

Informe 15/2010, de 26 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Anteproyecto de Ley reguladora del Patrimonio, el Servicio Público y la Contratación Local.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Secretaria General Técnica del Departamento de Política Territorial, Justicia e Interior del Gobierno de Aragón, se dirige a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 10 de noviembre de 2010, en el que solicita informe sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del Patrimonio, el Servicio Público y la Contratación Local, que adjunta junto con el expediente administrativo que consta de:

- Orden de inicio del procedimiento.
- Borrador de Anteproyecto de Ley, sometido a audiencia.
- Alegaciones formuladas por los distintos Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma.
- Alegaciones formuladas por la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias.
- Borrador de Anteproyecto de Ley, que incorpora las alegaciones aceptadas.

El Anteproyecto sometido a informe consta de un índice, una exposición de motivos, y una parte dispositiva integrada por ochenta y un artículos (agrupados en cuatro títulos), tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

La Exposición de Motivos justifica la necesidad de tramitar esta ley para adaptar la normativa vigente contenida en la Ley 7/1999, de 9 de abril de Administración Local de Aragón, a las importantes modificaciones que se han producido desde la promulgación de la misma.

El Título Preliminar contiene las Disposiciones Generales y se dedica al objeto y finalidad y ámbito de aplicación de la norma. El Título I regula el Patrimonio Local. El Título II se dedica a la Acción de policía, fomento y prestación de servicios y el Título III a la Contratación Local.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 1 a) del 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.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 26 de noviembre de 2010, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Sra. Secretaria General Técnica del Departamento de Política Territorial, Justicia e Interior del Gobierno de Aragón, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, antes citado.

II. Alcance y planteamiento del informe.

La Junta Consultiva se define en su norma de creación, el Decreto 81/2006, como órgano consultivo en materia de contratación pública. El anteproyecto de Ley sometido a informe regula, tal y como se desprende del enunciado de los Títulos I, II y III tres grupos de cuestiones: Patrimonio local, Acción de policía, fomento y prestación de servicios por entes locales y Contratación local.

La competencia de esta Junta se refiere sin lugar a dudas a todo el contenido del Título III, pero también debe tener en cuenta algunos preceptos de los Títulos I y II en cuanto se refieren a temas conexos con la contratación.

En cuanto al Título I referido al Patrimonio local, hay que recordar que en varios informes, entre ellos y como más reciente el Informe 10/2010, de 15 de septiembre, esta Junta se ha pronunciado sobre el régimen jurídico de los “contratos patrimoniales”, estimando que su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en virtud del artículo 4.1. de la misma, en modo alguno es absoluta, primero porque la Disposición Adicional Segunda de la propia Ley contempla las reglas referentes a las competencias de los órganos de contratación de las entidades locales referidas a los contratos patrimoniales y segundo porque, de conformidad con el artículo 4.2, los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidas se regulan por sus normas especiales, aplicándose los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Por ello dentro del Título III dedicado a la contratación local, se recoge un precepto específico, el artículo 81, relativo a los contratos patrimoniales y como consecuencia nos ocuparemos de los preceptos concordantes del Título I.

Pero es que además en el Título I se contiene un precepto dedicado específicamente a una cuestión relativa al contrato de obra pública como es la enajenación de bienes o derechos locales como pago del precio en contratación que regula el artículo 35.

Respecto del Título II dedicado a la Acción de policía, fomento y prestación de servicios, varios preceptos se refieren a cuestiones que afectan a la contratación pública: el artículo 47.4 que regula las formas de gestión de servicios públicos, los artículos 56.4 y 58.4 que establecen el carácter de medio propio de empresas públicas y fundaciones (también el artículo 79 del Título III se refiere a los medios propios), el 63 que regula la acción concertada y del Capítulo VI titulado: “Régimen de las obras públicas locales”, los artículos 65, 66 y 67 reguladores del concepto y clases de obra pública y de los requisitos para su ejecución centrados en la necesidad de previa elaboración, supervisión en algunos casos, aprobación y replanteo del proyecto.

Por lo tanto el contenido del anteproyecto que afecta a la contratación pública excede del Título III y abarca algunos preceptos del resto de los títulos, además de las referencias que por ser de carácter general deben de ser también revisadas, como los artículos del Título Preliminar que enuncian los títulos competenciales en virtud de los que se promulga la norma, la Disposición Transitoria Única que recoge la regulación de los procedimientos en tramitación a la entrada en vigor de la Ley y la Disposición Derogatoria Única.

Por otro lado el Informe, necesariamente tiene que comenzar con una cuestión central: el alcance y contenido de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de contratación local.

De acuerdo con todo lo anterior y con objeto de conseguir la mayor claridad y no reiterar contenidos, el esquema que seguirá el informe será el siguiente:

- Ámbito y contenido de las Competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de contratación local. (Consideración jurídica III)
- Consideraciones generales sobre los objetivos y contenido del anteproyecto. (Consideración jurídica IV)
- Análisis pormenorizado del contenido del anteproyecto que incluirá las observaciones al articulado y que se dividirá en seis apartados:
- Consideraciones sobre la Exposición de Motivos y las disposiciones del Título Preliminar (Consideración jurídica V)

- Análisis de los preceptos de carácter general sobre contratación local. (Consideración jurídica VI)
- Normas específicas en relación con la contratación de los entes del sector público no Administración pública. (Consideración jurídica VII)
- Régimen jurídico de los contratos patrimoniales (Consideración jurídica VIII)
- Normas sobre gestión de servicios públicos locales y acción concertada y obras públicas locales. (Consideración jurídica IX)
- Régimen transitorio y disposición derogatoria. (Consideración jurídica X)
- Conclusión.

