

Informe 20/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Anteproyecto de Ley de Integridad y Ética Pública. Aspectos relativos a la contratación pública.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Secretario General Técnico de la Presidencia 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 17 de noviembre de 2015, en el que solicita informe sobre el Anteproyecto de Ley de Integridad y Ética Pública, que adjunta junto con el expediente administrativo que consta de:

- Orden de 21 de octubre de 2015, del Consejero de Presidencia por la que se acuerda incoar el procedimiento para la elaboración del proyecto de Ley de Integridad y Ética Pública.
- Informe de 16 de noviembre de 2015, del Secretario General Técnico del Departamento de Presidencia.
- Memoria justificativa.
- Borrador de Anteproyecto de Ley.

El Anteproyecto sometido a informe consta de un índice, una exposición de motivos y una parte dispositiva integrada por cincuenta y cinco artículos (agrupados en siete capítulos), ocho disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y nueve disposiciones finales.

La Exposición de Motivos justifica la tramitación de la norma en la necesidad de construir una nueva cultura de la gestión pública y de relación con lo público, basada en la integridad. Para ello incorpora una serie de medidas destinadas a

promover, impulsar y garantizar la integridad y la ética pública en el Sector Público de Aragón, y en las personas que se relacionen con él.

El Anteproyecto diseña estas medidas desde una perspectiva de conjunto y por ello afectan a diversos ámbitos de actividad, entre ellos como no podría ser de otra manera, a la contratación pública.

En materia de contratos públicos, la Disposición final segunda modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante Ley 3/2011). Las novedades más relevantes se enumeran en la Exposición de Motivos: medidas en relación con la publicidad, la composición de las Mesas y comités de expertos, las competencias del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y composición de éste, los conflictos de intereses, la participación previa de candidatos o licitadores, la exigencia de compromisos éticos, los protocolos de legalidad en la licitación, la monitorización de contratos y las causas de exclusión.

Es sobre los preceptos que se refieren a la contratación pública sobre los que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar, 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 3 de diciembre de 2015, 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.

El Sr. Secretario General Técnico de la Presidencia 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. Consideraciones generales sobre la incidencia del Derecho europeo como fundamento y condicionante de la regulación propuesta.

El Anteproyecto tiene por objeto establecer medidas que favorezcan la integridad de la actividad pública en el Sector Público de Aragón. El principio de integridad es un importante principio jurídico, que va más allá de los comportamientos éticos, y del que se deben deducir consecuencias jurídicas, pues va íntimamente ligado al derecho a una buena administración reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).

Es ésta una premisa importante sobre la que habrá que volver cuando se analicen las novedades propuestas, ya que la Ley 3/2011 tiene distintos ámbitos subjetivos. Se aplica en su totalidad a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a su Sector Público; mientras que a las entidades locales aragonesas y a las entidades de ellas dependientes, solo se les aplican las disposiciones referentes al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (artículo 2.2), y determinados preceptos que expresamente recoge la Disposición adicional octava, en concreto los artículos 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 12 bis, 12 ter y 13. Determinar cuales de los preceptos que se introducen van a afectar a todo el Sector Público de Aragón, incluido el sector público local, es fundamental.

La importancia de promover la integridad en la contratación pública es indiscutible y desde hace unos años se ha convertido en un importante objetivo de la política de la Unión.

La Comisión Europea, en la Comunicación sobre la lucha contra la corrupción en la UE (COM (2011) 308 final), después de analizar la situación de la Unión Europea y de los Estados miembros, concluyó en la necesidad de prestar más atención a la corrupción en todas las políticas pertinentes y, en concreto, entiende que la legislación de la UE sobre contratación pública debe de ser revisada desde esta perspectiva. La Comunicación estableció como mecanismo de control y evaluación específico de la UE, el Informe Anticorrupción de la UE, que elaborado por la Comisión debe publicarse cada dos años, desde 2013.

El primer Informe (COM (2014) 38 final) dedica un apartado específico a la contratación pública, identificando los riesgos y proponiendo una serie de prácticas positivas en la lucha contra la corrupción, entre ellas: la regulación de los conflictos de intereses a todos los niveles, incluido el nivel regional y local que es sin duda donde se observa una mayor vulnerabilidad; mejorar la transparencia de los procedimientos y el acceso a los documentos y la información sobre contratación; y la suscripción de pactos de integridad entre los órganos de contratación y los licitadores como medida para involucrar a la sociedad civil en esta lucha.

