

**Informe 11/2017, de 2 de noviembre de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Modificación de las Instrucciones de Contratación de la sociedad mercantil autonómica Ciudad del Motor de Aragón, S.A.**

## **I. ANTECEDENTES**

El Director Gerente de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. (MotorLand), empresa pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de 27 de septiembre, que tuvo entrada el 4 de octubre de 2017, en el que solicita informe sobre el proyecto de modificación del Manual de Instrucciones internas de Contratación de la Ciudad del Motor de Aragón, S.A.

Se acompaña el texto de la modificación de las Instrucciones que fue inicialmente tomado en consideración por el Consejo de Administración de la Sociedad en fecha 26 de enero de 2017, el informe preceptivo de la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 27 de mayo de 2017, el informe de la responsable del área jurídica y de contratación de la citada sociedad, de fecha 24 de junio de 2017 y una nueva versión del Manual de Instrucciones Internas de Contratación que incorpora las recomendaciones de los servicios jurídicos. Esta última versión del Manual de Instrucciones fue tomada en consideración por el Consejo de Administración de la sociedad y remitida a esta Junta Consultiva para su informe.

El pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 2 de noviembre de 2017, acuerda informar lo siguiente:

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.**

Este informe se emite con carácter facultativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.2 y 4.b) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, que le atribuye la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa, y la función de velar por el debido y estricto cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos de la Administración; y, especialmente, por el respeto de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6. e) del mencionado Reglamento.

### **II.- Consideraciones previas respecto al contexto temporal en el que se produce la emisión de este informe. Aprobación por las Cortes Generales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.**

Este informe se emite bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Sin embargo, esta norma va a quedar derogada dentro de 4 meses tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de

febrero de 2014, que acaba de ser aprobada por las Cortes Generales. Así lo establece expresamente la Disposición Derogatoria de la nueva Ley.

En el nuevo marco legal que estará vigente a partir de entonces se suprimen las Instrucciones Internas de contratación a las que se refiere actualmente el art. 191 TRLCSP, ya que se ha optado por la uniformidad de régimen jurídico. Los artículos 316 a 319 de la nueva Ley disciplinan el nuevo régimen jurídico de estos contratos. En consecuencia, para la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública deberán utilizarse los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que sólo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones. En cuanto a los efectos y extinción, se regirán por el derecho privado, sin bien les será aplicable *«...lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243»*, así como diversas cuestiones en relación con la resolución de los contratos y su modificación en los términos que desarrolla el artículo 319 de la nueva Ley.

Por todo ello, las Instrucciones internas de contratación objeto de este informe van a tener una vigencia muy breve.

### **III.- Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. a efectos de la aplicación del TRLCSP.**

Sin perjuicio de lo que se acaba de exponer, y atendiendo al régimen jurídico de contratación pública vigente en la actualidad, procede analizar la naturaleza jurídica de Ciudad del Motor de Aragón, S.A.

Esta entidad fue creada mediante Decreto 227/2001, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón (B.O.A. nº 125, de 24 de octubre) como empresa pública revistiendo la forma de sociedad anónima. Se trata de una empresa de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo régimen jurídico viene establecido en los artículos 83 a 91 de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio.

A los efectos de la hoy vigente legislación reguladora de la contratación en el sector público se trata de un ente instrumental que no es Administración Pública pero reúne los requisitos de poder adjudicador, conforme a lo dispuesto en los artículos 3.1.d) y 3.3.b) del TRLCSP.

**IV.- La necesidad de revisar y actualizar las instrucciones que, ex artículo 191 TRLCSP, regulen los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública.**

Tal y como pusimos de manifiesto en nuestro Informe 14/2011, de 12 de mayo, en virtud de la previsión contenida entonces en el artículo 175 LCSP y, en la actualidad, en el artículo 191 TRLCSP, *«a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, en sus contratos no sujetos a regulación armonizada, no les resulta de aplicación completa la LCSP, ni en lo relativo al régimen jurídico del contrato, ni a los posibles procedimientos de adjudicación. Respecto de estos últimos la adjudicación deberá someterse a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, debiendo aprobar un manual de instrucciones en el que se regulen tales procedimientos de contratación, garantizando la efectividad de dichos principios»*

En desarrollo de esta previsión legal fueron aprobadas las Instrucciones internas para procedimientos de contratación de la Ciudad del Motor de Aragón, S.A. por acuerdo de 30 de junio de 2008 del Consejo de Administración de dicha sociedad.

Para la aprobación de tales Instrucciones no se recabó entonces de esta Junta Consultiva la emisión de informe facultativo, si bien en el expediente ahora remitido se expone que las mismas se elaboraron tomando en consideración la Circular 1/2008, de 3 de marzo, sobre «*Alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable*» y la Recomendación 1/2008, de 10 de junio, sobre «*Preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración Pública en contratos no sujetos a regulación armonizada*», ambas de esta Junta Consultiva. Así lo pone de manifiesto el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma en su informe de fecha 27 de mayo de 2017, incorporado al expediente.