III. Ámbito y contenido de las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de contratación local.

El Estatuto de Autonomía de Aragón resultante de la reforma aprobada por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, dedica un precepto específico a las competencias en materia de contratación. En el artículo 75 dedicado a las competencias compartidas establece:

“En el ámbito de las competencias compartidas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado en normas con rango de ley, excepto en los casos que se determinen de acuerdo con la Constitución, desarrollando políticas propias. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en las siguientes materias:

12.- Régimen jurídico, procedimiento, contratación y responsabilidad de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma”

El mismo artículo recoge también como competencia compartida:

11.ª El desarrollo de las bases del Estado previstas en el Artículo 149.1.18.ª de la Constitución para las Administraciones Públicas aragonesas, incluidas las Entidades Locales.

Por lo tanto a la Comunidad Autónoma le corresponde la competencia compartida en materia de contratación no solo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma sino de los entes locales aragoneses, siempre en el marco de las bases del Estado previstas en el artículo 149.1.18 de la Constitución.

Merece la pena en este punto recordar que el artículo 75 incluye un importante refuerzo de las competencias compartidas al limitar la posibilidad de que el Estado pueda fijar la normativa básica fuera de una norma con rango de ley, salvo excepciones, y recoger expresamente la competencia de la Comunidad Autónoma para establecer una política propia en esas materias.

En ambos casos el Estatuto incorpora la doctrina previamente fijada por el Tribunal Constitucional. Desde el punto de vista formal, el artículo 75 exige que la legislación básica estatal se plasme en normas con rango de ley, aunque admite excepciones adecuadas a la Constitución en las que la normativa básica podrá tener carácter reglamentario, criterio plasmado fundamentalmente en las STC 69/88 de 19 de abril y 242/99 de 21 de diciembre.

Desde el punto de vista material el artículo 75 permite a la Comunidad Autónoma “desarrollar una política propia en materia de contratación, lo que supone que el contenido de la legislación básica estatal no podrá ser tan detallada que vacíe de contenido la competencia de la Comunidad Autónoma, impidiéndole el desarrollo de una política diferenciada”, como reconoce entre otras, la STC 50/99, de 6 de abril.

Esta jurisprudencia ha sido confirmada en la STC 31/2010 de 28 de junio.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que la contratación pública es una materia afectada por diversos títulos competenciales, de hecho la materia contratación pública se refiere a los contratos que celebran todos los entes

públicos, no solo las administraciones públicas. Por lo tanto, para delimitar las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de contratación hay que atender no solo al artículo 75.11 y 12 sino también tener en cuenta las competencias exclusivas en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus Instituciones y creación y gestión de un sector público propio de la Comunidad.

Por ello, la competencia de la Comunidad Autónoma abarca con carácter exclusivo los aspectos organizativos y competenciales de la contratación y la regulación de la contratación de los entes del sector público autonómico que no son Administración pública, y como competencia compartida el régimen de contratación de las administraciones públicas aragonesas.

La competencia compartida exige en su ejercicio el respeto a la legislación básica del Estado. El Tribunal Constitucional ha definido la legislación básica como aquella que tiene por objeto “garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales a partir del cual puede cada comunidad autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas dentro del marco competencial en la materia que le asigne su Estatuto”. Dentro de este marco general ha concretado que “La normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, libre concurrencia, igualdad y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas. Los preceptos que tiendan directamente a dotar de efectividad práctica a los principios básicos de la contratación administrativa deben ser considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello.” (Sentencias 141/1993, de 22 de abril y 331/1993 de 12 de noviembre)

El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre el alcance de lo básico en materia de contratación en el dictamen 514/2006 relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Para el máximo órgano consultivo, el artículo 149.1.18ª de la Constitución “expresa el designio constitucional de que, en lo básico, un mismo sistema contractual rijan para todas las Administraciones Públicas” y pretende establecer “un sistema común de contratación, sin que el dato diferencial subjetivo lleve a sistemas distintos de contratación”.

Interpretando la doctrina del Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado considera que la legislación básica del Estado no puede crear “un conjunto de disposiciones exhaustivo que vacía de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas constitucionalmente reconocidas”, y asimismo entiende que “el común denominador normativo” contenido en una directiva está llamado a coincidir por regla general, con el concepto de “bases” en supuestos de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque por supuesto no incida ni altere la distribución interna de competencias.

En conclusión, a la vista de los preceptos del Estatuto de Autonomía de 2007, la Comunidad Autónoma de Aragón puede adoptar una política propia en materia de contratación pública.

En el desarrollo de sus competencias la Comunidad Autónoma estará vinculada por los principios comunitarios, pues recordemos que tal y como recoge la Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas de contratación pública (2006/C/179/02), no existen ámbitos de la contratación pública exentos, todos los poderes adjudicadores deben cumplir las normas y principios del Tratado CE en todas las adjudicaciones de contratos públicos.

