

Circular 1/2012, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «modificaciones introducidas por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación y con la publicidad de los modificados».

ANTECEDENTES

En virtud de la competencia reglamentariamente atribuida a esta Junta (Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento), con la finalidad de dar a conocer los cambios de la legislación de contratación pública —su alcance y efectos—, así como resolver dudas interpretativas sobre el régimen de transitoriedad, el Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sesión celebrada el 11 de abril de 2012, acordó aprobar esta Circular interpretativa relativa a las «modificaciones introducidas por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación y con la publicidad de los modificados».

Primera.- Novedades legislativas introducidas por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón en relación con los Contratos del Sector Público de Aragón.

La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante Ley 3/2012), publicada en el Boletín Oficial de Aragón nº 54, de 19 de marzo de 2012, incluye dentro del Título II dedicado a las «Medidas administrativas», unas medidas que, en unos casos, complementan las actuaciones adoptadas en materia de política fiscal y financiera contenidas en el Título I, con el objetivo de optimizar los recursos económicos y dinamizar la actividad de determinados sectores económicos y, en otros,

modifican algunas normas del ordenamiento jurídico aragonés, con el objetivo de lograr la simplificación de los trámites administrativos, la supresión de cargas administrativas y de cualesquiera obstáculos que puedan surgir en la tramitación de un procedimiento administrativo, incluido el de contratación pública, asimismo se incluyen algunas modificaciones de aspectos organizativos.

La adopción de medidas en materia de contratación pública, se justifica en concreto, por la importancia que ésta despliega para particulares y empresas, y se instrumenta a través de la modificación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante Ley 3/2011). El artículo 33 de la Ley 3/2012, incluye nuevos preceptos en la Ley 3/2011 y modifica la redacción de alguno de los existentes. En primer lugar, y ahondando en el objetivo de dotar de estabilidad al sistema de gestión de los recursos públicos y permitir una más rápida y eficiente tramitación de los contratos públicos, se incorporan medidas para favorecer el acceso a los contratos públicos a las pequeñas y medianas empresas, simplificando la documentación exigida, y facilitando los trámites administrativos al contratista propuesto como adjudicatario en determinados contratos complejos. Asimismo, según recoge la Exposición de Motivos, se pretende limitar el *ius variandi* de la Administración Pública introduciendo la exigencia de publicidad de los modificados, se amplían los supuestos a los que resulta aplicable el recurso especial en materia de contratación y se prevén reformas para evitar conflictos, a través de la creación del sistema de arbitraje. Se introduce una disposición adicional para impulsar la eficiencia en la contratación pública, obligando a que los entes, organismos y entidades del sector público aragonés velen por favorecer la agilización de trámites, la innovación y la incorporación de alta tecnología, promuevan la participación de la pequeña y media empresa y el acceso sin coste a la información. También se promueve la celebración de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en aquellas áreas de actividad en las que se justifique que se obtiene mayor valor por precio, de coste global, de eficiencia o de imputación de riesgos. Por último, se modifica el artículo

10 de la Ley 3/2011, respecto del procedimiento simplificado que pasa a denominarse trámite simplificado del procedimiento abierto.

Es necesario señalar que en la tramitación del procedimiento de aprobación del proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que se convertiría en la Ley 3/2012, no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3.1 a) del Decreto 81/2006, antes citado, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, que establece la competencia de la Junta para informar con carácter preceptivo sobre los proyectos y anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación administrativa, cuya aprobación sea competencia del Gobierno de Aragón o de los Consejeros del mismo y no hayan sido elaborados o propuestos por la propia Junta Consultiva. Como consecuencia de ello, esta Junta no tuvo ocasión de pronunciarse sobre los preceptos del anteproyecto de la Ley 3/2012 referidos a la contratación pública, perdiéndose así una oportunidad de armonizar su contenido, como sucede, por ejemplo con el artículo 10, en donde se advierte que en el apartado 5 se sigue hablando de procedimiento simplificado cuando debería referirse al trámite simplificado, y así debe ser interpretado desde la óptica teleológica de la reforma.

