

Las insuficientes medidas de simplificación y agilización de la contratación pública recogidas en el Real Decreto Ley 36/2020

01/04/2021

José Antonio Moreno Molina

La tan anunciada y esperada norma para facilitar la ejecución de los fondos de recuperación conocidos como “Next Generation EU”, aprobados por el Consejo Europeo el 21 de julio de 2020 ¹, se ha publicado en el BOE del 31 de diciembre de 2020, junto a una nueva reforma de la LCSP 9/2017 llevada a cabo, de forma muy cuestionable desde una perspectiva técnico-formal, como ha destacado el profesor GIMENO FELIÚ ², por la Ley 11/2020, de 30 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, por medio de su disposición final 40 ³.

El Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, incorpora en su Título IV un conjunto de especialidades en materia de gestión administrativa, dirigido a simplificar y facilitar el desarrollo y ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Entre estas especialidades se encuentran las que afectan a la contratación pública, que recoge el Capítulo III del citado Título.

Estas reglas sobre contratación pública, como dispone el apartado 2 del artículo 2 del RD Ley 36/2020, se aplicarán sólo a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la gestión y ejecución de proyectos y actuaciones que sean financiadas con los fondos europeos del Instrumento Europeo de Recuperación, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo Plus, Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural y Fondo Europeo Marítimo y de Pesca.

La nueva regulación, señala la exposición de motivos del propio RD Ley, compagina la agilización de los procedimientos, simplificando sus trámites y eliminando cuellos de botella normativos, “equilibrándola con fórmulas que permitan el desarrollo adecuado de los irrenunciables controles de legalidad y eficacia de la actuación administrativa, así como con un elevado nivel de garantías para los ciudadanos y los operadores económicos. Todo ello se hace, además, como no podría ser de otro modo, de forma respetuosa con los principios y reglas del Derecho de la Unión Europea como los de igualdad, no discriminación, concurrencia, competencia efectiva en el mercado, transparencia y publicidad”.

Ahora bien, estos ambiciosos objetivos y los controles y límites planteados, sólo muy parcialmente se pueden considerar cumplidos con las medidas previstas en materia de contratación pública, que son limitadas y de poco alcance como será objeto de análisis a continuación, cuando podrían haberse abordado muchas otras ⁴. De mucha importancia resultaría también, como señaló MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “anticiparse, planificar, organizar y reforzar los recursos existentes”, como medidas imprescindibles y eficientes para afrontar con acierto la gestión de los fondos europeos ⁵.

Una de las principales medidas de aceleración de los procedimientos de contratación es la previsión de que en los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia les podrá ser de aplicación la tramitación urgente del expediente prevista en el artículo 119 de la LCSP (la misma medida que contempló en su momento el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, que creó un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo), en cuyo caso se aplicarán como especialidades las siguientes: estos contratos gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación sobre cualquier otro contrato; los plazos para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes quedarán reducidos a cinco días naturales, sin que quepa prórroga alguna de este plazo; los plazos fijados para la tramitación del procedimiento abierto podrán reducirse hasta la mitad por exceso, salvo el plazo de presentación de proposiciones, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación; se mantendrán sin cambios los plazos establecidos respecto a la tramitación del procedimiento abierto simplificado ordinario, excepto el plazo de presentación de proposiciones que será de un máximo de quince días naturales en todos los casos; en los supuestos en que se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la valoración de las proposiciones se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a cuatro días naturales, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen la valoración.

El RD Ley 36/2020 prevé también que los plazos fijados para la tramitación del procedimiento restringido y del procedimiento de licitación con negociación podrán reducirse hasta la mitad por exceso; salvo el plazo de presentación de solicitudes, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales, y el de presentación de las proposiciones que en ningún caso será inferior a diez días naturales.

La aplicación de las reducciones de plazos para los procedimientos abierto, restringido y de licitación con negociación a los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada requerirá que en el expediente se incluya la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada, motivación que deberá ser incluida igualmente en el anuncio de licitación. Dichas reducciones de plazos no se aplicarán en la adjudicación de los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios sujetos a regulación armonizada cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación utilizado, no siendo los plazos a que se refieren dichos apartados, en estos contratos, susceptibles de reducción alguna.

El RD Ley 36/2020 amplía notablemente los importes para la utilización del procedimiento abierto simplificado ordinario y abreviado o supersimplificado en los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación. El procedimiento abierto simplificado ordinario se podrá utilizar para los contratos con valor estimado inferior al umbral de los contratos SARA, por lo que se eleva el límite que con carácter general fija la LCSP -valor estimado igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y valor igual o inferior a 100.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios (aunque con la reforma de la LCSP por la Ley 11/2020 de Presupuestos del Estado para 2021, la cuantía para los contratos de suministros y servicios se ha elevado también a las cuantías de los contratos SARA-).