Las nuevas Directivas aprobadas en 2014 (Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operen en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE), no son ajenas a esta visión de la contratación pública desde la óptica de la integridad. Así, regulan el conflicto de intereses por primera vez en el Derecho europeo de la contratación pública, establecen mecanismos para tratar los datos sobre corrupción, fraude y conflicto de

intereses de forma centralizada, y regulan las consultas preliminares al mercado con objeto de evitar la participación irregular de los operadores económicos en la definición de las características del contrato, entre otras medidas destinadas a promover la integridad y luchar contra la corrupción. Cuestiones que en todo caso deberán ser objeto de interpretación conforme a la jurisprudencia del TJUE adoptada sobre estas materias.

Las Directivas de contratación pública entraron en vigor el 18 de abril del año pasado, aunque están todavía en plazo de transposición, plazo que termina el 18 de abril de 2016. Durante este periodo, como se ha puesto de manifiesto en diversos informes de esta Junta, el más reciente el informe 16/2015, las Directivas tienen un efecto interpretativo sobre las normas nacionales, tal y como ha declarado el TJUE en numerosas sentencias —STJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (Asunto C-212/04) y de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13)— con el fin de preservar el efecto útil de la nueva regulación. El único límite será la interpretación *contra legem* de la normativa nacional en vigor.

Esta cuestión se desarrolla con más detalle en el Informe 17/2015 de esta Junta, de la misma fecha que el que ahora se emite, que ha analizado las consecuencias jurídicas del efecto directo de las Directivas una vez finalice el plazo de transposición sobre la regulación aragonesa de contratos, y la competencia de la Comunidad Autónoma para el desarrollo de las Directivas. Las conclusiones de dicho Informe son las siguientes:

«1. Las Directivas de contratación despliegan, desde su entrada en vigor, efectos jurídicos para los Estados miembros, con valor interpretativo durante el plazo de transposición, y valor de eficacia directa invocables directamente por los ciudadanos tras la finalización del plazo de transposición sin que ésta se haya llevado a cabo, siempre que concurren en la regulación los requisitos de concreción e incondicionalidad. Y como indica la jurisprudencia del TJUE, este efecto directo debe ser tenido en cuenta por los poderes adjudicadores, pues de no hacerlo sus decisiones serán ilegales.»

II. Los principios que inspiraron la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, coinciden en gran parte con que inspiran las nuevas Directivas de contratación, entre ellos, la simplificación y la flexibilización. Esta coincidencia supone una escasa afectación de la normativa aragonesa por el efecto directo de las Directivas.

III. La Comunidad Autónoma tiene competencia para desarrollar la regulación europea una vez transcurrido el plazo de transposición, sin ejercicio de ésta por el Estado. Sin embargo, dicha competencia queda limitada al desarrollo de las bases en materia de contratación, manteniendo el Estado la titularidad para dictar estas bases».

Pues bien, los aspectos de la regulación de la contratación que propone el Anteproyecto que ahora se informa, no quedarían afectados por estos principios, pues como se analizará específicamente en cada uno de ellos, o bien se trata de aspectos organizativos que con carácter general están en el ámbito de competencias autonómicas, o se trata de preceptos que incorporan pautas de actuación o buenas prácticas recomendadas por la UE, y que no contradicen a las Directivas de contratación pública.

En todo caso, habrá que respetar el reparto competencial entre Estado y Comunidad Autónoma, en los términos establecidos por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, entre ellas en la reciente STC de 19 de noviembre de 2015, que declara inconstitucionales ciertos aspectos de la Ley 3/2011, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón.

Como hemos afirmado en nuestro Informe 17/2015, anteriormente citado, a la vista de esta jurisprudencia constitucional, el principio de prudencia y coherencia normativa aconseja esperar a la regulación estatal en aquellos aspectos en los que no existe duda de su carácter básico. Nos referimos a aspectos tales como la regulación de la modificación de los contratos, la elección del procedimiento, los criterios de solvencia, los motivos de exclusión de empresas, o el régimen mínimo de los recursos, que forman parte de la que podemos considerar «*materia básica de contratación*».

Asimismo, esta Junta quiere advertir de que se debe prestar atención a que las definiciones y reglas que se incorporan en el Anteproyecto mantengan el sentido de los preceptos de las Directivas, pues lo contrario, además de inseguridad jurídica, podría conllevar un juicio de ilegalidad frente a la normativa europea.

