

Informe 8/2015, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Anteproyecto de Ley de contratos del sector público.

I. ANTECEDENTES

El Consejo de Ministros conoció, el pasado 17 de abril, del Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, en el trámite previsto en el artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Para proseguir su tramitación, el pasado 21 de abril, la Dirección General de Patrimonio del Estado recabó el criterio de las Comunidades Autónomas sobre su contenido, para que en un plazo no superior a 30 días naturales, hicieran llegar sus comentarios, así como cuantas observaciones, alegaciones o consideraciones consideren oportuno trasladar. A este fin, el Consejero de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón ha solicitado, a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, un informe sobre el Anteproyecto de Ley de contratos del sector Público.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 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 20 de mayo de 2015, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES

I. Consideraciones generales sobre el Anteproyecto.

Se aprecia un exceso de remisiones normativas, al propio texto y a normas con cita expresa de las mismas. Es innecesaria tanta remisión y tanta cita de texto legal determinado (que puede ser objeto de modificación).

Se sugiere recuperar la terminología jurídica tradicional en el derecho de la contratación pública española: procedimientos y formas de adjudicación (abierto, restringido, negociado, subasta y concurso). Y el concepto de baja temeraria.

Se propone eliminar el carácter excesivamente «reglamentario» de muchos de los preceptos. Por ejemplo, la regulación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (artículo 326). En el texto sobra mucha literatura innecesaria, que hace y provoca una lectura difícil y compleja.

Esta Junta considera, además, que debe corregirse el estilo literario de la norma y evitar giros del lenguaje administrativo redundante e innecesarios, tales como, «*en todo caso*», «*la presente ley*», «*el presente artículo*», «*la legislación vigente*», «*sin perjuicio de lo dispuesto*». Deben utilizarse los conceptos de manera rigurosa; así, por ejemplo, referirse con propiedad «*expediente*» y «*procedimiento*», que se utilizan como sinónimos, sin serlo.

El Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se tramita en paralelo con el que es objeto de este Informe, incorpora en su Artículo 2 una serie de definiciones, a los efectos de la Ley, que sin duda contribuyen a la seguridad jurídica. Estas definiciones no son otras que las contenidas en la Directiva 2014/25/UE, cuyo contenido traspone al ordenamiento jurídico nacional. La Junta considera que sería muy oportuno que, en aras de la

consecución de esta seguridad jurídica, en el Anteproyecto sometido a informe, se incluyera un Artículo comprensivo de las definiciones que a estos efectos se contienen en el Artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública (en adelante Directiva 2014/24/UE).

Por último, destinar un Libro del Anteproyecto, el Tercero —con solo cinco preceptos—, a los contratos de otros entes del sector público, resulta desproporcionado. Se sugiere incorporar en el resto del articulado las singularidades aplicables a estos entes.

II. Consideraciones al Título Preliminar.

Artículo 2

El apartado segundo del precepto incluye en su ámbito de aplicación a los contratos subvencionados, pero limitándolos a los contratos subvencionados por entes que sean poderes adjudicadores, dejando fuera a los demás entes del sector público. Sin embargo, en el artículo 23 —al que remite—, se sigue manteniendo la aplicación de estas normas a contratos subvencionados por otros entes del sector público.

Tampoco se incluyen los supuestos de contratos de obras celebrados por los concesionarios de obras públicas en los casos del actual artículo 274 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), pese a que el artículo 250.1 determina que *«La ejecución de la obra que corresponda al concesionario podrá ser contratada en todo o en parte con terceros, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en el pliego de cláusulas administrativas particulares»*.

Por último, se incluye en este artículo 2, relativo al ámbito de aplicación de la Ley, un apartado cuarto sobre la utilización del *«Vocabulario común de contratos públicos, aprobado por el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del*

Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV)», a los efectos de identificar las prestaciones que son objeto de los contratos. La ubicación sistemática de esta previsión en este artículo no parece adecuada; debiendo en todo caso situarse en sede de regulación del objeto del contrato; o, en su caso, atendiendo a la naturaleza de la misma, incorporarla a un posterior desarrollo reglamentario.

Artículo 3

Se propone una redacción alternativa a los siguientes apartados (en adelante, en negrita, el cambio que se sugiere):

*«1.c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas, los Organismos Públicos de Investigación, las Agencias Estatales **y organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas**, así como las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad».*

Y ello porque las mismas razones que han conducido a la inclusión de las Agencias Estatales en la letra c) del apartado 1 del artículo 3 del Anteproyecto, justifican también la inclusión de las Agencias autonómicas análogas a aquellas. Debe hacerse notar que existen Agencias en el ámbito autonómico, cuyo régimen jurídico básico y razón de ser son análogos a los recogidos en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos.

