»

⁵ 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 la 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

Es el Plan, por tanto, el que compromete expresamente el anticipo de la efectividad de las medidas en materia de publicidad mediante la aprobación de un acuerdo a tal fin, lo que se acometió con la aprobación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 diciembre de 2016, cuyo contenido es el siguiente:

- **Ámbito de aplicación subjetivo:** las previsiones del Acuerdo son de efecto inmediato en el ámbito de las entidades incluidas en el sector público estatal que tienen la condición de poder adjudicador.
- Los contratos sujetos a las obligaciones mínimas de publicidad que el Acuerdo dispone son:
 - los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo 177 TRLCSP cuyo valor estimado sea igual o inferior a 200.000 euros si se trata de contratos de obras y 60.000 euros si se trata de otros contratos.
 - los contratos a que se refiere el artículo 191 del TRLCSP, celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, cuando su cuantía, con exclusión del IVA o impuesto equivalente, sea superior a los 50.000 euros si se trata de contratos de obras o a los 18.000 euros en el resto de los contratos.
- Instrucciones para instrumentar la publicidad.
 - En el perfil del contratante del órgano de contratación, que en todo caso se integrará en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se publicarán anuncios con carácter previo o simultáneo a cursar, en su caso, la invitación a formular una primera oferta que sea objeto de negociación.
 - En el anuncio, que permitirá acceder a los pliegos, se fijará el plazo, que no podrá ser inferior a siete días hábiles, para que los operadores económicos presenten las correspondientes ofertas.
 - Los poderes adjudicadores que no tengan naturaleza de Administración Pública, publicarán anuncios en el que se fijará el mismo plazo mínimo para recibir ofertas para todos los contratos no sujetos a regulación armonizada que deben adjudicarse por los procedimientos previstos en sus instrucciones de contratación.
 - No podrá excluirse del procedimiento a ningún operador económico que presente una oferta admisible de conformidad con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y cumpla los requisitos de aptitud establecidos para celebrar el contrato.

El acuerdo prevé además que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de traslado de su contenido a las Comunidades y Ciudades Autónomas y a las asociaciones o federaciones de entidades locales con mayor implantación, a los efectos de que, si resulta procedente, adopten en su ámbito de competencia instrucciones de contenido análogo a las que se aprueban en el referido Acuerdo.

De esta manera se anticipan ciertos compromisos de transparencia y publicidad que redundan en una mayor competencia en el mercado de la contratación pública.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid, 28046 (tel.: 915 829 204)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.