La contextualización de la propuesta de normativa sometida a Informe sobre los principios europeos referidos, comporta una valoración global positiva, pues supone dar un avance al diseño por parte de la Comunidad Autónoma de una política propia en materia de integridad en la contratación pública, favoreciendo la puesta en marcha inmediata de las novedades que sobre la lucha contra la corrupción ha incorporado el Derecho de la Unión.

III. Concreción del análisis de las propuestas que sobre contratación pública contiene el Anteproyecto de Ley.

Las cuestiones que por su vinculación con la contratación pública exigen un análisis detallado del articulado remitido son las siguientes:

- Análisis de de la modificación del artículo 8 Ley 3/2011 sobre la composición de las Mesas de contratación (Consideración jurídica III).
- Análisis de la regulación de los anuncios de adjudicación (Consideración jurídica IV).
- Modificaciones en relación con el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Consideración jurídica V).
- Medidas de Integridad en la Contratación Pública (Consideración jurídica VI).
- Nuevas previsiones sobre causas de exclusión (Consideración jurídica VII).

Estas disposiciones modifican preceptos existentes de la Ley 3/2011 y en algunos casos, incorporan nuevas disposiciones.

La primera consideración a realizar es que atendiendo al fin principal del Anteproyecto, podría incorporarse de forma expresa el principio de integridad al articulado de la Ley 3/2011, en concreto, en su artículo 3.1. Así se ha hecho ya en el borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público estatal.

Se examinarán a continuación las novedades objeto de esta nueva propuesta de regulación.

IV. Análisis de la modificación del artículo 8 de la Ley 3/2011 sobre la composición de las Mesas de contratación

Una primera novedad viene referida a la introducción de un inciso final como último párrafo, en el apartado segundo del artículo 8, relativo a la «*composición y funcionamiento de las Mesas de contratación*», en el que se dispone que los cargos electos y el personal eventual no podrán formar parte de las Mesas de contratación ni de los comités de expertos que hayan de valorar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

Esta precisión —inspirada en la regulación de los órganos de selección que operan en el ámbito del empleo público (artículo 60 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público) y en los que no pueden participar el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual— está en sintonía con la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, (en adelante TACPA) recogida entre otros, en el Acuerdo 83/2015, sobre el carácter eminentemente técnico que debe tener la Mesa de contratación. La Mesa de contratación es un órgano colegiado de carácter técnico, y profesional, establecido legalmente al objeto de auxiliar al órgano de contratación en la adjudicación del contrato. Debido a su carácter técnico, sus funciones legal y reglamentariamente se circunscriben a llevar a cabo las actuaciones precisas para ayudar a que el órgano de contratación forme su voluntad en cuanto a la adjudicación del contrato. Por ello, la participación de cargos electos no está en consonancia con su función, que es, por lo demás, una garantía esencial para preservar la objetividad en los

procedimientos. Se trata, por tanto, de una decisión que viene a reforzar la transparencia e integridad que debe existir en todo procedimiento de licitación pública. Y se enmarca, también, en la lógica de una política pública que avanza en la idea de profesionalización en la gestión de la contratación pública, como uno de los factores clave para promover la integridad.

Además, la no participación de los cargos electos y del personal eventual en los órganos de valoración de las propuestas presentadas en los procedimientos de licitación de los contratos, es una medida demandada por las organizaciones de la sociedad civil y comporta una clara medida de regeneración democrática, pues permite una mayor credibilidad del sistema.

La regulación de los órganos que deben asistir al órgano de contratación en la valoración de las propuestas está en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma como precepto organizativo que es. De hecho el artículo 21 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, relativo a la composición de las Mesas de contratación, no tiene carácter de normativa básica. Hay que advertir, no obstante, que este precepto solo se aplica en el ámbito del Sector Público autonómico y no afecta por tanto al sector público local que tiene regulada la composición de las Mesas de contratación por la Disposición adicional segunda del TRLCSP con carácter de normativa básica, atendiendo a su configuración constitucional derivada del mandato del artículo 140 CE, según el cual el *gobierno y administración* de los municipios corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales.

Al margen de lo expuesto, y como mejora técnica, se llama la atención sobre la posibilidad de modificar la denominación del artículo 8 para incluir una referencia expresa a los comités de expertos.

