

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

INFORME 2/2016, RELATIVO A LAS INSTRUCCIONES DE CONTRATACIÓN DE LA SOCIEDAD GESTIÓN RECAUDATORIA DE CANARIAS S.A [Grupos 1 y 18]

ANTECEDENTES

La Gerente de la sociedad Gestión Recaudatoria de Canarias S.A se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, solicitando que se informen las Instrucciones internas de Contratación para la adjudicación de los contratos de celebrados por la mercantil no sujetos a regulación armonizada. Al oficio se acompaña el texto de las mismas.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, en sesión celebrada el 7 de junio de 2016 acuerda informar lo siguiente

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para emitir el presente informe.

El presente informe se emite con carácter facultativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.1, del Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda de Canarias y el artículo 2.1 del Decreto 116/1986, de 26 de junio, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

II. Obligación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública de aprobar Instrucciones

En la sesión plenaria del pasado 16 de febrero, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa aprobó la Recomendación 3/2015, relativa a la preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores que no son Administración Pública. En ella, se definía a los organismos de Derecho público, como aquellos que cumplan una serie de requisitos: el primero, el satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivamente carácter mercantil o industrial; lo cual, siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, implica el satisfacer necesidades de servicio público. El segundo de los requisitos, es el gozar de personalidad jurídica; el tercero, que el control del ente sea de la Administración

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Pública, lo que implica una financiación de la mercantil, mayoritariamente pública. Criterios, todos ellos, que cumple la mercantil Gestión Recaudatoria de Canarias S.A.

La ley distingue entre los contratos que suscriban estos entes, sujetos a regulación armonizada, que estarán sometidos al TRLCSP en cuanto a su preparación (art. 137.1 TRLCSP) y para el establecimiento de prescripciones técnicas (arts. 118,120 y 112.2b del mismo Texto Legal) en relación con la reducción de plazos para los casos de urgencia con las salvedades del artículo 190; y los contratos no sujetos a regulación armonizada. Estos últimos, que se rigen por lo previsto en el artículo 137.2 del TRLCSP en cuanto a la preparación del contrato y en lo que a su adjudicación se refiere, por el artículo 191, han de aprobar manuales de instrucción que garanticen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del TRLCSP, el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación; debiendo estar a disposición de todos los interesados y de publicarse en el perfil del contratante de la entidad.

Esta Junta Consultiva en el apartado segundo de la Recomendación 3/2015 y con el fin de suplir la indeterminación legal del contenido mínimo de los citados manuales de instrucciones, expuso el procedimiento de aprobación del Manual de Instrucciones para la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada por los poderes adjudicadores que no ostenten la condición de Administración Pública; este procedimiento consta de cuatro fases: la primera, la elaboración de las instrucciones por la entidad obligada a ello; la segunda, el informe preceptivo de los servicios jurídicos competentes y el informe facultativo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias; la tercera, la aprobación por el órgano competente y finalmente, la publicación en el perfil del contratante.

Dado que la aprobación de la Recomendación 3/2015, tuvo lugar con posterioridad a la solicitud presentada por la mercantil pública Grecasa, es por ello, y a fin de evitar ulteriores dilaciones en la aprobación de las mismas, por lo que se procede a analizar el contenido de las Instrucciones sin requerir el previo informe preceptivo de los servicios jurídicos competentes.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

La Sociedad Gestión Recaudatoria de Canarias, S.A. nació el 5 de enero de 1995, bajo la forma societaria de sociedad anónima y ostenta la condición de poder adjudicador sin ser Administración Pública, de conformidad con los criterios estipulados en el artículo 3.3 b) del TRLCSP, por lo que debe aprobar las Instrucciones donde se regulen los procedimientos de licitación, aplicables a contratos no sujetos a regulación armonizada, de conformidad con el artículo 191 TRLCSP.

Ha de reseñarse que la aprobación de Instrucciones debe velar por la máxima concurrencia y transparencia en la licitación, sin poder consistir en una “repetición” de los procedimientos contenidos en el TRLCSP.