Con posterioridad se han producido diversas circunstancias que hacen aconsejable, a juicio de la citada sociedad, la revisión y actualización de estas Instrucciones internas. En concreto, en el expediente tramitado para la modificación de las Instrucciones se alega la incidencia de las nuevas Directivas europeas de contratación pública en el TRLCSP, la existencia de diversos cambios en el órgano de contratación de la sociedad derivados de la desaparición de la figura del Consejero Delegado, y la conveniencia de regular de un modo claro los contratos de patrocinio publicitario a la vista de las consideraciones realizadas por la Cámara de Cuentas de Aragón en su «*Informe de Fiscalización de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. Ejercicios 2013-2014*»

#### **V.- Examen de las Instrucciones de Contratación de Ciudad del Motor de Aragón, S.A.:**

Para este análisis esta Junta considera oportuno tener como referencia la Recomendación 1/2008 de 10 de junio de 2008, relativa a «*Preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración Pública en contratos no sujetos a regulación armonizada*», que expresamente dedica su apartado segundo precisamente al contenido de los manuales de instrucciones. Pero también,

desde la perspectiva de garantizar la mayor transparencia, publicidad, concurrencia y seguridad jurídica que demandan las nuevas Directivas en materia de contratación pública.

Las Instrucciones además, ya han sido objeto de análisis por parte de la Dirección General de Servicios Jurídicos en lo referente a las modificaciones que se proponen en su texto.

Procederemos, en primer lugar, a realizar un breve análisis de la estructura del proyecto de Instrucciones de Ciudad del Motor de Aragón, S.A., y en segundo lugar analizaremos el contenido de dichas Instrucciones.

#### **a) Análisis de su estructura y sistemática**

Las Instrucciones de Contratación de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. se organizan mediante una Memoria, a modo de introducción, y 33 reglas (dos de ellas coincidentes con el mismo número: 32) que se agrupan en 9 Títulos.

El Título I, Disposiciones Generales, incluye 4 reglas sobre aspectos generales de la contratación no sujeta a regulación armonizada de esta entidad mercantil: Ámbito objetivo, naturaleza, jurisdicción competente y clasificación de los contratos.

Junto a los contratos de obras, servicios y suministros, cuya regulación se desarrolla en los Títulos II a VI, se incluye la categoría de los contratos deportivos privados especiales, regulados en el Título VII, y la de los contratos de patrocinio publicitario, desarrollados en el Título VIII. Con respecto a estos últimos conviene destacar que, si bien la regla 4.6, en sede de «Disposiciones Generales» regula el patrocinio publicitario como un contrato en el que Ciudad del Motor de Aragón, S.A. es entidad «patrocinada», sin embargo, en el Título VIII (regla 29) contempla dos modalidades diferenciadas de patrocinio en función de que Ciudad del Motor de Aragón, S.A. sea entidad patrocinada o patrocinadora.

La ordenación de los Títulos II a VI, cuyo objeto es la regulación de la contratación de obras, servicios y suministros no sujeta a regulación armonizada, parece responder adecuadamente en su formulación a las indicaciones dadas por esta Junta Consultiva en su Recomendación 1/2008.

Finalmente, el Título IX, de Disposiciones Finales, contiene una regla sobre remisión de información a la Cámara de Cuentas de Aragón y al Registro de Contratos

### **b) Análisis del contenido de las instrucciones de Ciudad del Motor de Aragón, S.A.**

En cuanto a su contenido, el artículo 191 TRLCSP establece como punto de partida que las Instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública, para contratos de importes inferiores a los umbrales comunitarios, deben garantizar como mínimo que cumplen los siguientes requisitos:

*«a) La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.*

*b) Los órganos competentes aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento interno, en las que se regulen los procedimientos de contratación y que garanticen el cumplimiento de los principios enumerados en el apartado anterior y también que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa.*

*c) 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 de contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.»*

Con carácter general, debe observarse que el proyecto de Instrucciones estructura tres regímenes jurídicos diferenciados (obras, servicios y suministros no sujetos a regulación armonizada; contratos deportivos privados especiales;

y patrocinio publicitario) sin que las escasas normas comunes a todos ellos que contiene el Título I parezcan suficientes para garantizar una adecuada homogeneidad del régimen jurídico contractual de Ciudad de Motor de Aragón S.A., de modo singular en cuanto al núcleo esencial de los principios que, de acuerdo con el artículo 191 TRLCSP, deben presidir tal régimen (publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación).