V. Análisis de la regulación de los anuncios de adjudicación.

Otra novedad propuesta se refiere a los anuncios de adjudicación. Para ello, se añade un artículo 12 *quáter* que establece el contenido mínimo de los anuncios de adjudicación de los contratos.

Como es sabido los anuncios de adjudicación tienen una regulación específica en el ámbito del Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). En concreto el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 de la Comisión de 11 de noviembre de 2015, ha establecido los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública, derogando el anterior Reglamento de Ejecución (UE) 842/2011.

Por su parte el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece en el anexo II los modelos de anuncio que hayan de ser publicados en el Boletín Oficial del Estado, pero solo respecto de la licitación y la formalización.

El contenido del anuncio de adjudicación del Anteproyecto sometido a informe recoge todos los aspectos del modelo de anuncio de adjudicación en el DOUE, lo cual es garantía de seguridad jurídica y favorece la gestión.

Únicamente se echa en falta una mención a la posibilidad de que el procedimiento se haya declarado desierto, que debería incluirse en el apartado l) junto al desistimiento y la renuncia al contrato.

Por lo demás el contenido del nuevo artículo 12 *quáter*, es en gran parte coincidente con el que el artículo 84 de la Directiva 2014/24/UE establece para el informe específico que debe elaborarse para cada contrato regulado por la Directiva.

En concreto los apartados d), f), g), h), j), k) y m) responden total o parcialmente al contenido de ese informe que ha de servir para tener una información completa de los procedimientos de contratación que permita un análisis sistemático de los errores y debilidades de la contratación pública. La

necesidad de adoptar medidas de este tenor ha sido puesta de relieve por el Tribunal de Cuentas Europeo en el Informe especial de 2015 sobre la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afecta al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión, y por el Informe de la Comisión Europea sobre la lucha contra la Corrupción en la Unión Europea de 2014, COM (2014) 38 final, esté último ceñido específicamente a la necesidad de disponer de datos centralizados sobre los conflictos de intereses que ayuden a adoptar medidas contra la corrupción.

Incorporar los datos del informe del artículo 84 de la Directiva al anuncio de adjudicación, además de ser una posibilidad prevista expresamente, se convierte en un importante instrumento de transparencia que permitirá cumplir con las previsiones del artículo 16 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, en lo que se refiere a la información generada hasta el momento de la adjudicación del contrato.

Únicamente cabe hacer tres consideraciones y una recomendación sobre este precepto. En primer lugar, una cuestión relevante es la necesidad de señalar expresamente que este precepto no resulta aplicable a los contratos menores.

En segundo lugar, que el dato sobre el porcentaje que representan respecto del total de ofertas presentadas, las de operadores económicos que sean pequeñas y medianas empresas, operadores económicos de otro Estado miembro o de un tercer país o las ofertas presentadas por vía electrónica, debería de sustituirse por el número de ofertas, que es el dato que debe constar en el modelo de anuncio para el DOUE, con ello se conseguiría una mejor coordinación y se evitarían posibles errores en la redacción de los anuncios.

En tercer lugar, que este precepto —de gran relevancia práctica— debería ser de aplicación para todos los órganos de contratación del sector público

aragonés, autonómico y local, y en consonancia debería modificarse la Disposición adicional octava de la Ley 3/2011.

Finalmente se recomienda que el modelo que se elabore, permita un tratamiento automatizado de la información interoperable que pueda alimentar de forma directa los Perfiles de contratante, el Portal de Transparencia del Gobierno de Aragón y las páginas de transparencia del resto de los entes públicos.

VI. Modificaciones en relación con el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Otra de las novedades viene dada por varias previsiones relativas al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que resultan aplicables a todo el Sector Público aragonés de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley 3/2011. La regulación sobre la que procede informar se puede concretar en:

a) Ampliación del ámbito de aplicación del recurso especial.

Con carácter previo, esta Junta quiere destacar que la lógica de un Derecho Administrativo garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración, exige no diferenciar el régimen del recurso en función de la cuantía. Es más, desde la lógica del Derecho europeo resulta difícil justificar la dualidad de regímenes, pues los contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente de eficacia, tal y como ha advertido la STJUE de 6 de octubre de 2014, *Orizzonte Salute*, C- 61/14.