De todas las medidas en materia de contratación pública que contiene la Ley, dos de ellas, la ampliación de los supuestos de aplicación del recurso especial y las relativas a la publicidad de los modificados, que tienen una importante incidencia práctica, exigen una clarificación, fundamentalmente en cuanto a su aplicación temporal.

Segunda.- La ampliación de los supuestos de aplicación del recurso especial en materia de contratación.

El artículo 33.5 de la Ley 3/2012, da nueva redacción al artículo 17 de la Ley 3/2011, relativo a la competencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, modificando el apartado 2.a) del mismo, que queda redactado en el sentido de declarar al Tribunal competente para:

«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, así como para los contratos de obras de importe superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios superior a los 100.000 euros, en tanto se considera que tienen carácter transfronterizo».

Se amplía, por tanto, la aplicación del recurso especial a contratos no incluidos en el ámbito que define el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), tal y como recoge además su Exposición de Motivos, lo que supone avanzar en la línea de suprimir la dualidad de regímenes de recurso, que actualmente existe en materia de contratos, y ello, porque la limitación de la aplicación del recurso especial a los contratos armonizados y a algunos contratos de servicios por encima del umbral de aplicación de las Directivas comunitarias, no tiene justificación alguna y causa importantes distorsiones. Esta Junta ya se pronunció sobre esta cuestión en el Informe 18/2008, de 21 de julio, sobre el sistema de recursos contra los actos de adjudicación en el marco de la nueva Ley de Contratos del Sector Público:

«Frente al aparente avance que supone tal configuración (que venía siendo exigida con reiteración por la jurisprudencia comunitaria), sin embargo existe un importante elemento distorsionador de su aplicación, y que consiste en que el mencionado recurso sólo está previsto para determinados actos dictados por el órgano de contratación en el seno de procedimientos sujetos a regulación armonizada, pero no para esos mismos actos adoptados en contratos no sujetos a regulación armonizada».

Y concluía:

«la eventual limitación del recurso a los contratos armonizados no tiene justificación (de hecho la Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 aconseja la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato): “en el caso de los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario (...)”»

En la misma línea se había manifestado el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (Dictamen número 514/2006), al afirmar que:

«La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada. Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley. Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo référé précontractuel, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados».

Por lo tanto, la Ley 3/2012 amplía la aplicación del recurso especial, a todos los contratos de obras, de suministros y servicios cuyo valor estimado, calculado de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 TRLCSP, supere la cifra de 1.000.000 de euros o los 100.000 euros respectivamente, pues el término *importe* que utiliza la norma, debe interpretarse de forma integrada con lo dispuesto en el artículo 40 TRLCSP.

Es necesario subrayar que la aplicación del recurso especial implica que resulten aplicables a estos contratos todos los preceptos del TRLCSP que establecen su régimen jurídico, en concreto los artículos 45 a 49 y 156.3, por lo que en los procedimientos de contratación de los mismos, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la

notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos.

Tercera.- Aplicación de la nueva regulación sobre el recurso especial en materia de contratación a los expedientes de contratación en curso.

La Ley 3/2012, de conformidad con su Disposición Final quinta, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón, que tuvo lugar el 19 de marzo de 2012, sin que las disposiciones transitorias contemplen ninguna especialidad para las medidas en materia de contratos del Sector Público, lo que puede provocar dudas respecto de la aplicación del recurso especial a aquellos contratos de obras de valor estimado superior a 1.000.000 de euros, e inferior a 5.000.000, y de suministros y servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, e inferior a 200.000, cuyos expedientes de contratación estuvieran iniciados antes del 20 de marzo de 2012.