El proyecto de Instrucciones que se analiza tiene como objeto incorporar diversas modificaciones a las Instrucciones actualmente vigentes. Estas modificaciones afectan a aspectos tales como la existencia de cambios en el órgano de contratación de la sociedad o la conveniencia de regular los contratos de patrocinio publicitario a la vista de las consideraciones realizadas por la Cámara de Cuentas de Aragón en su «*Informe de Fiscalización de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. Ejercicios 2013-2014*». El informe del Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma ha centrado su análisis en los mencionados aspectos.

Las Instrucciones internas de contratación de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. se someten ahora por primera vez al conocimiento de esta Junta Consultiva. Entendemos adecuado extender nuestro análisis al conjunto de las Instrucciones, sin perjuicio de procurar dar respuesta a los aspectos que han motivado la tramitación de las concretas modificaciones informadas por los Servicios Jurídicos.

a) **Memoria introductoria.**- En su apartado II se cita de modo incorrecto el derogado artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004. La referencia debe hacerse al artículo 2.1 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. La mención a la derogada Directiva 2004/18/CE se reitera en el último párrafo del apartado II.

En el apartado III de la Memoria, al hacerse referencia a la necesidad de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a la actividad contractual sería conveniente incluir, junto a la difusión a través del

Perfil del Contratante, una mención a la Plataforma de Contratos del Sector Público, ya que resulta obligatorio para todos los poderes adjudicadores, sean o no Administración Pública, publicar tanto la licitación como la adjudicación de sus contratos, tal y como exige la Ley 20/2013, de Unidad de Mercado, en su Disposición Adicional Tercera.

b) **Título I.-** La regla 3, sobre jurisdicción competente, regula los supuestos en los que la contratación de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. es susceptible de la interposición de recurso especial. Las cuantías que se mencionan (contratos de obras de importe superior a 1 000 000.- euros y contratos de servicios y de suministros de importe superior a 100 000.- euros) han sido rebajadas notablemente por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas. En efecto, su Disposición Final Segunda, apartado 7 ha modificado el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, que atribuye al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón competencia para:

*«a) Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como para los contratos de obras de valor estimado superior a 200 000 euros y de suministros y servicios superior a 60 000 euros»*

Esta falta de adaptación ya fue puesta de manifiesto por la Responsable del Área Jurídica y Contratación de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. en su informe de 24 de junio de 2017, si bien no ha sido corregida en el texto remitido a informe de esta Junta Consultiva.

En conclusión, deberían corregirse las cuantías así como sustituir el término «importe» por el término «valor estimado», por resultar más adecuado.

La regla 4.4, se formula con una aparente vocación de completitud al hacer referencia a «los contratos que celebre Ciudad del Motor de Aragón, S.A.». Sin embargo, en esta disposición sólo se regulan los contratos de obras,

suministros y servicios distinguiendo en función de su valor estimado entre los sujetos a regulación armonizada, los no sujetos a regulación armonizada y los de importe inferior a 50.000 euros. No se mencionan allí, en cambio, los contratos Deportivos Privados Especiales, que se definen en la regla 5, ni los contratos de patrocinio publicitario, que son objeto de consideración en la regla 6.

Según se expone en informe de la Responsable del Área Jurídica y Contratación de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. de fecha 24 de junio de 2017, los Contratos Deportivos Especiales se introdujeron en las Instrucciones en virtud de modificación aprobada con fecha 1 de julio de 2014, *«por encontrar dificultades en la tramitación de estos contratos si se sometían íntegramente en el TRLCSP y en virtud del informe emitido por los Servicios Jurídicos al respecto de la naturaleza de estos contratos en fecha 26 de abril de 2013»*.

La regla 4.5 de las Instrucciones establece su régimen jurídico, señalando que *«la regulación de estos contratos, en cuanto a su preparación, adjudicación y formalización será la establecida en el Título VII de las presentes Instrucciones, no estando sometida a regulación armonizada. Los efectos y ejecución de los contratos se regirán por el derecho privado, conforme a la naturaleza de los mismos»*.

A este respecto, debe señalarse que los contratos deportivos especiales son por su naturaleza contratos de servicios incluidos en la categoría 26 (servicios culturales, de esparcimiento y deportivos) del Anexo II del TRLCSP. En virtud del efecto directo del artículo 2.9 de la Directiva 2014/24/UE, a partir del 18 de abril de 2017 están sujetos a regulación armonizada por encima del umbral de 209 000 euros todos los contratos de servicios y no sólo los servicios de las categorías 1 a 16 del anexo II del TRLCSP, como hasta ahora venía recogido en el artículo 16.1 del TRLCSP, cuya aplicación ha quedado desplazada como consecuencia del efecto directo. Por tanto procede corregir en tal sentido la regla 4.5 de las Instrucciones