Asimismo, y en cuanto se refiere a las normas sobre contratación de los entes locales, deberá respetar el principio de autonomía local que proclama el artículo 140 de la Constitución.

IV.- Consideraciones generales sobre los objetivos y el contenido del anteproyecto.

El objetivo del anteproyecto de ley es, según la Exposición de motivos, actualizar la regulación autonómica en materia de patrimonio, servicio público y contratación de las entidades locales, toda vez que la normativa actual recogida en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, se ha visto afectada por importantes modificaciones del marco normativo entre las que destacan la aprobación del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007 que amplía los títulos competenciales en materia de régimen local, y la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por lo que afecta al ámbito del informe.

En lo que se refiere a Contratación local, el anteproyecto introduce una serie de medidas que respetando la legislación de la Unión Europea y las normas básicas del Estado (única normativa actualmente aplicable en la materia, ya que la Comunidad Autónoma no ha desarrollado una normativa propia) y atendiendo a las especialidades de la Administración local, buscan una más rápida y eficiente tramitación de los contratos públicos. La agilidad, la simplificación y la eficiencia son objetivos que inspiran de forma constante la normativa comunitaria sobre contratación pública y que en la actual situación de crisis económica se convierten en elementos clave para dotar a los gestores públicos de herramientas adecuadas para cumplir con sus fines, como ha puesto en relieve el Parlamento Europeo en la Resolución de 18 de mayo de 2010.

El anteproyecto no recoge en relación con la contratación local una normativa completa y pormenorizada, sino que se limita a regular unas cuestiones

concretas. Esto es así por cuanto que el objetivo es completar el corpus normativo actual, compuesto fundamentalmente por la LCSP y sus normas de desarrollo, con las especialidades exigidas por la contratación del sector público local aragonés. Por ello no tendría sentido repetir todos los preceptos de las normas de contratación pública, sino que es más adecuado recoger únicamente la parte necesaria para introducir las singularidades tal y como hace el anteproyecto que reproduce muchos de la LCSP. Sin embargo la transcripción de preceptos de otras normas, sobre todo cuando esa transcripción no es completa ni literal debe realizarse con suma prudencia por lo que deberá controlarse que las referencias tomadas de la LCSP no queden desvirtuadas en los preceptos que las incorporan.

A pesar de estar dedicado a la contratación local, el contenido de algunos preceptos incorpora, respetando la normativa comunitaria, matices que aclaran la normativa estatal y recogen criterios fijados por la jurisprudencia comunitaria o por la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación. Se trata pues, en muchos casos, de reglas que no son específicas de la contratación local sino que resultarían aplicables a los entes públicos en general, por ello, valorando esta iniciativa cabría recomendar la elaboración de una norma que con carácter general regulara la contratación pública del sector público aragonés incorporando estas medidas.

V.- Consideraciones sobre la Exposición de Motivos y las Disposiciones del Título Preliminar.

En primer lugar se sugiere la supresión, por innecesaria, de la mención “a corruptelas o prácticas incompatibles con el derecho a una buena Administración”.

El Título Preliminar, dedicado a las disposiciones generales regula el objeto y el ámbito de aplicación de la norma.

El objeto del anteproyecto según el artículo primero, es por una parte la regulación del régimen de bienes y de las modalidades de prestación de servicios públicos locales, en ejercicio de las competencias que atribuye a la Comunidad Autónoma en el artículo 71.5 del Estatuto de Autonomía de Aragón con carácter exclusivo y por otra el desarrollo legislativo de la normativa básica de contratación adaptándola a las peculiaridades de la Administración local, al amparo de las competencias compartidas atribuidas por el artículo 75.12 de Estatuto.

De conformidad con lo expuesto en la Consideración jurídica III en la que se ha analizado el alcance de las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de contratación local, es necesario citar en el artículo 1.2 el apartado once del artículo 75 del Estatuto.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación se prevé la aplicación directa a las entidades locales y su aplicación supletoria a las “entidades de derecho público vinculadas o dependientes” de ellas. Esta última referencia debe revisarse, ya que el anteproyecto regula cuestiones relacionadas con todo el sector público local y por lo tanto el alcance subjetivo es mayor que el expresado en el artículo 2. También la aplicación directa o el carácter supletorio deberían precisarse al menos, en algunas cuestiones relativas a la contratación pública.

VI.- Análisis de los preceptos de carácter general sobre Contratación local.

El Título III se denomina Contratación local y recoge normas relativas a los contratos públicos de los entes locales aragoneses y de su sector público. Con objeto de hacer más ordenada la exposición y no caer en redundancias, tal y como se ha indicado al hablar del esquema del informe, en esta consideración jurídica se analizará el contenido de aquellos preceptos del título que no se refieran específicamente a los entes del sector público no Administración

pública ni a los contratos patrimoniales, pues los mismos se trataran conjuntamente con sus concordantes en las consideraciones VII y VIII.

Comienza el Título III enunciando, en el apartado primero del artículo 69 “Normas de contratación pública”, el sistema de fuentes en materia de contratación pública local, que está formado por la normativa estatal, la normativa autonómica de desarrollo, y aquí debe entenderse que esta desplazará a la estatal que no tenga carácter básico, con las especialidades que se contienen en el anteproyecto.

