

04/23/2018

Martín María Razquin Lizarraga

Por fin se ha aprobado la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP) que ha visto la luz en el BON de 17 de abril de 2018.

---

La Ley Foral se aprueba con un gran retraso, de dos años en relación con las Directivas de 2014, y de varios meses respecto de la Ley de Contratos del Sector Público (publicada en noviembre de 2017, aunque haya entrado en vigor el 9 de marzo de 2018). La LFCP entrará en vigor el día 7 de mayo de 2018 (a los 20 días de su publicación).

Navarra aprueba una Ley Foral propia sobre contratación pública en virtud de su régimen foral amparado por la Constitución española (D. A. 1ª) y por el Amejoramiento del Fuero, que le otorgan competencia exclusiva de carácter histórico en esta materia (art. 49.1.d). Por otra parte, esta LFCP de 2018 sustituye a la Ley Foral de 2006.

Las novedades de la LFCP comienzan ya desde su estructura, que rompe con el esquema anterior de tres Libros, que perseguía sobre todo la regulación de los PANAP con un sistema específico. La nueva LFCP se divide en un Título Preliminar, y tres Títulos, el primero de ellos general y los dos últimos referidos a los contratos de las AAPP. Ahora la LFCP rompe con el anterior régimen atenuado de los PANAP y los somete al régimen general común de los contratos de las AAPP en lo que hace a la preparación y adjudicación y también de algunos aspectos de la ejecución (condiciones especiales de ejecución, modificación y subcontratación). Además, todas estas actuaciones estarán sometidas bien a la reclamación especial o al recurso de alzada impropio previsto en el art. 35. 5 LFCP.

La LFCP sigue la línea de la LCSP, puesto que ambas son deudoras de las Directivas europeas. Así pues la LFCP transpone las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, así como las Directivas de recursos.

Dentro de los aspectos novedosos de la nueva LFCP resalta sobremanera su consagración del carácter estratégico de la contratación pública, por más que no se utilice dicha expresión y se hable de objetivos. La contratación pública es estratégica y, por tanto, debe perseguir objetivos sociales y ambientales, de innovación, y de apoyo a las PYMES (apartado II de la Exposición de Motivos y art. 2.3 LFCP).

Las consecuencias que se derivan de ello se encuentran a lo largo de toda la Ley Foral, puesto que se exige la incorporación de “cláusulas horizontales” en todos los pasos de la contratación pública. Conviene resaltar asimismo el cambio desde la oferta económicamente más ventajosa a la que tenga la mejor relación calidad/precio. Destacan los aspectos sociales que van desde las previsiones de subrogación (art. 67 LFCP) hasta la regulación de los contratos de servicios a personas (Anexo II) y la reserva de contratos. Incluso se llega a la exclusión de la LFCP de determinadas actividades a la ciudadanía por entidades sin ánimo de lucro en materia social y sanitaria (art. 7.1. j) y D. A. 5ª).

El ámbito subjetivo diferencia entre las AAPP, PANAP y entes del sector público no PA. El cambio radical consiste en que los PANAP estarán ahora sometidos a la regulación general sobre contratos públicos y, además, el régimen de los recursos contra sus actuaciones se administrativa (reclamación o recurso de alzada impropio) y los conflictos terminan en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 35). A ellos hay que unir los contratos subvencionados (arts. 5 y 34.3) así como los de los concesionarios. Se incluyen también en este sometimiento a la regulación general los contratos de las Juntas de Compensación y entidades análogas para ejecutar sistemas generales u obras públicas de urbanización (art. 5 d). Los entes del sector público no PA siguen fuera de la LFCP y quedan sometidos sólo a los principios (art. 34.4).

También el art. 4.3 LFCP somete a su regulación los contratos de partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y sus fundaciones y asociaciones, cuando tengan la consideración de poderes adjudicadores.

Asimismo constituye un cambio radical exigido por las Directivas, el relativo a los límites impuestos a los encargos (art. 8), aunque se incluye una discutible cláusula de excepcionalidad en cuanto a la ejecución del contrato en más del 50% por medios materiales y técnicos propios.

En cuanto al ámbito objetivo (art. 3 LFCP) se recogen los tipos contractuales típicos: obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, que se definen en los arts. 28-33.

Por un lado, el art. 7 LFCP recoge las exclusiones donde destacan dos supuestos: los contratos para actividades sin ánimo de lucro en servicios sociales, culturales, educativos y sanitarios a las personas (letra j) y los supuestos del ámbito local de bandas de música, grupos de danza, clubs deportivos y entidades similares que se vehiculan mediante convenios de colaboración con subvenciones (letra k)).

Los principios que recoge la LFCP son los propios de las Directivas (art. 2) y que tienen consecuencias relevantes como la creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción (D. A. 17ª).