Esta premisa explica el porqué de extender el ámbito del recurso especial, sin que pueda servir de objeción una mayor «carga burocrática». Así lo viene justificando, no solo la doctrina, sino también órganos cualificados como el Consejo de Estado, Comité Económico y Social (Dictamen núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015), Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (IPN/CNMC/010/15 —Informes de Propuestas Normativas—),

y organizaciones de la sociedad civil como Transparencia Internacional España (documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015). De hecho, el Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, el Consejo de Estado afirmaba lo siguiente: *«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».*

En este contexto, la modificación del apartado segundo de este artículo de la Ley 3/2011, rebajando el umbral para que los contratos de obras estén sujetos al recurso especial en materia de contratación en contrato de obras (más de 200 000 euros, similar al que el artículo 177.2 TRLCSP establece para exigir publicidad en la utilización del procedimiento negociado por razón de la cuantía) merece una valoración positiva, aunque se juzga insuficiente.

No se recoge en la Memoria que acompaña al Anteproyecto las razones para situar el umbral para la ampliación del recurso especial a las obras de valor estimado superior a 200 000 euros, pero si se ha establecido esta cifra para comprender todos los contratos de obra que por su valor estimado deberían estar sujetos a publicidad, opción que parece razonable, debería rebajarse el umbral para los contratos de suministros y servicios de forma análoga y fijarlo en 60 000 euros.

En todo caso, la extensión del ámbito del recurso especial aconseja una valoración sobre el incremento de carga de trabajo del Tribunal, pues de otra manera, la solución puede resultar ineficaz.

b) Obligación para el Tribunal de comunicar a las autoridades competentes las presuntas infracciones que detecte en el ejercicio de su actividad.

Se incluye un nuevo apartado 3, en el artículo 17, que incorpora la obligación para el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de poner en conocimiento de las instituciones competentes en materia de competencia, auditoria y fiscalización, o tributaria, los hechos que conozca a resultas del ejercicio de sus competencias, que pudieran ser constitutivos de infracciones propias de los ámbitos de dichas instituciones.

El TRLCSP ya incorpora expresamente en la Disposición adicional vigésima tercera la exigencia de que los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 40 notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia.

c) Composición del Tribunal.

Se flexibiliza la composición numérica del Tribunal, modificando el apartado 1 del artículo 18, lo que permitirá adaptarla a las necesidades que el volumen de recursos presentados u otras circunstancias aconsejen.

d) Especialidades procedimentales.

Se añaden tres nuevos apartados al artículo 21, que regula las especialidades procedimentales del recurso especial tramitado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Sobre esta materia hay que recordar que el legislador estatal ha dictado con carácter de normativa básica, reglas procedimentales en el Capítulo III del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en

materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Estas previsiones resultan de directa aplicación y no pueden ser «desplazadas» por la legislación autonómica.

El artículo 25 de este Reglamento está dedicado a las Medidas provisionales (tutela cautelar, en sentido estricto) y dice:

«1. Fuera de los casos de la suspensión automática prevista en las leyes, el Tribunal podrá acordar motivadamente la adopción de medidas provisionales, incluida la suspensión del procedimiento, tanto a solicitud del recurrente como de oficio. En este último caso deberá, previamente, dar audiencia en relación con la adopción de las medidas al órgano de contratación, dándole un plazo de dos días hábiles para manifestar su conformidad o su oposición.

2. Las resoluciones acordando la suspensión o su levantamiento así como las que acuerden cualquier otra medida provisional deberán notificarse al órgano de contratación y al recurrente en el mismo día en que se dicten. Una vez recibida la notificación, si se acordara la suspensión, el órgano de contratación la llevará a cabo de inmediato.

Si se tratara de alguna otra medida provisional deberá adoptarla en el plazo que al efecto fije el Tribunal en su resolución.

3. El Tribunal podrá acordar la modificación o revocación de una medida provisional cuando existan circunstancias debidamente justificadas que aconsejen dicha actuación.

4. Lo previsto en este artículo será igualmente aplicable cuando la medida provisional se solicite con carácter previo o con posterioridad a la interposición del recurso».

Los apartados 3 y 4 que el Anteproyecto pretende introducir en el artículo 21, establecen la suspensión automática del procedimiento de adjudicación en el caso de que se recurra la exclusión de un licitador, o los pliegos que rigen la contratación.

El Tribunal Administrativo tiene la facultad de suspender el procedimiento si lo estima necesario, valorando los perjuicios que se pueden ocasionar a las partes y en especial a los licitadores. Imponer la suspensión automática en actos distintos de la adjudicación obliga a invertir el procedimiento,

separándose de lo establecido con carácter básico, por ello se propone la supresión de estos dos apartados.