La regla 4.6 pretende establecer una definición del contrato de patrocinio publicitario. Sin embargo, se limita a contemplar la modalidad de patrocinio en la que Ciudad del Motor de Aragón, S.A. interviene como entidad «patrocinada», mientras que el Título VIII (regla 29) desarrolla dos modalidades diferenciadas de patrocinio en función de que Ciudad del Motor de Aragón, S.A. sea entidad patrocinada o patrocinadora. Sobre esta cuestión volveremos al analizar el Título VIII.

c) **Título II.-** La regla 6 traslada, en lo sustancial, el contenido de los artículos 86 y 87 TRLCSP en relación con el objeto y precio de los contratos. Debe recordarse el impacto que en este punto tiene la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero. Como dijimos en el informe 1/2017, de 1 de febrero, de esta Junta Consultiva: *«La Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 ha introducido un cambio sustancial en la noción del fraccionamiento de los contratos al establecer como regla general la división de los contratos públicos en lotes. Este cambio normativo ha obligado a revisar la interpretación que hasta ahora se había venido dando al artículo 86.3 TRLCSP. Desde el 18 de abril de 2016, como consecuencia del efecto directo del art. 46.1 y 2 de la Directiva 2014/24/UE, la regla general es la división del contrato en lotes. En el supuesto de que el órgano de contratación decida no dividir el contrato en lotes deberá motivarlo».*

La regla 7 hace referencia al pago del precio, contemplando la posibilidad de revisión del mismo en los términos establecidos en los Pliegos.

El artículo 89 TRLCSP, redactado por el apartado tres de la Disposición Final tercera de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española establece que *«Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo. No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos»*

Esta norma ha desplegado plena eficacia tras la aprobación de su Reglamento de desarrollo mediante Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero (vigente desde 5 de febrero de 2017) y resulta aplicable a los contratos que celebre Ciudad del Motor de Aragón, S.A. al amparo de lo dispuesto en el art. 3.1.a) de la referida Ley 2/2015:

*«a) Las revisiones de cualquier valor monetario en cuya determinación intervenga el sector público. A tales efectos, se entiende por sector público el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.»*

*En todo caso, para la aplicación de lo dispuesto en esta Ley a las citadas revisiones de valores monetarios no será necesario que concorra un negocio o relación jurídica incluida en el ámbito de aplicación de dicho texto legal»*

d) **Título III.-** La regla 11 relativa al Perfil de Contratante debería ajustarse incluyendo la necesaria mención a la Plataforma de Contratos del Sector Público ya que resulta obligatorio para todos los poderes adjudicadores, sean o no Administración Pública, publicar tanto la licitación como la adjudicación de sus contratos, tal y como exige la Ley 20/2013, de Unidad de Mercado, en su Disposición Adicional Tercera, a fin de garantizar la debida transparencia y el acceso público a la información relativa a la actividad contractual.

Nada se dice en cuanto al contenido de la información que debe ser objeto de publicidad. Procede recordar que si bien el artículo 191. c) TRLCSP sólo alude, en los contratos no armonizados de cuantía superior a 50 000 euros, a la necesidad de publicar *«información relativa a la licitación»*, términos que se reproducen literalmente en la regla 11 de las Instrucciones, sin embargo, la Recomendación 1/2008, de 10 de junio, de esta Junta Consultiva señaló que, aunque la Ley no establece más detalles, *«deberá indicarse en el manual de instrucciones el contenido mínimo del anuncio de licitación, en el que se describirán las características esenciales del contrato, tales como la*

*identificación de la identidad contratante, objeto del contrato, cuantía, plazo de presentación de solicitudes, dirección donde los interesados pueden recabar información adicional. El anuncio deberá contener la información suficiente para que el potencial licitador pueda decidir su participación»*

e) **Título IV.-** En este título se establecen normas generales aplicables a la preparación de los expedientes de contratación de obras, servicios y suministros no sujetos a regulación armonizada.

La regla 14 desarrolla la tramitación urgente y la extraordinaria. Con relación a esta última, las Instrucciones se limitan a facultar al órgano de contratación a que ordene la ejecución de lo necesario para remediar la situación excepcional producida. Sin embargo, nada se dice sobre qué es lo que se considera una «situación excepcional». Ni se define en la regla 14, ni se realiza remisión alguna a la normativa que puede acotar su objeto (el artículo 113.1 TRLCSP señala como supuestos de situación excepcional: los acontecimientos catastróficos, las situaciones que supongan grave peligro y las necesidades que afecten a la defensa nacional).

La regla 15, está referida a los «*pliegos de condiciones particulares y prescripciones técnicas*» para la adjudicación de contratos cuyo valor estimado sea superior a 50 000 euros. Se contempla la elaboración de un pliego de condiciones particulares y de un pliego de prescripciones técnicas, si bien se prevé la posible refundición de ambos documentos en un solo pliego.