Este régimen de fuentes afecta tanto a las entidades locales como al sector público local que no es Administración pública. Con objeto de lograr una mayor precisión terminológica sería conveniente sustituir la referencia a “Las distintas entidades locales y sus entes instrumentales” por “Las entidades locales aragonesas y su sector público”, expresión está más acorde con la terminología usada en el Capítulo IV del Título II.

El apartado segundo refunde las reglas contenidas en los artículos 25.2 y 193 LCSP, por lo tanto se propone su supresión.

El artículo 70 recoge los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, eficiente utilización de los fondos públicos y salvaguarda de la libre competencia que enumera el artículo 1 LCSP. Estos principios, nos dice el apartado primero, deben ser aplicados con respeto a la doctrina fijada por la jurisprudencia comunitaria, se incorpora así una referencia específica al valor de esta jurisprudencia, fuente del derecho y dinamizadora de la plasmación efectiva de dichos principios, como reconoce la propia Directiva 2004/18/CE.

Además de estos contenidos referidos a principios generales, incluye el artículo 70.1 una precisión de tipo organizativo, al exigir que en los anuncios de licitación se recoja la referencia correspondiente al Vocabulario Común de los Contratos Públicos, independientemente del valor estimado del contrato, es decir incluso cuando estemos ante contratos en los que no es exigible la

publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Esta medida permitirá una mejor gestión estadística de la contratación al utilizar una referencia común a todos los contratos y se ganará en transparencia al permitir a los licitadores obtener más fácilmente información sobre los contratos que les interesan. No obstante lo anterior, la ubicación de este precepto no resulta adecuada en un artículo dedicado a los principios generales.

El apartado segundo del artículo 70 recoge junto con el principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos, el de incorporación de objetivos sociales y de protección ambiental a la contratación. La LCSP no contiene un enunciado similar, pues aunque permite la incorporación de criterios sociales y medioambientales como condiciones especiales de ejecución (artículo 102) o como criterios de valoración (artículo 134), no lo considera un principio aplicable con carácter general. El anteproyecto, sin embargo, pone el énfasis en la conveniencia de los contratos públicos recojan criterios sociales y de protección del medioambiente siempre que guarden relación con la prestación y comporten ventajas directas o indirectas para la entidad contratante. Se trata de que la contratación pública sea un instrumento que permita a los entes públicos, no sólo dotarse de bienes y servicios, sino implementar políticas públicas. La Comisión de las Comunidades Europeas considera que la integración de aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública contribuye al desarrollo sostenible, concepto éste que combina el crecimiento económico, el progreso social y el respeto al medio ambiente (Comunicación interpretativa 15/10/2001) y en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia comunitaria, entre otras en la STJCE 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/99).

En consonancia con los principios enumerados, los apartados 4 y 5 recogen los requisitos de los artículos 22 y 74 LCSP, relativos a que el objeto del contrato sea determinado y su necesidad para los fines públicos justificada y se prohíbe el fraccionamiento para eludir los requisitos de publicidad o el procedimiento de contratación que corresponda. Como novedad precisa el apartado 4 que el objeto del contrato es un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí

mismas una función económica o técnica, definición que ayuda en la aplicación de la prohibición de fraccionamiento al dar una pauta de qué se entiende por contrato completo. Respecto del apartado 5 se estima innecesaria su inclusión, porque reproduce la LCSP y, si se mantuviera, debería completarse con la expresión “mediante la división en lotes”, después de “podrán realizarse independientemente”, tal y como se recoge en el artículo 74 LCSP.

Por último, el apartado 6 del artículo 70 recoge un régimen especial para los contratos menores. Dispone que en los contratos menores de servicios y suministros que superen los 6.000 euros (I. V. A. excluido) se consulte al menos a tres empresas, a no ser que el contrato solo pueda ser ejecutado por un único empresario. Es esta una medida que, indudablemente, busca conseguir transparencia y que redundará en una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Asimismo y con el objetivo de evitar abusos, acudiendo siempre al mismo proveedor a través de contratos menores, se incluye la limitación de que no se pueden adjudicar mediante este procedimiento a un mismo operador económico durante dos años, contratos por importe acumulado de más de 90.000 euros tratándose de suministros y servicios o 200.000 euros si se trata de obras.

Sobre este precepto, la primera consideración a realizar es su errónea ubicación en un artículo dedicado a los principios generales de la contratación, cuando se trata de un precepto sustantivo. En segundo lugar, llama la atención que no aparezca mencionado el contrato menor de obra entre los supuestos de aplicación, con su respectivo umbral. Asimismo, para no dar excesiva rigidez al sistema, debería valorarse incluir una mención a que la consulta a empresarios se realizará siempre que sea posible, siendo necesario en los supuestos en los que no se realice, justificarlo en el expediente.

Por último, la limitación a la celebración de contratos menores durante dos años se considera una previsión de difícil aplicación práctica que puede causar distorsiones al tener que ser aplicada a entidades de muy distinta dimensión,

apreciándose además una imprecisión en el término “prestación del mismo tipo”, que puede dar lugar a dudas de interpretación.