La división entre contratos SARA y no SARA se halla presente, en razón del cumplimiento de las Directivas. No obstante, conviene resaltar que en Navarra la reclamación especial ya podía interponerse contra cualesquiera actuaciones sin importar su cuantía a lo que ahora se añade que los PANAP quedan sometidos en todo caso (en las condiciones antes señaladas recogidas en el art. 34 LFCP) a las normas generales de los contratos públicos.

Persiste la división entre contratos administrativos y privados, aunque no se halla bien delimitada para las AAPP (art. 34.1). Y se excluyen los contratos patrimoniales.

Las grandes novedades en la tipología de los contratos públicos radican en que se abandona la denominación de contrato de asistencia para el contrato de servicios y, sobre todo, en la división entre contratos de obras y servicios y concesiones de obras y servicios, en razón del riesgo operacional, cuya definición se encuentra en el último párrafo de la exposición de motivos de la LFCP.

Sin embargo, llama la atención que la LFCP utiliza sin claridad el tipo de contrato de concesión de obras, para luego reformularlo como concesión de obras públicas, lo que no parece una adecuada transposición de la Directiva 2014/23/UE.

Y asimismo conviene reparar en los contratos con régimen especial (arts. 36-38), que son los contratos reservados por motivos sociales y los contratos del Anexo II, divididos entre contratos sociales y contratos reservados (apartados A y B del Anexo II).

La simplificación administrativa aparece con la generalización de la declaración responsable y el DEUC. No obstante, éste sólo es obligado para los contratos SARA. Asimismo parece producirse una simplificación con la creación de un solo documento de pliegos: los pliegos reguladores de la contratación, que incorporarán tanto condiciones administrativas como prescripciones técnicas (art. 58).

La gran novedad procedimental es la creación de un procedimiento simplificado por razón de la cuantía para contratos de obras de valor estimado inferior a 200.000 euros y de suministros y servicios hasta 60.000 euros. Destaca que no hay publicidad inicial, puesto que no existe anuncio de licitación. Sólo se cursarán invitaciones a 5 empresas, que pueden quedar limitadas a dos, en cuyo caso hay que intentar obtener una oferta adicional.

Y el art. 81 LFCP incorpora como nuevo procedimiento de adjudicación (sic en el art. 71.1 i) LFCP) el de los contratos menores por importe que no supere los 40.000 euros en obras y 15.000 euros en suministros y servicios, que asimismo se caracteriza por la falta de publicidad inicial como por la fijación de requisitos mínimos (art 81.2). Se detecta en este punto un paso atrás puesto que no se limita a los contratistas por el importe del contrato en su totalidad.

El apoyo a las PYMES constituye un objetivo estratégico de la contratación pública resaltado en la exposición de motivos y en el art. 2.3 LFCP. Y por tanto se recoge como regla general la división del contrato en lotes (art. 41 LFCP) y también una regulación más detallada de la subcontratación (art. 107).

La LFCP mantiene la fecha de la contratación electrónica de extremo a extremo en el día 18/10/2018, tal como establecen las Directivas (D. T. 2ª LFCP). A tal efecto se crea la Plataforma de licitación electrónica de Navarra (art. 95 LFCP).

La tramitación de la LFCP ha alcanzado un gran consenso entre las fuerzas políticas presentes en el Parlamento de Navarra, que se ha roto en dos cuestiones. En primer lugar, la D.A. 15ª sobre incentivación de la presencia del euskera en los servicios de atención al público. Y también en la ampliación a última hora (en el Pleno final) de la subrogación de trabajadores (art. 67), a la que parece darse un alcance general más allá de las previsiones de los convenios colectivos.

Me surgen algunas dudas sobre la constitucionalidad de algunos preceptos de la LFCP, dentro de los estrechos límites de los principios esenciales de la legislación básica del Estado a que se refiere el art. 49.1. d) del Amejoramiento del Fuero. Por un lado, el procedimiento simplificado

puede vulnerar el principio de publicidad, que es un principio esencial tanto en el Derecho de la Unión Europea como en la legislación básica estatal. Por otro, la subrogación de trabajadores, entendida en un sentido tan amplio como el incluido en el art. 67.1 LFCP, pudiera constituir una invasión de la competencia estatal en materia laboral. Asimismo, el art. 35 LFCP insiste en una regulación procesal sobre la que Navarra no cuenta con competencia, por más que dicho precepto pretenda ser una copia de la regulación estatal (art. 27 LCSP).

La nueva LFCP merece una valoración claramente positiva. Supone una nueva articulación y un nuevo modo de hacer la contratación pública. Ello requerirá de unos nuevos pliegos, de una nueva cultura, y de una formación tanto de los empleados públicos (su profesionalización) como también de las empresas.

Toca ahora poner en práctica la nueva LFCP, en especial, del giro que exige la nueva concepción estratégica de la contratación pública.