El apartado 5 contiene una previsión acertada, al permitir la continuidad del contrato vigente hasta que comience la ejecución del nuevo que está en licitación, aunque convendría que esta posibilidad, que debe de tener carácter excepcional, se limitara a aquellos casos en que el interés público hace necesario que exista continuidad en las prestaciones. Obviamente, en estos casos excepcionales, no será necesario que la continuidad del contrato se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas que rige la ejecución del contrato originario, ni que se haya tenido en cuenta a efectos del cálculo del valor estimado, ya que se trata de una previsión *ex lege*.

VII. Medidas de Integridad en la Contratación Pública.

El Anteproyecto añade un Capítulo VI a la Ley 3/2011 con la denominación «Integridad en la Contratación Pública», con cuatro nuevos artículo dedicados a los conflictos de intereses (artículo 23), la participación previa de candidatos o licitadores en la preparación del procedimiento (artículo 24), los protocolos de legalidad para los licitadores (artículo 25), y a los informes de supervisión que deberán elaborar cada dos años esta Junta y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos, conjuntamente, sobre la contratación pública (artículo 26). Se analizará cada una de las previsiones:

a) Regulación de conflictos de intereses.

La adopción de medidas para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses es una necesidad detectada en el ámbito comunitario, que ha dado lugar a que las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014 hayan incorporado por primera vez la definición del conflicto de intereses.

Se trata de una regulación que debe ser desarrollada de forma pormenorizada por los Estados miembros, y que define el conflicto de interés como cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un

proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participa en el desarrollo del procedimiento de contratación o pueda influir en el resultado de dicho procedimiento tenga, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal, que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia (artículo 24 Directiva 2014/24). Esta regla se refiere a situaciones de conflicto de intereses reales, potenciales o percibidos, que afecten al personal del poder adjudicador o de los prestadores de servicios contratados que intervienen en el procedimiento y a miembros de la dirección del poder adjudicador que pueden influir en el resultado de un procedimiento de contratación pública, aunque no participen en él oficialmente.

Se trata con ello de evitar situaciones que por un lado tienen un elevado peligro de convertirse en un caso de corrupción, y por otro transmiten una mala imagen de la organización. No hay que olvidar que una percepción de objetividad es un elemento muy necesario de cara a obtener la confianza ciudadana en la actividad pública.

El conflicto de intereses debe resolverse en el ámbito del poder adjudicador, apartando al agente público incurso en conflicto de intereses del procedimiento o incluso de esa área de actividad, y solo en última instancia cabrá excluir al licitador del procedimiento (artículo 57.4 e) Directiva 2014/24).

La redacción propuesta para el artículo 23 del Anteproyecto se ciñe a la regulación de la Directiva 2014/24 y opta por establecer la obligación de que todos los que participen en un procedimiento de contratación realicen una declaración de ausencia de conflicto de intereses. Esta medida es recomendada por la Comisión Europea en la Guía sobre conflicto de intereses *«Identifying conflicts of interest in public procurement procedures for structural actions»* que fue coordinada por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). Asimismo la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos dirigidos a la promoción de la integridad, la

honestidad y la responsabilidad, y prevé *«sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos»*.

Siguiendo las recomendaciones de estos documentos, debería precisarse en el apartado tercero que la declaración, además de manifestar el declarante que no tiene ningún interés actual que pueda entrar en conflicto con el interés público y comprometer su imparcialidad, incluya el compromiso de poner en conocimiento del órgano de contratación de forma inmediata cualquier potencial conflicto de intereses que pueda producirse con posterioridad durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación, o en la fase de ejecución.

Hay que advertir que aunque el artículo 23 responde con carácter general al contenido de la Directiva 2014/24, el concepto de conflicto que se recoge en el apartado 2 no es exactamente el mismo. Por ello debería incorporarse la definición literal del artículo 24 de la Directiva.

El apartado 5, establece el procedimiento a seguir cuando un licitador alegue la existencia de un conflicto de intereses en un procedimiento, otorgando al órgano de contratación la competencia para tomar las medidas necesarias para resolverlo, pero no hay que olvidar que puede ser el mismo titular del órgano de contratación el que incurra en conflicto de intereses, en ese caso debería precisarse que la adopción de medidas corresponderá a su superior jerárquico, o al órgano de gobierno de la institución.

b) Participación previa de candidatos o licitadores en la preparación de un procedimiento de licitación.