El artículo 71 desarrolla el principio de exclusión de actuaciones restrictivas de la competencia que ya enunciaba el artículo 70.3, incorporando dos importantes precisiones. La primera, relativa a la posibilidad de solicitar aclaraciones sobre las ofertas, viene a clarificar una cuestión debatida en nuestro ordenamiento que ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales debido a la falta de previsión de la normativa estatal. Al permitir solicitar información a los licitadores para que aclaren una oferta o corrijan errores materiales manifiestos, siempre sin modificar la misma, se incorpora la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 2009 (Asunto T-195/08) que considera contrario al principio de buena administración rechazar una oferta ambigua o que presente errores manifiestos sin solicitar antes aclaraciones al licitador, ello siempre que se respete el principio de igualdad de trato y no se modifiquen los términos de la oferta. Para recoger esta doctrina completa y aunque se puede deducir de los principios enunciados con carácter general cabe sugerir que se complete la redacción del apartado uno con la expresión “y siempre que se respete la igualdad de trato”. Asimismo debería incluirse junto a la mención al resto de los procedimientos la del procedimiento simplificado regulado en esta norma.

La segunda precisión se incorpora en el apartado segundo, al prohibir restringir en la licitación de un contrato de servicios la participación de personas físicas o jurídicas, tal y como prevé con carácter general para todos los contratos, el artículo 4 de la Directiva 2004/18/CE. Es una precisión que aclara una cuestión problemática en la práctica de los contratos de servicios que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual que ha dado lugar a pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda (Informe 3/2003) en términos similares al propuesto. El precepto se completa recogiendo en consonancia con lo dispuesto en el artículo 53 LCSP, la posibilidad de exigir de las personas jurídicas que indiquen el nombre y

cualificación profesional de las personas responsables de la ejecución del servicio.

El artículo 72 se dedica a la solvencia económica, técnica y financiera del licitador incorporando en parte el contenido de los artículos 51 y 63 LCSP, y precisando respecto de la solvencia económica y financiera que será la adecuada para que la correcta ejecución del contrato no corra peligro de ser alterada por incidencias de carácter económico o financiero y por lo tanto se exige que sea específica para cada contrato y proporcionada a las características de la prestación contratada. Con ello se formula de forma más adecuada la exigencia de solvencia que la LCSP define como un requisito en abstracto del licitador y siguiendo el contenido de la Directiva 2004/18/CE que habla de capacidad o aptitud para ejecutar un determinado contrato (considerandos 28, 44 y 48.5) se define como un requisito funcional, en el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda (Informe 78/2009).

Debería suprimirse en el primer apartado la mención inicial al término “técnica”, puesto que se trata de un error, ya que la oración se refiere exclusivamente a la solvencia económica y financiera.

El artículo 73 bajo el término “causas de exclusión de la licitación” regula diversas cuestiones en relación con las prohibiciones de contratar. El primer apartado será objeto de análisis al tratar las normas relativas a entes del sector público no Administración pública.

El artículo 73.2 es similar al artículo 49.3 LCSP, si bien tiene una redacción más acertada y en concordancia con el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda (Informe 25/09).

En el apartado tercero del artículo 73 flexibiliza el régimen de prohibiciones para contratar establecido en el artículo 49.1.f). La aplicación de este precepto

en lo relativo a las incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, reguladas por Ley 53/1984, y de los cargos electivos regulados por la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General, causa graves problemas en los municipios pequeños, en los que no existe una diversidad de proveedores que puedan realizar prestaciones para la entidad local, por lo que una prohibición tan rigurosa como la del artículo 49.1.f) deviene en la práctica en la paralización del servicio público o en la necesidad de infringir la norma. En Aragón, hay que recordar que existe un numeroso grupo de municipios de pequeño e incluso ínfimo tamaño, por lo cual el problema es aún más importante. Para solventarlo se permite que en las entidades locales cuya población sea inferior a 250 habitantes y sólo para contratos menores, la existencia de un supuesto de incompatibilidad sea únicamente causa de abstención siempre que no se encuentre sujeto a régimen retributivo por la entidad.

Se trata pues de una previsión que pretende dar solución a una cuestión problemática y que se formula para entidades locales de muy pequeño tamaño, si bien se sugiere la revisión del límite de 250 habitantes, valorando la posibilidad de elevarlo hasta los 500.

La redacción, sin embargo, adolece de claridad, ya que o bien se pretende su aplicación a las incompatibilidades del personal al servicio de la entidad local y de los cargos electos de la misma -y en ese caso debería precisarse que la salvedad de no encontrarse sujeto a régimen retributivo por la entidad resulta aplicable sólo a estos últimos- o si se está pensando en aplicarlo sólo a los cargos electivos, tendría que hacerse constar expresamente. Por último, se considera que la determinación de la aplicación de una causa de abstención debería ser competencia del Pleno de la entidad.

El artículo 74 contiene una regulación similar a la de los artículos 91 y 83 LCSP, salvo en una referencia para los entes del sector público no Administración pública y por lo tanto será objeto de análisis en el apartado correspondiente. De cualquier forma se considera necesario clarificar su

redacción, sustituyendo el inciso “en su caso” que aparece tachado por “obligatoriamente”.