En materia de contratos públicos, es habitual que la aplicación transitoria de nuevas normas distinga entre expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de las mismas o con posterioridad, entendiéndose, con carácter general, que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, y para el caso de procedimientos negociados, tomando en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos. Así por ejemplo, la Disposición Transitoria primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y en idénticos términos la Disposición Transitoria primera de la Ley 3/2011. Sin embargo, a la modificación del régimen de recursos se le ha dado en ocasiones un tratamiento especial, así por ejemplo, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (en adelante Ley 34/2010), que modificó el régimen del recurso especial, entraba en vigor, según su Disposición final tercera, al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, a excepción

de lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera que permitía el nombramiento y constitución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, desde el día siguiente a la publicación de la norma, si bien el tribunal no podía comenzar a recibir y tramitar recursos, sino desde la fecha de entrada en vigor de la Ley. Sin embargo la Disposición Transitoria tercera «Procedimientos en curso» establecía en relación con el régimen de recursos en su apartado dos:

«En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor».

Por lo tanto, el nuevo régimen del recurso especial se aplicaba a los actos que se dictaran con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, aunque correspondieran a expedientes iniciados con anterioridad.

La Ley 3/2012, al no contener ninguna disposición transitoria, en relación con la modificación que introduce en el artículo 17 de la Ley 3/2011, produce un efecto similar al que la Disposición Transitoria tercera de la Ley 34/2010 previó expresamente, en relación con el régimen de recursos en los expedientes de contratación iniciados antes de su entrada en vigor, es decir, que aquellos actos dictados a partir del 20 de marzo de 2012, serán susceptibles de recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, y no del recurso ordinario que pudiera corresponder de acuerdo con la normativa anterior, aunque se dicten en expedientes iniciados con anterioridad.

No es obstáculo para ello que los pliegos aprobados en dichos expedientes dispongan un régimen de recursos diferente, pues como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 45/2010, en interpretación de la aplicación de la Disposición Transitoria tercera de la Ley 34/2010 :

«En primer lugar debe hacerse referencia a la cuestión de qué valor debe

darse a las cláusulas de los pliegos en que se haya incluido la mención de los recursos que cabe interponer contra una y otra adjudicación. Al respecto, es criterio reiteradamente expuesto por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares no deben reproducirse las normas legales para convertirlas en obligaciones contractuales puesto que la fuerza de obligar de unas y otras tiene origen distinto. En efecto, las obligaciones, y sus correlativos derechos, establecidas por una ley derivan de ella su obligatoriedad sin que resulte alterada esta circunstancia por el hecho de que se incluyan o no en los pliegos. Por consecuencia, no es adecuado que los pliegos recojan tales preceptos para convertirlos en cláusulas del contrato, pero si lo hacen, es evidente que, al no ser el contrato el origen de su fuerza obligatoria ésta sigue las mismas vicisitudes que la Ley que las establece, debiendo entenderse que si se modifica la Ley, también resultan modificadas las cláusulas del pliego que las hubiese recogido».

Hay que hacer notar que esta Junta comparte el criterio anterior, salvo en lo relativo a la pertinencia de que los pliegos recojan el régimen de recursos, que parece adecuada en aras de dar a los licitadores la mayor información posible sobre la forma de defender sus intereses.

Por otro lado, para concretar qué se entiende por expediente iniciado, resulta aplicable la Disposición Transitoria primera de la Ley 3/2011, pues como se recoge en el citado Informe 45/2010 respecto a un supuesto similar:

«La primera cuestión, es decir a partir de en qué momento los expedientes de contratación deben ajustarse a la nueva normativa, debe resolverse de conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de conformidad con la cual “los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá 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 iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”. Bien es cierto que esta norma se refiere, en principio, a las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, pero ninguna razón hay para no aplicarla también a las modificaciones que dicha Ley experimente como consecuencia de reformas posteriores. Tiene especial justificación este razonamiento cuando, como en el caso presente, no existe norma expresa que contradiga el criterio anterior y el principio sentado en ella se corresponde fielmente con los principios que sobre la materia rigen en nuestro derecho».