Con todo, en sede parlamentaria debería valorarse la conveniencia de eliminar la referencia a las Agencias Estatales, por cuanto desaparecen del Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, texto que fue sometido a información pública el 16 de enero de 2015 y, por tanto, es posible que se apruebe con anterioridad a la Ley de Contratos. En todo caso, la

previsible coincidencia temporal de ambos textos en las Cortes Generales debería aprovecharse para realizar, entre otras, esta valoración, evitando posibles incoherencias.

*«1.g) Las Entidades Públicas Empresariales, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, **distintas de las mencionadas en la letra c**».*

La razón radica en que esta letra se refiere a «cualquiera» entidades de derecho público vinculadas o dependientes de un sujeto del sector público, características que se predicán también de los Organismos Autónomos, de las Universidades Públicas, de los Organismos públicos de investigación, e incluso de las entidades de Derecho público con independencia funcional o especial autonomía. Es preciso, por tanto, aclarar que las entidades de la letra g) son distintas de las mencionadas en la letra c).

*«4. Quedan incluidos dentro del ámbito subjetivo de esta Ley, los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, **cuando cumplan** los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, siéndoles de aplicación respecto a los mismos la regulación establecida en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley.*

En todo caso, los procedimientos de contratación de las organizaciones mencionadas en el párrafo anterior se inspirarán en los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, integridad, igualdad y no discriminación, sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente».

Se propone una mejora en la redacción del que resultaría primer párrafo del apartado 4. Asimismo, toda vez que de dicho primer párrafo pudiera desprenderse que únicamente los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por los partidos, sindicatos y asociaciones que cumplan los requisitos para ser poder adjudicador quedan sometidos a la ley, quedando completamente al margen los demás, se propone la introducción de un segundo párrafo para recoger lo que establece hoy la legislación vigente. En concreto, la disposición adicional 13ª de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, según redacción dada por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos.

La Sección 2ª (que comprende los artículos 4 a 11) se inicia con un contenido de carácter sustantivo que no está incluido en ningún artículo. Se propone la incorporación de la previsión a cada uno de los preceptos. La misma falta de adecuación a las normas básicas de técnica normativa se aprecia en algunos de los artículos siguientes, en los que, sin encabezado alguno, se enumeran los supuestos excluidos.

Artículo 5

Se propone la siguiente redacción alternativa:

«1. Los convenios que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que por su contenido y causa tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, en cuyo caso deberán considerarse como tales, aplicándose las prescripciones de esta norma.

La exclusión requerirá que las entidades públicas participantes en el convenio, en la medida en que gocen de la condición de poderes

*adjudicadores, **realicen** en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la colaboración. **Para determinar el porcentaje de actividades, se aplicarán las reglas contenidas en el apartado b) del Artículo 32 de esta Ley**».*

El artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, del que trae causa la incorporación del segundo párrafo del apartado, contiene en su apartado 5 las reglas para determinar el porcentaje de actividades, al que se hace referencia en diversos preceptos, incluido el apartado 4 del Artículo 12. Por ello, debe realizarse la remisión al contenido del artículo 32 (en el que se han incorporado las previsiones del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE); valorarse la incorporación de la regla íntegra en el precepto; o recogerse las reglas en un precepto general, al que se remitan los afectados.

Artículo 13

Se propone la siguiente redacción alternativa:

«1. Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto uno de los siguientes:

- a) La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I.*
- b) La realización, **por cualquier medio**, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.*

2. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

***Asimismo, se podrán considerar obras, la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, tales como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, repoblaciones forestales, trabajos de corrección hidrológico-forestal u otros análogos**».*

En la letra b) del apartado 1 se propone, como mínimo, la incorporación de las dos comas que, por otra parte, sí aparecen en la redacción literal del artículo 2.6.c) de la Directiva 2014/24/UE. En todo caso, a fin de facilitar la comprensión del apartado, se sugiere incorporar una redacción, que aun cuando no respete la literalidad de la Directiva, haga comprensible su contenido.