La aprobación del pliego de condiciones particulares se atribuye al órgano de contratación y su contenido se desarrolla en el apartado 3 de la regla 15. Es necesario realizar tres precisiones sobre la denominación y contenido de los pliegos:

- El documento que la regla 15 de las Instrucciones denomina «pliego de condiciones particulares» es denominado «Condiciones jurídicas, económicas y

técnicas» en la regla 18.1 y «Condiciones de Contratación» en la regla 18.2 y 4, todas ellas en sede de «Procedimiento Simplificado».

- El contenido de estas Condiciones es regulado de modo no del todo coincidente en las reglas 15.3 y 18.1.

- La regla 15.3 prevé la inclusión en los pliegos de los sistemas de revisión y/o actualización de precios. Es preciso reiterar lo antes dicho sobre los estrictos términos en que se regula la revisión de precios en el artículo 89 TRLCSP, redactado por el apartado tres de la Disposición Final tercera de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española.

Por otra parte, nada se dice en la regla 15 sobre quién es el órgano competente para aprobar «el pliego de prescripciones técnicas»

f) **Título V.-** En él se regulan los «*Procedimientos de adjudicación*»: procedimiento de consultas; Procedimiento simplificado; Procedimiento abierto; Procedimiento restringido; Procedimiento negociado; y Diálogo competitivo.

Debemos recordar el criterio que, con carácter general, fijó esta Junta Consultiva en su Recomendación 1/2008, de 10 de junio: «*El diseño de nuevos procedimientos debería evitar la terminología con la que la LCSP se refiere a los distintos procedimientos de adjudicación (abierto, restringido, negociado, diálogo competitivo y acuerdo marco) con el fin de evitar confusiones innecesarias e inseguridad jurídica. Es recomendable optar por denominaciones distintas que no susciten dudas de reglas de aplicación (por ejemplo, procedimiento simplificado, concurso simplificado, adjudicación a mejor precio...)*».

Respecto de la Mesa de contratación, cabe indicar la existencia de una aparente contradicción entre la regla 10 y las reglas 18 a 22 de las Instrucciones.

La regla 10 prevé la constitución obligatoria en los procedimientos abierto y restringido, siendo potestativa en el procedimiento negociado. Nada se dice allí sobre la existencia de mesas en los procedimientos simplificado y de diálogo competitivo.

Por otra parte, la regla 10 establece la composición:

- Un Presidente (el gerente o el responsable técnico del área)
- 3 Vocales (técnico del área en función materia a contratar; técnico financiero; y vocal designado por la Dirección General de Servicios Jurídicos)
- 1 Secretario con voz, pero sin voto.

Frente a ello, la regla 18, relativa al «*procedimiento simplificado*», prevé la constitución de mesa en tales procedimientos, que estará formada por Presidente, tres Vocales y un Secretario, que en este caso tiene voz y voto. Nada se dice sobre el perfil requerido.

La regla 19, sobre el «*procedimiento abierto*», hace mención a la existencia de mesas de contratación en dicho procedimiento. Sin embargo, la regla 20, referida al procedimiento restringido omite toda referencia a las mesas de contratación.

Finalmente, en cuanto a la regla 22, sobre «*Diálogo competitivo*», si bien para su articulación y adjudicación se remite a los trámites del artículo 181 a 183 TRLCSP, regulados en sede de «*Diálogo competitivo*», no se prevé, sin embargo, nada sobre la eventual constitución de una mesa de contratación.

Debe procederse a corregir las lagunas y contradicciones observadas en relación con esta cuestión tomando en consideración que, como recuerda el Informe 3/2015, de 17 de marzo, de esta Junta Consultiva: «*Como ya se indicó en nuestros Informes 8/2008, de 19 de junio y 3/2010, de 17 de marzo, la existencia de una Mesa de contratación que asista al órgano de contratación en*

*todos los contratos que la Sociedad... celebre, excepto para los menores ... sin duda favorece el cumplimiento del principio de transparencia y de lo establecido en el apartado segundo A) de la Recomendación 1/2008, de esta Junta Consultiva», sin perjuicio de la conveniencia de «sopesar desde la óptica de la gestión eficaz de la contratación» las consecuencias derivadas de la medida que se adopte.*

Resulta también errática y confusa la mención que se realiza en estas reglas del perfil del contratante de la sociedad en relación con la publicación de anuncios de licitación y de adjudicación. Así, la regla 18.2 se refiere al *«perfil de contratante de MotorLand»*, la regla 18.11 al *«perfil del contratante de Ciudad del Motor de Aragón»* y la regla 19.2 al *«perfil de contratante de la página web de la sociedad»*. Por su parte, la regla 20.2, en sede de *«procedimiento restringido»*, si bien prevé la publicación de anuncios de licitación no señala en este caso dónde se realizará tal publicidad. Finalmente, la regla 18.11, en sede de *«procedimiento simplificado»*, dispone la notificación a los licitadores y publicación de la adjudicación del contrato en el perfil, mientras que la regla 19, en sede de *«procedimiento abierto»*, guarda silencio sobre esta cuestión.