El artículo 75 dedicado a las normas de organización y simplificación administrativa recogen una serie de previsiones en relación con las Mesas de Contratación, las Juntas de compras y sobre la documentación a aportar por los licitadores.

En primer lugar, en este precepto se echa a faltar una previsión respecto de la distribución competencial en materia de contratos en el ámbito local.

Sobre la composición de la Mesa de Contratación, se exige como novedad respecto de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de la LCSP que el presidente de la Mesa tenga cualificación específica atendiendo al objeto de la licitación. Consideramos innecesaria la remisión a la legislación básica que contiene este precepto, y sugerimos que el nombramiento de vocales se regule por resolución del órgano de contratación, sin más limitaciones.

Respecto de las de Juntas de compras, limita su constitución a las entidades locales en las que la importancia de los suministros, servicios y obras lo justifique, lo que por otra parte resulta razonable.

La simplificación documental que propugna el punto tercero, consiste en sustituir los documentos acreditativos de capacidad y solvencia por una declaración responsable en aquellos procedimientos negociados en los que no se haya constituido Mesa de Contratación. Es una medida plausible que ya ha sido incorporada a los Pliegos tipo del Gobierno de Aragón informados por esta Junta.

Por último el punto 4, dispone que los actos de las mesas de contratación de exclusión de licitadores u ofertas se publicaran en el perfil de contratante que actuará como tablón de anuncios a efectos de notificación, con ello se sustituye la notificación individual por la notificación mediante tablón de anuncios. Este sistema de notificación esta previsto en el artículo 59.6.b de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común para procedimientos de concurrencia competitiva como es la licitación de contratos públicos y no parece contrario a la LCSP dado que la reforma operada por 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, de los artículos 135, exigiendo la notificación de la adjudicación a los licitadores excluidos y 314.b) en relación con el plazo para interponer el recurso especial contra actos de trámite, lleva a entender que no se exige una notificación específica e individual de los actos de exclusión de licitadores. Para reforzar la seguridad jurídica cabría añadir que esa previsión se recogiera en los pliegos que rijan la contratación.

A los Acuerdos Marco se dedica el artículo 76, incorporando la regulación del artículo 180 y siguientes de la LCSP. No obstante se modifica lo previsto en el artículo 182.4.a) en relación con la consulta a formular a las empresas firmantes de un acuerdo – marco en el que no se hayan fijado todos los términos. El artículo 182.4.a) establece la necesidad de consultar a todos los empresarios para concertar contratos derivados sujetos a regulación armonizada, para los no sujetos el órgano de contratación puede, justificándolo en el expediente, solicitar oferta únicamente a tres. El anteproyecto sin embargo, permite este diferente tratamiento según el valor estimado del contrato, exigiendo para aquellos contratos de valor estimado superior a 100.000 euros la invitación a todos los proveedores y para aquellos de valor estimado igual o inferior a esa cantidad, permite limitar la consulta a sólo tres proveedores.

La redacción propuesta es más adecuada que la de la LCSP, y no la contradice. En primer lugar porque utiliza el término proveedores (termino que hay que entender en un sentido amplio como suministrador de bienes o prestador de servicios) y no el de adjudicatarios, puesto que en un acuerdo–marco firmado con varios empresarios, no todos ellos tienen que haber

ofertado artículos o bienes o servicios que cumplan con las prescripciones técnicas fijadas por el órgano de contratación en un contrato derivado para cubrir sus necesidades.

Además el criterio utilizado en el anteproyecto para someter la adjudicación de un contrato derivado a consulta a todos o sólo a tres proveedores es más correcto que el que incorpora la LCSP. La diferencia de tratamiento solo puede ampararse en un criterio cuantitativo, los contratos de mayor importe deben de ser objeto de consulta, y el artículo 182.4 al utilizar la referencia a los contratos sujetos a regulación armonizada deja fuera de la exigencia de consultar a todos los licitadores a todos los servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II LCSP, cualquiera que sea su importe.

De cualquier forma y puesto que se prevé que el procedimiento de consulta se realice por medios electrónicos, en aras de la transparencia e igualdad de trato, sería conveniente que siempre que fuera posible se solicitara oferta a todos los proveedores, y en todo caso, en los supuestos que no fuera así, debería justificarse en el expediente.

El anteproyecto prevé un procedimiento de consulta por medios electrónicos, lo cual además de conveniente por razones de agilidad y eficacia, es conforme con la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. El artículo 27.6 de dicha ley permite que las Administraciones Públicas puedan establecer la obligatoriedad de utilizar medios electrónicos cuando los interesados, por razón de capacidad económica o técnica o dedicación profesional u otros motivos acreditados, tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios electrónicos, circunstancia que la entidad contratante de un acuerdo-marco podrá controlar que se da entre los adjudicatarios, facilitándoles de ser necesario los medios oportunos.

El artículo 76 aun recoge otro avance en relación con los contratos derivados de un acuerdo-marco que cubre la limitación que ha introducido la Ley 34/2010 al exigir en el artículo 182.5 la formalización de los contratos derivados.