En cuanto al procedimiento abierto supersimplificado, el RD Ley 36/2020 permite que se aplique a los contratos de obras de valor estimado inferior a 200.000 euros y a los contratos de

suministros y servicios de valor estimado inferior a 100.000 euros (hay que recordar que las cuantías previstas en la LCSP para la utilización de este procedimiento son valor estimado inferior a 80.000 euros en los contratos de obras y valor estimado inferior a 60.000 euros en los contratos de suministros y de servicios -la Ley 11/2020 ha elevado la cuantía para los contratos de suministros y de servicios de 35.000 a 60.000 euros-).

Otra medida importante para la homogeneización y agilización de los procesos de contratación por parte de los diferentes centros gestores, es la previsión del RD Ley 36/2020 de que se promueva la elaboración de pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas, correspondientes a los contratos a celebrar para la gestión de los fondos europeos, que incorporen todos los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social que se consideren necesarios y estén amparados por la norma legal correspondiente.

Una de las últimas previsiones incluidas en la tramitación administrativa del RD Ley 36/2020 fue la adaptación de la actual regulación de la empresa de economía mixta que contempla la LCSP (disposición adicional 22, cuyo antecedente lo podemos encontrar en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, que recogió la colaboración público-privada institucionalizada al añadir una disposición adicional 35 a la LCSP 2007 -disposición adicional 29 TRLCSP 2011-)⁶ a las colaboraciones público-privadas que el Plan de Recuperación impulsa que se desarrollen. En este sentido, la norma facilita la agilización y flexibilización del procedimiento de selección del socio de la futura empresa de economía mixta.

El artículo 69 del RD Ley 36/2020 contempla que la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuando esté sujeto a regulación armonizada en el sentido definido por la LCSP o sujeto al Real Decreto Ley 3/2020, relativo a un proyecto enmarcado en el Plan de Recuperación, podrá adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado; siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) Que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP o en el Libro I del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, según proceda en cada caso, para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto.
- b) Que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Por otra parte, la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuando no esté sujeto a regulación armonizada o de un contrato que tenga por objeto una actividad sujeta al Real Decreto Ley 3/2020 pero que conforme a la disposición adicional 8 de la LCSP deba sujetarse a esta última Ley por no superar los umbrales correspondientes, cuando dicho contrato tenga por objeto el desarrollo de un proyecto enmarcado en el Plan de Recuperación, podrá adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado; siempre que se cumplan estas condiciones:

a) Que la selección del socio privado por una entidad del sector público que no tenga la consideración de Administración pública, se haya efectuado de conformidad con un procedimiento que se sujete a las reglas que establece el artículo 321.2 letra b) de la LCSP, con las especialidades que se indican en el apartado siguiente de este artículo.

b) Que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

El apartado 3 del artículo 69 del RD Ley 36/2020 prevé que, cuando de conformidad con lo anteriormente señalado, resulte de aplicación el procedimiento establecido en el artículo 321.2 letra b) de la LCSP, deberán observarse las siguientes especialidades:

a) La documentación de la licitación a que se refiere el artículo 321.2, letra b), punto 1º de la LCSP deberá incluir al menos: la información relativa y el pliego del contrato que se ha de adjudicar a la futura sociedad de economía mixta y los estatutos de dicha entidad; en su caso, el pacto de accionistas y todos los demás elementos por lo que se registrará la relación interpartes.

b) Cuando la entidad contratante tenga la necesidad de que, por motivos concretos, algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, se ha de prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus términos concretos de aplicación, en la documentación a que se refiere la letra a) anterior, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio.

c) El anuncio de licitación incluirá información sobre la duración prevista del contrato que la sociedad de economía mixta haya de ejecutar, así como de sus posibles prórrogas y modificaciones.

La modificación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que se adjudiquen directamente con arreglo a lo previsto en el artículo 69 del RD Ley 36/2020, se sujetará a lo establecido en los artículos 203 a 207 de la LCSP o en los artículos 109 a 112 del Real Decreto Ley 3/2020, según proceda, todos ellos relativos a la modificación de los contratos.

En el caso de que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como contratista a otros contratos distintos de los referidos en los apartados 1 y 2 del artículo 70 del RD Ley, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la LCSP o en el Real Decreto Ley 3/2020, según proceda en cada caso.

En cuanto a los medios de financiación de las sociedades de economía mixta, el RD Ley 36/2020 prevé que, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrán acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.

También permite la norma titular los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.