III. Estructura y contenido

Las Instrucciones sometidas a informe se estructuran en quince epígrafes. Si bien no resulta preceptivo el informe de este órgano consultivo, como ya se indicó en la Recomendación 3/2015, desde el punto de vista formal, el procedimiento de aprobación de las Instrucciones debe llevarse a cabo a través de una serie de fases- mencionadas todas ellas en el apartado anterior, siendo previo el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a la aprobación por el órgano competente y a su publicación en el Perfil del Contratante.

Puesto que la sociedad mercantil, publica sus licitaciones en el perfil del contratante del Gobierno de Canarias, y de su página web no cuelgan instrucción alguna en materia de contratación, se deduce que hasta la fecha, han venido licitando con arreglo a los procedimientos previstos en el TRLCSP. En todo caso, el objeto de este informe ha de ser el contenido del texto incorporado a las Instrucciones.

En cuanto al contenido material:

a) En el **Apartado III. 1. Contratos no sujetos a regulación armonizada: umbrales**, aparece una tabla con el umbral correspondiente a cada tipo de contrato. No obstante, tras la aprobación en el Diario Oficial de la Unión Europea, número L 330/14, de fecha 16 de diciembre de 2015, de los Reglamentos (UE) de la Comisión 2015/2340, 2015/2341 y 2015/2342, de 15 de diciembre de 2015, por los que se modifican, respectivamente, las Directivas, 2009/81/CE, 2004/17/CE y 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos, y que resultan de directa aplicación a nuestro ordenamiento como consecuencia

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

del efecto directo de aplicación de tal Reglamento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por modificación de los establecidos en las citadas Directivas, han de aplicarse estos nuevos umbrales, a partir del 1 de enero de 2016, respecto de los contratos afectados por las mismas.

Asimismo, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas aprobó la Orden HAP/2846/2015, en la que se recogen las previsiones contenidas en el nuevo Reglamento comunitario.

Cabe recordar asimismo, que la Disposición Transitoria Primera del TRLCSP, establece los nuevos límites aplicables a los expedientes de contratación que no hubieren sido iniciados antes de la entrada en vigor de la modificación (1 de enero de 2016), entendiéndose a estos efectos que *“...los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de la iniciación, se tomará en cuenta la fecha de la aprobación de los pliegos.”*

Las modificaciones de los umbrales tienen el siguiente alcance:

1. Respecto al Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

- a) La cifra de 5.186.000€, por la de 5.225.000€, en los artículos 14.1; 17.1a);24.1, 141.1a) y 274.2
- b) La cifra de 207.000€, por la de 209.000€, en los artículos 15.1 b); 16.1.b), 17.1 b); 21.1; 37.1; 40.1.b); 137.1 y 154.3.
- c) La cifra de 134.000€, por la de 135.000€ en los arts. 15.1 a) y 16.1 a)

2. Respecto de la Ley 31/2007:

- a) La cifra de 5.186.000€, por la de 5.225.000€ en el artículo 16, letra b)
- b) La cifra de 414.000€, por la de 418.000€, en los arts. 16 a) y 95.1. y 2

3. Respecto de la Ley 24/2011:

- a) La cifra de 414.000€, por la de 418.000€, en el art. , letra a)
- b) La cifra de 5.186.000€, por la de 5.225.000€ en el art. 5, letra b)

No obstante lo anterior, el artículo 2 de este apartado de las Instrucciones prevé la modificación de los umbrales de conformidad con las disposiciones “que al efecto sean dictadas por la Comisión Europea y se publiquen por Orden del Ministerio de Hacienda.”

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

b) Apartado IV.1 Publicidad

El artículo 191 c) del mismo Texto legal se dice claramente que *“Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.”*

Si bien es cierto que el Informe 4/2008, emitido por esta misma Junta Consultiva, relativo al cumplimiento de los principio de publicidad y concurrencia en la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada a celebrar por poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública, estableció como conclusiones las siguientes:

1º que la licitación de los contratos no sujetos a regulación armonizada por importe superior a 50.000€, a celebrar por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, “deberá ser publicada, al menos, en el perfil del contratante, a fin de garantizar un ámbito de publicidad suficiente y adecuado al volumen económico del contrato a celebrar.(...)”