El artículo 24 de la nueva regulación que se propone, se dedica a la participación previa de candidatos o licitadores en la preparación de un

procedimiento de licitación, no solo en la elaboración de pliegos u otra documentación, como contempla el artículo 56 TRLCSP, sino también a través de las consultas preliminares al mercado que ha regulado la Directiva 2014/24/UE en su artículo 40 —que se desarrolla en el artículo 115 del borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público— y que, bien utilizada, debe favorecer una adecuada planificación del contrato y de las necesidades a cubrir.

Esta participación no puede dar lugar a una exclusión automática del operador económico en el procedimiento de licitación posterior, pero exige adoptar medidas para que su participación en el procedimiento no falsee la competencia, por ello se exige que se dé publicidad a esa participación y se actúe con la máxima transparencia.

Esta previsión da una pauta clara de actuación a los órganos de contratación, salvando la imprecisión del artículo 56 TRLCSP y la ausencia de desarrollo del mismo.

Como mejora técnica, parece conveniente que el texto refleje de forma clara a quien corresponde la decisión de excluir al licitador del procedimiento en el caso de que no exista otra alternativa para garantizar la igualdad de trato, facultad que parece razonable que recaiga en el órgano de contratación.

Obviamente, la decisión de excluir al licitador podrá ser objeto del recurso especial u ordinario que proceda, pero nada se dice de la capacidad de reacción que tengan el resto de candidatos y licitadores contra la admisión del licitador que ha participado en la preparación del contrato. Convendría prever de forma expresa esta posibilidad como ámbito objetivo del recurso especial.

c) Protocolos de legalidad.

El artículo 25 regula los protocolos de legalidad —sistemas de *compliance*— para los licitadores, consistentes en un compromiso de adoptar las medidas y respetar las reglas que el órgano de contratación fije con el objetivo de prevenir

y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. También se les puede exigir el compromiso de sujetarse a la monitorización del procedimiento de contratación en todas sus fases por la Agencia de Integridad y Ética Pública.

Esta posibilidad se encuentra expresamente recogida en las Directivas 2014/23 y 2014/24, y se enmarcan en la política activa para combatir la corrupción, impulsada por la Comisión Europea —Comunicación sobre la lucha contra la corrupción en la UE (COM (2011) 308 final), antes citada— que pone de relieve la necesidad de desarrollar más el diálogo público-privado en toda la UE sobre la forma de prevenir la corrupción en el sector empresarial, y en el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE (COM (2014) 38 final) que identifica la suscripción de pactos de integridad entre los órganos de contratación y los licitadores como una buena practica.

d) Informe de gobernanza

Los artículos 83 y 84 de la Directiva 2014/24 han establecido unos principios de gobernanza en contratación pública, lo que exige información sobre el desarrollo práctico de las políticas de contratación pública y las posibles disfunciones.

El nuevo artículo 26 de la Ley 3/2011, se contextualiza en la necesidad de dar cumplimiento a la exigencia de esta nueva gobernanza en contratación pública, y establece que cada dos años, esta Junta y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón elaboraren un informe conjunto de supervisión de la contratación pública que presentarán al Gobierno. Dicho informe dará cuenta de las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la normativa sobre contratos públicos, o de inseguridad jurídica, por ejemplo los posibles problemas estructurales o recurrentes en la aplicación de las normas, y sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación.

Esta Junta nada tiene que advertir sobre la decisión política de implementar este modelo de gobernanza, que está en línea con lo que prevén las nuevas Directivas y con la posición predominante en las instituciones europeas, de realizar un control integral de la aplicación correcta de las normas de contratación que permita distinguir los problemas estructurales, y también los casos en que la aplicación errónea responde a una práctica corrupta.

Sin embargo, la atribución de una competencia compartida resulta disfuncional. Debe decidirse a qué órgano se le atribuye esta función y valorar, nuevamente, las cargas de trabajo y los medios disponibles para asumirla. Al respecto, conviene recordar que el borrador de Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, ahora en tramitación, encomienda esta función a la Junta Consultiva del Estado y prevé la creación de un Comité con representación de las Juntas Consultivas de Contratación Pública. Parece lógico, por ello, atribuir la competencia a esta Junta, que por otra parte ya ostenta funciones de control y valoración global de la contratación en el ámbito del Sector Público aragonés según el artículo 4 de su Reglamento de funcionamiento, Reglamento que deberá ser modificado en caso de que se apruebe el Anteproyecto en los términos actuales.