De mayor calado es la incorporación que se propone en el apartado 2 del precepto. Es sabido que el concepto comunitario del contrato de obra se centra principalmente en las obras civiles, pero la forma en que se traspuso en 2007 al Derecho español —y pretende mantenerse en el Anteproyecto—, deja fuera otras actuaciones que, al menos en el Derecho tradicional español, sí encajaban en la idea de contrato de obra incorporada en la legislación pública de contratos hasta la promulgación de la Ley 30/2007. Esta exclusión, como la realidad ha demostrado, causa numerosos inconvenientes y olvida la existencia de actuaciones que suponen grandes trabajos, que encajan en la idea que subyace a los contratos de obras; y, más importante, cuya adecuada realización demanda la observancia de ciertos trámites no previstos en la regulación del contrato de servicios.

Así, se propone completar el segundo párrafo con una dicción en la línea de la que antes figuraba en normas de contratación pública, como el TRLCAP. Y ello al objeto de evitar las dudas acerca de si encajan o no en el concepto de obra pública las actuaciones que no se corresponden propiamente con el concepto de infraestructura civil.

Cuando se hace esta observación se está pensando especialmente en algunos trabajos de naturaleza forestal y/o ambiental, que, en el Anteproyecto quedan fuera del concepto de obras, y su celebración debería reconducirse al contrato considerado «residual», es decir, al contrato de servicios. Sin embargo, esta calificación no es satisfactoria, porque el contrato de servicios no está pensado para atender la contratación de prestaciones de la envergadura que en muchos casos entraña la ejecución de obras forestales y/o ambientales (replantaciones

forestales, trabajos de corrección hidrológico-forestal, trabajos de selvicultura etc.).

A juicio de esta Junta, que se amplíe el concepto en el sentido indicado no supone, en modo alguno, ir en contra de las Directivas comunitarias. Al contrario, la propia regulación europea dejaba, y sigue dejando abierta, una puerta, actualmente en el artículo 2.1.6.c) Directiva 2014/24/UE, cuando señala que pueden asimismo considerarse obras: *«la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra»*. Esta referencia figura ahora en la letra 1 del apartado a) del artículo 13 del Anteproyecto. Pero la inclusión, en el apartado 2 del artículo 13, de la redacción propuesta servirá para erradicar problemas prácticos reales y recurrentes.

Artículo 26

Se propone la siguiente redacción alternativa:

*«2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes **normas de derecho administrativo**. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado»*.

Se propone la supresión de la expresión *«o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante»*, ya que el apartado 2 en el que se inserta se refiere únicamente a *«Los contratos privados que celebren las Administraciones públicas»*, y no a los contratos privados celebrados por entes del sector público que carezcan de la consideración de Administración pública.

La frase eliminada parece recogida del vigente artículo 20.2 TRLCSP que dispone: «*Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el Derecho privado*». Pero es preciso tener en cuenta que el artículo 20.2 TRLCSP se refiere a los contratos privados celebrados por cualquier ente del sector público, sea o no Administración pública, como se desprende del apartado 1 del mismo artículo. Mientras que el artículo 26.2 del Anteproyecto se refiere exclusivamente a las Administraciones públicas, cuya formación de la voluntad (competencia y procedimiento) ha de regirse siempre por el Derecho administrativo, también cuando contratan en régimen de Derecho privado, conforme a la consolidada doctrina de los actos separables.

Muy cuestionable es la previsión contenida en el segundo párrafo de este apartado, mediante la que se somete a los contratos de servicios recogidos en los números 1º y 2º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, a las normas de la Ley relativas a las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución de los contratos, únicamente cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada. La consecuencia de dicha limitación es que la inmensa mayoría de estos contratos de servicios quedará al margen de la disciplina sobre modificados, cuando de conformidad con el régimen jurídico vigente, impuesto por el TRLCSP, sí se les aplica, produciéndose el efecto paradójico de que la nueva regulación resulta menos exigente que la que se pretende derogar. Se excepciona además la filosofía de uniformidad con indiferencia del importe que subyace en el Anteproyecto. La distinción de contrato armonizado/no armonizado no puede justificar la excepción, pues los principios del TFUE se aplican al margen de cualquier importe (como acaba de recordar la reciente Sentencia TC de 30 de abril de 2015, en relación a las formulas de privatización sanitaria en Madrid).

En consecuencia se propone, cuando menos, diferenciar entre el régimen de los modificados y el relativo a las condiciones especiales de ejecución, subcontratación y resolución de los contratos, de modo que el de modificaciones se aplique en todo caso a estos contratos, con independencia de su cuantía.