La regla 21 establece el marco general de lo que denomina *«procedimiento negociado»*, remitiéndose de modo no completo a las reglas que sobre el procedimiento negociado se establecen en los artículos 170 y ss. TRLCSP, en especial en lo relativo a la publicidad de las licitaciones.

Así, se prevé únicamente la publicidad de este procedimiento cuando concurren las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 170, en la letra a) del artículo 171, o en la letra a) del artículo 174 TRLCSP, bastando en todos los demás supuestos con *«solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible...»*.

No parece que esta regla cumpla de modo adecuado las obligaciones de publicidad que resultan del artículo 191 TRLCSP. Decíamos en nuestro Informe 20/2016 de 20 de diciembre, que dicho artículo «...exige la inserción en el Perfil del Contratante de la entidad de la «información relativa a la licitación» de los contratos cuyo importe supere los 50 000 euros.

*Estas licitaciones deben publicarse, y no basta con la mera publicación posterior de su adjudicaciones, como se deduce del hecho de que el mismo artículo 191 del TRLCSP permite que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar «otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión», entendiéndose por éstas aquéllas que como el Perfil puedan estar al alcance de los licitadores que deseen participar en concurrencia.*

*Por otro lado, la solicitud únicamente de al menos tres ofertas tampoco puede interpretarse como una alternativa de difusión para contratos en cuantías tan elevadas. En este caso, la regulación de la contratación europea debe servir de referencia también en los contratos no armonizados, sin que sea posible regulaciones que de facto comporten efectos que se consideren contrarios a las reglas propias de la contratación pública...*

*En este sentido, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho europeo, aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006), a la que expresamente también se refiere el informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, establece que el contenido armonizado que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública.*

*Así lo afirman también los tribunales administrativos de contratación pública, por ejemplo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 121/2012, de 23 de mayo, dice que: «El interés general o interés*

*público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia».*

*El principio de transparencia debe garantizar a los potenciales licitadores una publicidad adecuada, que permita generar una competencia real en el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Así lo ha establecido también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias como la STJUE de 7 de diciembre de 2000 –ARGE- , en la STJUE de 15 de octubre de 2009, - Acoset- y STJUE de 6 de abril de 2006 –ANAV- o en la STJUE de 16 de septiembre de 2013 –Comisión/Reino de España-».*

Por otra parte, la regulación del procedimiento negociado, aún en los supuestos en los que el TRLCSP permite su tramitación sin publicidad, debe considerar la vigencia del Plan de Racionalización del gasto corriente, aplicable a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a sus organismos públicos dependientes y que sirve de marco de referencia a la actuación de los consorcios, fundaciones y sociedades mercantiles dependientes, siempre que sus medidas puedan resultar de aplicación directa. En tal sentido, su medida 87 establece textualmente: *«En los contratos negociados sin publicidad se exigirán con carácter general más de tres ofertas. Las unidades gestoras crearán bases de datos de proveedores en las que se recogerán los datos de los mismos a fin de automatizar la solicitud de oferta a todos ellos»*

En último término debe considerarse que la Disposición Final Segunda de la Ley aragonesa 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, añade dos nuevos apartados 3 y 4 en el artículo 4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en materia de Contratos del sector Público de Aragón:

*«3. La utilización del procedimiento negociado sin publicidad deberá ampararse en los supuestos específicos recogidos en la normativa básica, sin que sea posible que los órganos de contratación incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley puedan recurrir a la aplicación de este procedimiento basándose únicamente en el importe del contrato.*

*4. En los supuestos en que resulte aplicable el procedimiento negociado sin publicidad, podrá publicarse en el perfil de contratante, simultáneamente al envío de las solicitudes de ofertas a las que se refiere el artículo 178.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, un anuncio, al objeto de facilitar la participación de otros posibles licitadores.*

*Las ofertas que presenten los licitadores que no hayan sido invitados no podrán rechazarse exclusivamente por dicha circunstancia»*

La regla 24, referida a la adjudicación de los contratos, contempla la posible exigencia al adjudicatario de constitución de una «*garantía definitiva*», sin más precisiones acerca de la naturaleza y condiciones de la misma.