Los contratos derivados de un acuerdo-marco, son tratados la mayor parte de las veces como encargos que una vez notificados al empresario adjudicatario despliegan todos sus efectos sin necesidad de formalización. El artículo 76.3 del anteproyecto al contemplar que la notificación de la adjudicación tenga inmediatos efectos ejecutivos permite la ejecución inmediata del contrato derivado sin esperar a su formalización

El artículo 77 recoge un procedimiento simplificado para la adjudicación de los contratos de servicios y suministro de valor estimado inferior a 100.000 euros y de obras inferiores a 2.000.000.

La Ley de Contratos del Sector Público ha optado por someter los contratos de obras, servicios y suministros por debajo del umbral de aplicación de la Directiva 18/2004 a los procedimientos abierto o restringido si igualan o superan el millón de euros en obras o los 100.000 en servicios o suministros, la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado con publicidad para obras de valor estimado entre 200.000 y 1.000.000 de euros, y servicios y suministros entre 60.000 y 100.000 euros y el procedimiento negociado sin publicidad por debajo de esos importes. Además permite utilizar la figura del contrato menor para servicios y suministros de importe inferior a 18.000 euros y obras de 50.000 euros.

Esta regulación tiene dos inconvenientes, por un lado para contratos de importe relativamente escaso permite utilizar el procedimiento negociado con publicidad, buscando según dice la LCSP en su exposición de motivos la simplificación, pero la práctica administrativa demuestra que el procedimiento negociado con publicidad que se diseña es enormemente complejo, más aún desde que el Real Decreto 817/2009 exige la constitución obligatoria de Mesa de Contratación en esos supuestos, por otro al elevar los umbrales para la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, y del contrato menor, se limita la transparencia, la concurrencia y como consecuencia de esto, la eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

Por ello la iniciativa del anteproyecto de regular un procedimiento simplificado, con poca carga documental, con plazos breves y trámites ágiles, pero a la vez sujeto a publicidad y a la necesidad de adjudicar el contrato de acuerdo con criterios objetivos, previamente fijados y ponderados, es una medida oportuna que respetando las directivas comunitarias dota de un instrumento eficaz a los gestores públicos.

Con objeto de ajustar la aplicación de la norma a las distintas entidades destinatarias se sugiere que en el apartado e) de este artículo 77.2 se incluya el inciso “en el caso de que existan” referido a las unidades técnicas.

El artículo 78, viene a integrar una laguna de la Ley de Contratos del Sector Público que se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, como es la adjudicación de un contrato en caso de empate entre ofertas económicamente más ventajosas cuando no se haya previsto en el pliego un criterio de desempate o cuando previstos y aplicados el empate persistiera. Se sugiere como redacción mas clarificadora comenzar el precepto con la siguiente mención: “Cuando el órgano de contratación no haya previsto criterios de desempate, o cuando previstos y aplicados, el empate persistiera...”.

Las centrales de compras se regulan en el artículo 80, permitiendo la creación de las mismas a entidades locales cuyos recursos por operaciones corrientes alcancen 6 millones de euros, asimismo permite que distintas entidades locales se asocien para crear centrales de contratación o se adhieren a las ya constituidas.

Con esta previsión se quiere flexibilizar la rigidez del artículo 188 LCSP que interpretada por informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda 27/2009 permite sólo a las Diputaciones Provinciales la creación de Centrales de Compras y no a una entidad local sola o en asociación con otras.

VII. Normas específicas sobre la contratación de los entes del sector público no Administración Pública.

A los poderes adjudicadores, que siendo parte del sector público no son Administración Pública, dedica el anteproyecto el artículo 79, algunas precisiones específicas en los artículos 73.1 y 74 y además algunas consideraciones sobre su carácter de medio propio en los artículos 56.4 y 58.4.

El artículo 79, indica que los poderes adjudicadores que no tengan carácter de Administración Pública aplicarán para la preparación y adjudicación de sus contratos la normativa básica de contratación pública, lo cual es conforme con los artículos 121 y 173 a 175 LCSP.

Sobre esta remisión general al régimen jurídico establecido con carácter básico, el anteproyecto establece unas reglas específicas para la contratación de estos entes que intentan dotar de homogeneidad y transparencia a su actuación. Así, el párrafo segundo del artículo 79 exige publicidad electrónica para todos los contratos de estos entes cualquiera que sea su importe, lo que se traduce en una mayor transparencia, recordemos que la LCSP sólo la exige para los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros. Entendiendo este umbral excesivo, el anteproyecto somete a estos entes a una exigencia de publicidad general que quizás debiera matizarse estableciendo un importe mínimo por debajo del cual no se exigiera publicidad.

En el punto 3 se precisa que cuando el ente actúe como medio propio y deba acudir al mercado aplicará el procedimiento de licitación que debería aplicar el ente matriz, precepto que evita la “huida” del derecho de contratación de las administraciones públicas y que está inspirado en la jurisprudencia comunitaria. También los artículos 56.4 y 58.4 aluden al carácter de medio propio de las sociedades mercantiles con participación pública y de las fundaciones, los tres preceptos se remiten a la configuración de esta figura en la legislación de contratos públicos por lo que no hay nada que objetar.

El artículo 73.1 amplía a todos los poderes adjudicadores las causas de prohibición de contratar del artículo 49, independientemente de la clasificación recogida en el mismo entre causas aplicables a todo el sector público o sólo a las administraciones públicas.