En todo caso, por exigencia de la norma europea y de conformidad con el objetivo de la Ley de favorecer la integridad de la actividad pública en el sector público de Aragón se propone que se modifique la Disposición adicional octava de la Ley 3/2011, o en su caso el artículo 2.2, para que este Capítulo resulte aplicable al sector público local aragonés.

VIII. Nuevas previsiones sobre causas de exclusión.

La propuesta normativa sometida a Informe contiene un nuevo capítulo VII, que se denomina «*Causas de exclusión*», que está formado por los artículos 27 relativo a los procedimientos de declaración de prohibición de contratar, y 28 titulado «*Medidas de cumplimiento voluntario*».

El artículo 27 desarrolla el procedimiento que debe seguirse para la declaración de prohibición de contratar en el ámbito autonómico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 TRLCSP, en su redacción dada por la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público.

El primer apartado del artículo es similar al párrafo segundo del apartado 3 del artículo 61 TRLCSP, que incorpora el mandato para los órganos judiciales o administrativos de los que emanen las sentencias o resoluciones administrativas que incorporen prohibiciones de contratar pero que no contengan pronunciamiento sobre su alcance y duración, de remitir de oficio testimonio de aquéllas o copia de éstas, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a efectos de que se eleve la correspondiente propuesta al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. No es del todo claro que este supuesto resulte aplicable en el nivel autonómico, pero de serlo resultaría conveniente precisar que se refiere a las autoridades y órganos competentes que acuerden una prohibición de contratar *«que afecte específicamente al ámbito del sector público autonómico»*.

En el apartado segundo se reafirma la obligación para los órganos competentes de incoar el procedimiento para la declaración de prohibición de contratar, cuando concurren los supuestos que establece la normativa básica. Parece necesario como mejora que redundará en una mayor seguridad jurídica, que el precepto identifique quienes son esos órganos, en especial a quién corresponde en el ámbito autonómico, la competencia para extender al las prohibiciones de contratar a que se refiere el artículo 61.1 TRLCSP.

El apartado tercero fija en ocho meses el plazo para resolver el procedimiento.

Por último, los apartados cuarto y quinto desarrollan la obligación de notificar a los interesados y de inscribir las prohibiciones en el Registro Voluntario de Licitadores y su posterior cancelación que establece el artículo 61bis, en su apartado segundo. La referencia al Registro debería hacerse al Registro de

Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón que es la denominación que le da el Decreto 82/2006, de 4 de abril, por el que se crea.

Sobre la inscripción de las prohibiciones en el Registro de Licitadores, hay que recordar que el artículo 61 TRLCSP establece que: *«Los órganos de contratación del ámbito de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales situadas en su territorio notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas correspondientes»*.

En el anteproyecto no se modifica la Disposición adicional octava de la Ley 3/2011 que establece los preceptos aplicables a las entidades locales aragonesas, parece que este artículo 27, debería de serlo, en aras de que exista un régimen común para la declaración de prohibiciones de contratar en las Administraciones públicas aragonesas.

Procede en consecuencia informar, de forma favorable, la regulación propuesta.

Especial interés merece el artículo 28, que pretende incorporar las previsiones del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24:

«Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.»

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o

la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva.»

Reproduce el precepto comunitario en su integridad y regula el procedimiento para su efectividad, atribuyendo la decisión al órgano de contratación, previo informe de esta Junta.

Al margen de la cuestión competencial advertida en las consideraciones generales (Consideración jurídica II), dos cuestiones deben de ser revisadas. En primer lugar, que la propuesta del licitador incurso en prohibición de contratar de salvar esa circunstancia, provoque la suspensión del procedimiento de licitación. No parece que esta posibilidad sea acorde con el interés público que subyace en toda licitación, bueno es que a un operador económico que demuestre tomar medidas para rectificar anteriores conductas irregulares se le permita recuperar su «honorabilidad», pero sin que ello suponga alargar más el procedimiento de adjudicación afectando al interés general.

En segundo lugar, debería valorarse si el informe de la Junta no debería ser además de preceptivo, favorable, para dotar a esta decisión excepcional de la mayor objetividad posible.

III. CONCLUSIÓN

Se informa favorablemente el Anteproyecto de Ley de Integridad y Ética Pública, con las observaciones y sugerencias contenidas en el cuerpo de este Informe.

Informe 20/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 3 de diciembre de 2015.