La regla 25 trata de la notificación de las adjudicaciones. Sería adecuado incluir una expresa mención a la necesidad de motivación de las mismas. Como se indicó en la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de esta Junta Consultiva y se reiteró en el Informe 3/2015, de 17 de marzo, también de esta Junta, relativo a las Instrucciones de Contratación de otra empresa pública de la Comunidad Autónoma, «*un aspecto capital de la transparencia en el procedimiento de contratación es la necesidad de que las decisiones que se adopten en el mismo estén suficientemente motivadas. El TRLCSP exige la motivación desde el inicio mismo del expediente, así el artículo 22 establece que deberá justificarse las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. ... El Acuerdo del TACPA 3/2011 recoge cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad; al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permitan, en su caso, impugnar la adjudicación...*». El Informe 14/2011, de 12 de mayo, de esta Junta

Consultiva concluye que *«la exigencia del referido requisito de motivación resulta de aplicación para todo contrato, independientemente de su importe, ya que su fundamento es garantizar la eficacia de una eventual reclamación, de tal manera que la notificación de la adjudicación deberá tener un contenido equivalente al que dispone el artículo 135.4»*. En el mismo sentido se pronuncia el Acuerdo 3/2011, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

g) **Título VI.-** Tiene por objeto la formalización de los contratos. Su regla 26.2 contiene una mención a los contratos de *«...servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo 2 del TRLCSP de valor estimado igual o superior al establecido en la citada Ley »*, pero debe tenerse en cuenta que en virtud del efecto directo del artículo 2.9 de la Directiva 2014/24/UE, a partir del día 18 de abril de 2017 están sujetos a regulación armonizada por encima del umbral de 209 000 euros todos los contratos de servicios y no sólo los servicios de las categorías 1 a 16 del anexo II del TRLCSP, como hasta ahora venía recogido en el artículo 16.1 del TRLCSP, cuya aplicación ha quedado desplazada como consecuencia del efecto directo.

h) **Título VII.-** Tiene como objeto regular de modo específico los contratos deportivos especiales, figura contractual incorporada a las Instrucciones de contratación de Sociedad del Motor de Aragón, S.A. en virtud de modificación aprobada con fecha 1 de julio de 2014.

Los contratos deportivos especiales son por su naturaleza contratos de servicios incluidos en la categoría 26 (servicios culturales, de esparcimiento y deportivos) del Anexo II del TRLCSP. En la documentación incorporada al expediente remitido a esta Junta Consultiva consta un informe Responsable del Área Jurídica y Contratación de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. de fecha 24 de junio de 2017, en el que se expone que su inclusión en las Instrucciones de contratación de la sociedad como una categoría diferenciada de contratos se debe a que se habían encontrado *«...dificultades en la tramitación de estos contratos si se sometían íntegramente en el TRLCSP»*.

Como ya se ha expuesto antes, en virtud del efecto directo del artículo 2.9 de la Directiva 2014/24/UE, a partir del 18 de abril de 2017 están sujetos a regulación armonizada por encima del umbral de 209 000 euros todos los contratos de servicios y no sólo los servicios de las categorías 1 a 16 del anexo II del TRLCSP, como hasta ahora venía recogido en el artículo 16.1 del TRLCSP, cuya aplicación ha quedado desplazada como consecuencia del efecto directo.

Sólo cabría por tanto considerar en estos momentos dentro de la categoría de contratos deportivos especiales y del ámbito de estas Instrucciones de contratación, a los de valor estimado inferior al umbral de 209 000 euros.

Con relación a estos contratos de valor estimado inferior a dicha cifra y, en consecuencia, no sujetos a regulación armonizada, cabe añadir lo siguiente:

- La regla 28.3 dispone, al amparo de una aducida «especialidad» de los eventos deportivos, la exención a la sociedad de la necesidad de elaborar pliego de condiciones administrativas y de prescripciones técnicas (términos que, por otra parte, no coinciden de modo exacto con los utilizados en la regla 15, que habla de pliegos de condiciones particulares y de prescripciones técnicas). En la Recomendación 1/2008, de 10 de junio, de esta Junta Consultiva se resaltó la necesidad de que en la documentación preparatoria de los contratos se incluyeran pliegos de condiciones administrativas y de prescripciones técnicas, si bien se consideraba viable «... *refundir en un solo pliego las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías, en su caso ...*». No parece posible que se pueda eximir a la sociedad de la elaboración de un Pliego con el contenido mínimo señalado.

- La regla 28.4 regula la adjudicación y formalización de los contratos deportivos especiales, facultando a la sociedad a realizar su publicidad «...*a través de cualquier medio de difusión pública*». Debemos remitirnos a lo dicho antes sobre las obligaciones de publicidad que resultan del artículo 191

TRLCSP, que no parece que resulten satisfechas con esta redacción de la regla 28.4.

i) **Título VIII.-** Tiene por objeto desarrollar el régimen jurídico de los contratos de patrocinio publicitario que celebre Ciudad del Motor de Aragón, S.A., bien sea como entidad patrocinadora bien sea como patrocinada. Estas reglas constituyen el núcleo fundamental de las modificaciones que pretende introducir la sociedad en sus vigentes Instrucciones.