3º Lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley de Contratos del Sector Público (hoy art. 169 TRLCSP), en relación con los artículos 161.1 y 162.1 (hoy arts. 177.1 y 178.1) resulta de aplicación, por analogía, a los contratos no sujetos regulación armonizada a realizar por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, cuando se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los arts. 154 y 159 de la LCSP (hoy arts. 170 a 175 TRLCSP).

Asimismo, cuando la cuantía de dichos contratos no supere los importes establecidos en el art. 161.2 de la LCSP (hoy art. 177.2 TRLCSP), en relación con los arts. 155 d), 156 b), 157 f), 158 e) y 159, (arts 171.d, 172.b, 173.f), 174 e) y 175 TRLCSP), la adjudicación podría realizarse, por interpretación analógica, sin necesidad de licitación pública, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 153.2 LCSP (169.2 TRLCSP), lo que sin embargo, no exime del cumplimiento del principio de concurrencia, cuando ésta sea posible, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 162.1 LCSP (art, 178.1 TRLCSP).

No obstante lo anterior, la Instrucción núm. 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado dictada por la Abogacía del Estado de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, señalaba a propósito del

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

cumplimiento del principio de publicidad por estos poderes adjudicadores, que no son considerados Administración Pública a los efectos de la ley contractual, lo siguiente:

“Poniendo en relación el artículo 175 c) LCSP (hoy 191 c) TRLCSP) con las indicaciones que efectúa la Comisión Europea en su referida comunicación interpretativa, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1) En los contratos de cuantía superior a 50.000€, el requisito de publicidad se entiende cumplido con la inserción de la información en el perfil del contratante que define el artículo 42 de la propia LCSP, sin perjuicio, como dice el art. 175 c), de que este medio de publicidad pueda ir acompañado de **otras modalidades de difusión o ser sustituido** por éstas.

2) En los contratos de cuantía inferior a 50.000€, debe entenderse que el requisito de publicidad es también exigible, puesto que el apartado a) del artículo 175 exige la observancia de este principio (y de los demás que en él se establecen) “ en todo caso”. Al no indicarse, sin embargo, cuál sea el medio de publicidad que debe utilizarse en estos contratos, cabe dejar **su determinación a la entidad contratante**, quien deberá utilizar un **medio de publicidad proporcionado** a la cuantía del contrato, objeto del mismo, características particulares del sector de actividad a que se refiere (tamaño, estructura del mercado), localización geográfica, etc.

Respecto del contenido de la publicidad, la Comisión Europea, en su repetida comunicación interpretativa, señala que “el anuncio puede, por tanto, limitarse a una breve descripción de los detalles esenciales del contrato que debe adjudicarse y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la entidad adjudicadora. En caso de necesidad podría completarse con información adicional disponible en Internet o previa petición a la autoridad adjudicadora.”

Consecuentemente, todas las licitaciones convocadas por la mercantil GreCasa, que superen el umbral de los 50.000€, deben intentar ser objeto de publicación, aún cuando no se estipule como obligatoria, por cualquier modalidad, sin que necesariamente deba ser a través de la publicación de la licitación en el perfil del contratante.

A mayor abundamiento, tras la suscripción por la Comunidad Autónoma de Canarias, del Convenio CORA con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre diversas actuaciones de coordinación en materia de contratación pública, publicado en el Boletín Oficial

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

de Canarias de 7 de julio de 2015, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 334 del TRLCSP, el Perfil del Contratante autonómico estará interconectado con la Plataforma de Contratación del Sector Público; esta última centralizará a nivel nacional toda la licitación de las Administraciones Públicas, consecuentemente, también se publicarán en esta Plataforma los concursos convocados por la mercantil analizada.