En el mismo sentido se pronunció esta Junta en su Circular 1/2010, de 22 de

septiembre, sobre «novedades en la regulación de la contratación pública y la incidencia práctica. Transitoriedad», entendiéndose que en estos casos hay que integrar los distintos intereses en juego, aportando racionalidad a la gestión y seguridad jurídica a los licitadores.

En conclusión, a los actos dictados en los expedientes para la adjudicación de contratos de obras de valor estimado superior a 1.000.000 de euros e inferior a 5.000.000, y de suministros y servicios de valor estimado superior a 100.000 euros e inferior a 200.000, iniciados antes del 20 de marzo de 2012, entendiéndose por expedientes iniciados, aquellos para los que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, o, para el caso de procedimientos negociados sin publicidad, tomando en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos, les resulta aplicable el régimen del recurso especial, siempre que hayan sido dictados a partir de esa fecha. Los órganos de contratación deberán incluir, en las notificaciones de dichos actos, mención expresa a la procedencia del recurso especial contra los mismos, en virtud de la entrada en vigor de la Ley 3/2012.

En los expedientes iniciados a partir del 20 de marzo de 2012, se aplicará el recurso especial a todos los actos, incluso cuando se hubieran dictado con anterioridad, y en ese sentido procede aplicar por similitud la misma medida que se contemplaba en la Circular de esta Junta 2/2010, antes mencionada:

«Por último, debe darse solución a los casos de procedimientos con publicidad tramitados y remitidos al boletín antes de la entrada en vigor, pero que se han publicado con posterioridad. Con la finalidad de resolver con eficacia esta eventual "disfunción", en aras al principio de economía procedimental, esta Junta entiende que resultaría posible una publicidad (a través del perfil de contratante) de una modificación-actualización parcial de los pliegos en cuanto al procedimiento, aprobada por el órgano de contratación, sin que sea necesario reabrir plazos de presentación de proposiciones, ya que no afecta a la preparación de las proposiciones».

Cuarta.- Aplicación de la exigencia de publicidad de los modificados.

El artículo 33 de la Ley 3/2012, incluye en la Ley 3/2011 un nuevo artículo 12 bis, al que se titula «Publicidad de lo modificado», redacción errónea que atendiendo

al contenido del precepto debe entenderse que se refiere a la «Publicidad de los modificados». Dice textualmente:

«1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato, se publicará en todo caso en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales».

De acuerdo con lo ya expuesto, la entrada en vigor de la Ley 3/2012 el 20 de marzo de 2012, sin que haya previsto ninguna disposición transitoria en relación con los contratos públicos, supone que todos los modificados que se acuerden a partir de esa fecha deberán ser objeto de publicación y notificación en los términos establecidos por el mencionado precepto, resultando irrelevante que los expedientes de contratación de los que traigan causa sean anteriores.

A este respecto, hay que tener en cuenta que el nuevo artículo 12 bis establece una obligación para los poderes adjudicadores, la de dar publicidad a los acuerdos de modificación con el objetivo de cumplir con el principio de transparencia que establece el artículo 1 TRLCSP, pero este nuevo trámite en nada afecta a las condiciones, y régimen jurídico de los modificados a los que se aplicará la normativa que corresponda, de acuerdo, con los criterios establecidos por esta Junta en su informe 3/2009, de 15 de abril, sobre consideraciones relativas a la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad.

Por todo lo expuesto, la Junta emite esta Circular de carácter interpretativo, con la finalidad de informar a los distintos órganos de contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón acerca de las modificaciones introducidas por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con el ámbito de aplicación del recurso especial en materia

de contratación y con la publicidad de los modificados, a fin de que puedan ser tenidas en cuenta en la tramitación de los expedientes de contratación.

Circular 1/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, acordada en su reunión del día 11 de abril de 2012.