Por lo que se refiere al recurso especial, en los contratos que se vayan a financiar con fondos

procedentes del Plan de Recuperación y que sean susceptibles del mismo, y siempre que los procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica:

a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación de la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de diez días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la LCSP.

b) El órgano competente para resolver el recurso habrá de pronunciarse expresamente, en el plazo de cinco días naturales desde la interposición del recurso, sobre la concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad establecidas en la LCSP y sobre el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, incluidos los supuestos de suspensión automática.

Del resto de las medidas sobre contratación pública previstas en el RD Ley 36/2020 son destacables las siguientes: se facilita acudir a los medios propios para ejecutar los fondos procedentes del Plan de Recuperación; se permite que, de forma excepcional, en los contratos de suministro y de servicios de carácter energético se pueda establecer un plazo de duración superior al establecido en el artículo 29.4 de la LCSP, con un máximo de diez años; los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación quedan excepcionados del requisito de la autorización para contratar prevista en el artículo 324 de la LCSP; en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el período de recuperación de la inversión a que se refiere el artículo 29 de la LCSP, será calculado de acuerdo con lo previsto en dicho artículo así como con lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, mediante el descuento de los flujos de caja esperados por el concesionario, si bien la tasa de descuento a aplicar en estos casos será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del estado a 30 años incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos.

En fin, de acuerdo con el artículo 57 del RD Ley 36/2020, corresponderá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado resolver las dudas que se puedan plantear sobre la interpretación de las normas sobre contratación pública del citado RD Ley.

Asimismo, se habilita a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para dictar las instrucciones que resulten necesarias para coordinar la aplicación de las disposiciones anteriores a fin de la correcta tramitación de los contratos financiados con fondos del Plan de Recuperación, las cuales serán obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público estatal; sin que la norma tenga en cuenta las funciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, de acuerdo con la letra d) del apartado 7 artículo 332 LCSP, para aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación.

=====
¹ https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es, consultada el 20 de diciembre de 2020.

Puede verse GIMENO FELIÚ, “Los pilares de Next Generation EU y la contratación pública”, www.obcp.es, consultado el 2

de enero de 2021.

² En su comentario a estas últimas modificaciones a la LCSP publicado en www.obcp.es advierte el profesor GIMENO FELIÚ que la necesaria vinculación a la materia presupuestaria o de política económica que ha exigido nuestro Tribunal Constitucional no resulta en modo alguno evidente. El problema ya había sido denunciado por el propio autor como consecuencia de las reformas de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas por la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de disciplina presupuestaria y por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (GIMENO FELIÚ, J.M., “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública”, *Revista de Administración Pública* nº 144 (1997), págs. 148 y ss.).

³ La Ley 11/2020 introduce modificaciones en relación con la regulación de los encargos a medios propios (artículos 32 y 33 LCSP), aumenta las cuantías para la utilización del procedimiento abierto en sus modalidades simplificada y supersimplificada (artículo 159 LCSP) y excluye de la LCSP a los contratos entre sociedades mercantiles pertenecientes al sector público que no ostenten el carácter de poder adjudicador (artículo 321 LCSP).

⁴ Pueden consultarse las propuestas recogidas en el webinar del Observatorio de Contratación Pública “Retos jurídicos y oportunidades de transformación en la gestión de los fondos Next Generation EU”, celebrado el 5 de noviembre de 2020, donde distintos expertos del área de la gestión pública hablaron sobre cómo la Administración debe afrontar los Fondos de Recuperación Europeos. Las principales conclusiones del webinar están publicadas en <https://mailchi.mp/obcp/conoce-las-novedades-sobre-covid-2746848?e=1d623288af>, consultado el 3 de enero de 2020.

También los trabajos de VAZQUEZ MATILLA, F.J., “Fondos europeos Covid-19: pautas para la gestión exitosa de las contrataciones públicas maximizando los fondos y evitando las correcciones”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 170 (2020) y HERNÁNDEZ SALGUERO, E., “Reflexiones sobre la nueva vuelta de tuerca a la compra pública derivada de las exigencias del programa Next Generation. Simplificación sí, pero no solo”, www.obcp.es, consultado el 30 de noviembre de 2020.

⁵ “Apuntes para la gestión contractual de los fondos comunitarios de recuperación del MFP”, www.obcp.es, consultado el 18 de noviembre de 2020.

⁶ Esta normativa tiene en cuenta la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto, que ha destacado la inaplicabilidad de la doctrina de los contratos “in house” a los supuestos de adjudicación de contratos a sociedades de economía mixta y también que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa vulneraría los principios de igualdad de trato y libre concurrencia (sentencia TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau). Puede verse GALLEGO CÓRCOLES, I., “La gestión de servicios públicos locales mediante sociedades de economía mixta”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 107 (2011), pág. 48 y ss.