2.- Concurrencia

2.2 “La declaración responsable anterior podrá ser sustituida por el documento europeo único de contratación (DUE) al que hace referencia la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014”; sería conveniente añadir y el “Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7, de la Comisión de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación”, ya en vigor.

c) Apartado VII. Aptitud de los contratistas

El apartado VII resulta innecesario pues la capacidad y aptitud del contratista son elementos que no pueden ser objeto de regulación por las Instrucciones al ser dichas materias de directa aplicación para cualquier contrato público. En todo caso, se podría realizar una mera remisión a los preceptos del TRLCSP.

d) Apartado VIII. Objeto, precio y valor estimado de los contratos

Al igual que en el apartado anterior, el objeto del contrato no es un elemento que deba contenerse en las Instrucciones, al ser una materia de directa aplicación a cualquier contrato público, con independencia de su importe. En cuanto al valor estimado y el precio, se distinguen ambos conceptos, ciñéndose a las previsiones del TRLCSP, pero debe advertirse la misma conclusión anterior.

e) Apartado IX. Duración

Resulta por lo mismo, innecesario, pues ya se encuentra regulado en el TRLCSP; si se quiere, puede limitarse el apartado a las referencias al articulado de la Ley donde se regula la cuestión.

f) Apartado X Garantías

Contempla las garantías, provisional y la definitiva, ambas, se exigirán tan sólo en función de la naturaleza, importancia u otras circunstancias lo aconsejen. No se citan los preceptos de directa aplicación del TRLCSP, a excepción del artículo 96 del Texto Normativo.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104 TRLCSP, en los contratos que celebren los entes que no tengan la consideración de Administración Pública, la exigencia de garantía será potestativa para el órgano de contratación, quien decidirá también el importe de las mismas y el régimen de devolución o cancelación, atendidas las circunstancias y características del contrato.

Siendo potestativa para el órgano de contratación la exigencia de garantías y pudiendo establecer dicho órgano el régimen para su devolución y cancelación, al amparo de la libertad de pactos que contemplan los artículos 25 TRLCSP y 1255 del Código Civil, podrá aplicar las reglas del TRLCSP en materia de garantías o aplicar un régimen jurídico distinto. Por lo tanto, sí es posible aplicar las modalidades de garantía que recoge el artículo 96 de dicho texto legal; sin embargo, dado que no se trata de contratos administrativos, no resulta procedente que la garantía constituida en metálico, valores públicos o privados se deposite en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales (y sin que tampoco ello se prevea en el Título III del Reglamento de la Caja General de Depósitos, aprobado por Decreto 161/1997, de 7 de febrero), por el que esta modalidad de garantía habrá de constituirse en la cuenta de sociedad.

Por otro lado, no será aplicable la regla del artículo 101 TRLCSP- preferencia en la ejecución de garantías- pues se trata de una norma que por su materia constituye un privilegio en favor de las Administraciones Públicas y que, como tal, no puede extenderse a otros sujetos de derecho.

g) Apartado XI. Modificación de los contratos

La modificación de los contratos se encuentra incardinada en el Título IV “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, Título I “Normas Generales”, Capítulo I “Efectos de los Contratos”. Tanto por la delimitación subjetiva del Capítulo (que se refiere exclusivamente a las Administraciones Públicas), como por su delimitación objetiva (circunscrita al ámbito de los contratos administrativos) ha de concluirse que las sociedades mercantiles carecen de las prerrogativas contempladas en el artículo 210 TRLCSP. Consecuentemente, la mercantil analizada no puede modificar unilateralmente el contrato. No obstante, conforme a la orientación dada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo – el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de la voluntad de uno de los contratantes- al prohibirlo el artículo 1256 del

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Código Civil- cuando ésta limita su actuación al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato. Por ello, cabe entender la modificación de contrato por parte de la sociedad siempre que: 1) esté expresamente prevista dicha posibilidad de modificación en el pliego o en el contrato- la aceptación por el contratista de esta previsión de modificación del objeto habrá tenido lugar con la presentación de su oferta al implicar una aceptación de las cláusulas o condiciones rectoras de la relación contractual. Si estos requisitos se exigen en el artículo 219.2 del TRLCSP, con igual motivo ha de exigirse para los contratos privados que concierte la entidad de referencia. b) Que la procedencia de la modificación se supedite a la concurrencia de circunstancias o acontecimientos que, objetivamente considerados, justifiquen la necesidad de la modificación y la proporcionalidad de esta.

h) Apartado XIV. Procedimientos de Adjudicación

La nota a pie de página número 21, señala que la tabla ha sido confeccionada teniendo en cuenta la Instrucción 4/2008, de 31 de julio de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Debe sustituirse el término “Instrucción” por “Informe”.