Es un propósito loable, ya que no se entiende que un empresario que haya tenido una conducta inadecuada con una Administración pública, en este caso con un ente local, de la que se haya derivado una prohibición para contratar con esa entidad, sin embargo pueda hacerlo con un ente instrumental de la misma.

Por último, el artículo 74 referido a las garantías definitivas implica la obligación por parte de estos entes de exigir, con carácter obligatorio, garantía definitiva en sus contratos.

VIII.- Régimen jurídico de los contratos patrimoniales.

Tal y como señala la exposición de motivos, uno de los objetivos del anteproyecto es completar el vacío legal producido por la exclusión expresa de los contratos patrimoniales de la LCSP, artículo 4.1, y para ello se establece un régimen propio de los contratos y negocios patrimoniales, completado con la remisión a las normas de Contratación local del Título III.

Ciertamente la situación actual es de laguna legal, en cuanto que los artículos 174 y 184 de la Ley 7/1999, de Administración Local de Aragón, remiten para la adquisición de bienes a título oneroso y para el arrendamiento o cesión de usos de los bienes patrimoniales o las normas sobre contratación y a su vez el artículo 4.1 LCSP excluye estos contratos de su aplicación en los párrafos o) y p), aunque como ya hemos dicho no es una exclusión absoluta.

Por ello resulta adecuado el contenido del artículo 81 del anteproyecto que remite el régimen jurídico de los contratos patrimoniales a la legislación patrimonial que estará formada por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por las disposiciones del Título I del anteproyecto, en el mismo sentido el artículo 6.3 referido a la adquisición de bienes y derechos a título oneroso y el artículo 25. Ahora bien, hay que recordar la aplicación de los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, por lo que se sugiere la incorporación de una mención específica.

En todo caso el artículo 81.2 prevé que la adjudicación de los contratos patrimoniales, cuando se requiera concurrencia, les será aplicable el procedimiento simplificado del artículo 77, con lo que se resuelve la laguna de la normativa actual.

El Título I contiene además un precepto que afecta directamente a la contratación administrativa, en cuanto regula la enajenación de bienes o derechos locales como pago de precio en contratación de obras públicas.

Es esta una posibilidad que actualmente está regulada en la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, en relación a los terrenos o aprovechamientos integrantes del Patrimonio Público del Suelo, y que el anteproyecto amplía al hablar de entregar la propiedad de un bien inmueble de su titularidad o de una determinada edificabilidad asignada al mismo.

Sobre el artículo 114 de la Ley 3/2009, se ha pronunciado recientemente esta Junta, en el informe 12/2010, de 3 de noviembre, y de acuerdo con el mismo, la naturaleza jurídica del contrato que regula el artículo 35 del anteproyecto es el de un contrato público de obras y está sometido a las precisiones de la LCSP, con la especialidad del pago en especie que plantea por otra parte es conforme con el artículo 75 LCSP.

Únicamente destacar que frente a lo previsto en el artículo 114 de la Ley 3/2009, para hacer uso de la facultad que otorga el artículo 35 será necesario justificar que no existen disponibilidades presupuestarias.

IX.- Normas relativas a la gestión de servicios públicos locales y acción concertada y a las obras públicas locales.

El Título II dedicado a la Acción de policía, fomento y prestación de servicios regula en el artículo 47.4 a las formas de gestión de servicios públicos y en el 63 la acción concertada. Además en el Capítulo sexto dedicado a las Obras públicas locales dedica los artículos 65, 66 y 67 al concepto y clases de obra pública y a los requisitos para su ejecución.

El artículo 47.4 hace respecto de la gestión indirecta de servicios públicos una remisión general a las normas sobre contratos públicos. Para la acción concertada, cuando sea necesario promover concurrencia, dispone la aplicación de las normas de la LCSP relativas al procedimiento negociado con publicidad. En ambos casos parece una opción jurídicamente correcta.

Por lo que respecta a las obras públicas locales, los artículos 65 a 67, respetan la normativa de contratación pública vigente a la que en varias ocasiones remiten. Únicamente en relación con la supervisión de proyectos introducen una especialidad al eximir de ese requisito a los proyectos redactados por los propios servicios técnicos de la entidad local, por los de las entidades locales supramunicipales o por los de la Comunidad Autónoma.

X.- Régimen transitorio y disposición derogatoria.

El régimen transitorio establecido en la Disposición transitoria única dispone que a los procedimientos ya iniciados a la entrada en vigor de la Ley no les resulte de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior. Por lo que respecta a los preceptos relativos a contratación pública, debe valorarse si debería precisarse que se entiende por procedimientos iniciados. Una opción sería utilizar una fórmula similar a la de la LCSP y entender que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato y el caso de procedimientos negociados atender a la fecha de aprobación de los pliegos.

La Disposición derogatoria única declara expresamente derogado el Título séptimo de la Ley 7/1999, que regula la contratación de las entidades locales aragonesas.

III. CONCLUSION

Se informa favorablemente el Anteproyecto de Ley reguladora del Patrimonio, el Servicio Público y la Contratación Local, con las observaciones y sugerencias contenidas en el cuerpo de este informe.

Informe 15/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 26 de noviembre de 2010