El contrato de patrocinio publicitario está regulado en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Su artículo 22 lo define como «... *aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador*». Como se explica en el Informe 13/2012, de 11 de julio, de esta Junta Consultiva «*tiene por objeto una publicidad de carácter indirecto, que se ha dado en llamar «retorno publicitario», y que consiste fundamentalmente en que el patrocinado permite que el patrocinador haga pública su colaboración económica en la actividad del patrocinado y también, si así se estipula, en que el patrocinado realice comportamientos activos con esa misma finalidad. El patrocinador a cambio disfruta de la notoriedad y de la resonancia de la actividad que desarrolla el patrocinado, con el fin de incrementar entre el público el conocimiento de su nombre o marca y de favorecer su imagen*».

La actividad de patrocinio está regulada en Aragón por la Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Aragón.

Este órgano consultivo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la naturaleza y régimen jurídico del contrato de patrocinio, en especial en los Informes 28/2008, de 10 de diciembre, 1/2009, de 11 de marzo, 17/2010, de 1 de diciembre y 13/2012, de 11 de julio, caracterizándolo como un contrato

oneroso, bilateral y conmutativo, que se basa en la existencia de obligaciones ciertas y equivalentes para ambas partes.

*Como se exponía en nuestro Informe 13/2012, de 11 de julio, «el contrato de patrocinio, aún en el caso de ser celebrado por una Administración Pública, tiene la consideración de contrato privado, pues el patrocinado ... no es una empresa dedicada a los servicios publicitarios, lo que excluye la posibilidad de considerarlo como contrato administrativo de servicios, y tampoco puede ser considerado como un contrato administrativo especial, ya que no resulta vinculado al giro o tráfico específico de la Administración, ni satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella»*

Como contrato privado, su régimen jurídico viene configurado por lo dispuesto en el artículo 20.2 TRLCSP, en cuya virtud *«Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado. No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos»*

A pesar del tenor de este precepto, el informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos incorporado al expediente entiende que las Instrucciones de contratación pueden disponer de cierta libertad de configuración en la regulación del contrato de patrocinio, margen que se acentuaría en el caso en que la sociedad intervenga como patrocinada y a cuyas resultas va a percibir un ingreso patrimonial. Se argumenta en este informe que tal libertad de configuración encuentra apoyo en el artículo 5.1 de la Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Aragón, relativo a los *«Criterios de contratación»* y en cuya virtud *«1. Los*

*contratos de publicidad, difusión publicitaria y creación publicitaria en los que fueren parte las administraciones, los organismos y las empresas públicas comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, se ajustarán a los principios contenidos en la misma y a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de contratación de las Administración públicas, con respeto a los principios de libre concurrencia e igualdad entre los licitadores».* Este precepto no cita los contratos de patrocinio.

A este respecto debe recordarse que, como ya dijimos en nuestro Informe 13/2012, antes citado, «...la Ley 16/2003, en consideración a las especialidades del contrato de patrocinio respecto del resto de contratos publicitarios, lo excluye de la aplicación de su artículo 5 relativo a los criterios de contratación». Por tanto, la eventual modulación de la aplicación al contrato privado de patrocinio publicitario del régimen jurídico configurado resultante de los artículos 20.2 y 191 TRLCSP deberá entenderse limitada a los estrictos términos resultantes del tenor del artículo 5.1 de la Ley 16/2003. Las reglas 29 a 32 deberán ser revisadas e interpretadas a la luz de este criterio, sin perjuicio de entenderse adecuada la modulación introducida al establecer dos regímenes diferenciados en función de la distinta posición que puede ostentar Ciudad del Motor de Aragón, S.A. en el contrato, bien sea como entidad patrocinadora o como entidad patrocinada, como razonadamente sustenta el informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma.

## **VI. CONCLUSIONES**

I. Las conclusiones de este informe quedan referidas al contenido de las Instrucciones internas de contratación de Ciudad del Motor de Aragón, S.A. tramitadas bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Debe recordarse que esta norma quedará derogada tras la entrada

en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que acaba de ser aprobada por las Cortes Generales. Así lo establece expresamente la Disposición Derogatoria de la nueva Ley.

En el nuevo marco legal que estará vigente en 2018 se suprimen las Instrucciones Internas de contratación a las que se refiere actualmente el artículo 191 TRLCSP, en relación con los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas.

**II.** Deben ser objeto de revisión las observaciones y sugerencias realizadas en este Informe, con el fin de incorporar las omisiones apreciadas y corregir las irregularidades advertidas.

**Informe 11/2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 2 de noviembre de 2017.**