2.8 c) Adjudicación

Se señala que una vez presentada la documentación por el adjudicatario del contrato, el órgano de contratación comunicará por escrito la adjudicación del contrato al empresario que haya presentado la oferta que resulte económicamente más ventajosa y que también “comunicará por escrito la no adjudicación a las empresas que no hayan resultado adjudicatarias.” Debería añadirse al final de la frase “debidamente motivada”, pues la motivación es un elemento esencial de la transparencia en el procedimiento de contratación. El propio TRLCSP recoge la motivación como una exigencia desde el inicio del expediente; se trata de un elemento indispensable para evitar la arbitrariedad, y paralelamente permite a los interesados conocer los argumentos empleados por el órgano de contratación que permitan, en su caso, impugnar la adjudicación.

3.1. Procedimiento negociado sin publicidad. Supuestos

El apartado 3) relativo a los contratos que por razones técnicas, artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos en exclusiva del contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado. Se ha de incluir que esta modalidad contractual, requerirá “informe motivado”.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

5.5 y 6.5 Pliego de condiciones jurídicas y de prescripciones técnicas

Se observa que ambos apartados exigen la elaboración de dos documentos: el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas. El artículo 137 del TRLCSP no impone para los contratos de los poderes adjudicadores no administraciones públicas sujetos a instrucciones internas, elaborar un pliego específico de prescripciones técnicas. Por este motivo, sería conveniente dejar a los poderes adjudicadores no administraciones públicas la decisión de elaborar dos documentos o bien refundir en un único pliego todo aquello relativo al pliego de cláusulas y al de prescripciones, en función del tipo de contrato de que se trate, y especialmente, en atención de sus características.

En lo relativo a estos procedimientos sorprende la ausencia de sistema de fijación de criterios y puntuación, así como de la determinación de la anormalidad de ofertas. Cuando menos se debería prever la supletoriedad de los preceptos concordantes del TRLCSP.

Asimismo, no se prevé la imposición de penalidades por demora y ejecución defectuosa. Si bien, el artículo 212 del TRLCSP resulta aplicable, por su inclusión en el Título IV del TRLCSP- relativo a los “efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativo”- a los contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, nada impide que, en su contratación una sociedad mercantil pública, como la analizada, bien aplique las previsiones del artículo 219 TRLCSP, bien las que tenga por conveniente.

En el caso de posible cesión del contrato, es de inexcusable observancia lo previsto en el artículo 226.2 c), dado que la sociedad Gestión Recaudatoria de Canarias S.A. ha de aplicar las reglas sobre capacidad de las empresas y la cesión del contrato lo cual supone la sustitución o subrogación del cedente por el cesionario de la ejecución del contrato, por lo que si aquél hubo de tener necesariamente la capacidad exigida para contratar, el cesionario ha de cumplir también este requisito. Por la misma razón, cabe entender que es de obligada aplicación, en el caso de la subcontratación, lo previsto en el artículo 227.5

IV. Este informe se emite sin perjuicio de que tras la aprobación y entrada en vigor del paquete de Directivas comunitarias en materia de contratación, el pasado 18 de abril de 2016, y en especial, la Directiva 2014/24/UE de contratación pública, se suprime la obligación de aprobar Instrucciones de Contratación para las entidades públicas

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

empresariales. La finalidad de la medida es la uniformización de las modalidades de contratación que permite simplificar los procedimientos para los distintos operadores económicos.

CONCLUSIONES

Salvo las observaciones y revisiones indicadas en el presente escrito, y es especial, la salvedad expuesta en el último fundamento jurídico, se informan favorablemente las Instrucciones Internas de Contratación de la sociedad Gestión Recaudatoria de Canarias, S.A.