Con todo, a juicio de la Junta, debería reconsiderarse la posibilidad de que las normas relativas a las condiciones especiales de ejecución, subcontratación y resolución de los contratos se apliquen también a los referidos contratos privados de servicios no sujetos a regulación armonizada, pues no se alcanzan a comprender las bondades de la limitación contenida en el Anteproyecto.

Idénticas consideraciones se hacen extensivas a los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas (apartado 3 del precepto). En este caso se sugiere, además, sustituir la cita de «*los artículos 200 a 205 y 209 a 215 de la presente Ley*», por «*en los artículos de esta Ley relativos a*», en coherencia con el apartado anterior.

Por ello, se propone la siguiente redacción alternativa de los dos apartados, con el siguiente tenor:

*«No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1º y 2º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de Derecho Privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución de los contratos, **que les serán de aplicación en todo caso.***

3. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la

letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a la preparación y adjudicación de aquéllos.

*En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de Derecho Privado, salvo lo establecido en los artículos **de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación, y resolución de los contratos, que les serán de aplicación en todo caso**».*

Ambas propuestas exigen modificar también el artículo 27 del Anteproyecto, como seguidamente se señalará.

Artículo 27

En coherencia con lo apuntado en el artículo 26, se propone la siguiente redacción alternativa:

«1. Serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las siguientes cuestiones:

a) Las relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos.

b) Las que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

*Adicionalmente, respecto de los contratos referidos en los números 1º y 2º de la letra a) del apartado primero del artículo 25 de esta Ley, **las que se susciten en relación con las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución de los contratos.***

*c) Las referidas a la preparación, y adjudicación, así como a las **condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de***

Administración pública, incluidas las organizaciones a que se refiere el apartado 4 del artículo 3 de la presente Ley.

d) *Los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los recursos previstos en el artículo 44 de esta Ley.*

e) *Las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley.*

f) Las referidas a la preparación y adjudicación de los contratos celebrados por entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias siguientes:

a) *Las que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de lo previsto en las letras b) y c) del apartado anterior.*

b) *Las que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos que celebren entes del sector público que no tengan consideración de poder adjudicador.*

c) *Las relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo en lo relativo a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo»*

La propuesta que se plantea tiene por objeto otorgar un mayor protagonismo a la jurisdicción contencioso-administrativa, como jurisdicción ordinaria del Derecho administrativo. Se trata de dotar de coherencia al sistema, de modo que siempre que, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 del Anteproyecto, se aplique la legislación administrativa de contratos, los posibles

conflictos que puedan derivarse sean conocidos y resueltos por la jurisdicción especializada en este sector del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, si se pretende dotar de una mayor profesionalización a la contratación pública, su control debe residenciarse necesariamente en manos de quien están en mejores condiciones para efectuarlo, máxime cuando se pretende limitar el recurso administrativo especial en materia de contratación exclusivamente a los contratos sujetos a regulación armonizada (disposición adicional 35ª del Anteproyecto).

Si la distinción en el plano judicial de varios órdenes distintos descansa, principalmente, en la necesaria especialización de cada uno de ellos en relación con un concreto sector material del ordenamiento jurídico, no tiene sentido prescindir de dicha especialización, sin razón aparente que lo justifique.

Esto se hace aun más patente en el caso del orden contencioso-administrativo por cuanto una parte de los magistrados que lo conforman cuenta con una especialización particular en Derecho administrativo. Esta especialización resulta particularmente necesaria cuando de la contratación pública se trata, rama del ordenamiento administrativo cada vez más técnica, compleja y sofisticada. La necesidad e importancia de la especialización en esta materia se ha hecho evidente con la experiencia de los Tribunales administrativos u órganos de recursos contractuales, buena parte de cuyo éxito radica en su composición por reconocidos especialistas en contratación pública.

La propia Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa señala, en su Exposición de Motivos, que se trata de evitar que *«la pura y simple aplicación del Derecho privado en actuaciones directamente conectadas a fines de utilidad pública se realice, cualquiera que sean las razones que la determinen, en infracción de los principios generales que han de regir, por imperativo constitucional y del Derecho comunitario europeo, el comportamiento contractual de los sujetos públicos. La garantía de la necesaria observancia de tales principios, muy distintos de los que rigen la contratación*

puramente privada, debe corresponder, como es natural, a la jurisdicción contencioso-administrativa».

III. Consideraciones al Libro I, Título I.

Artículo 29

Se introducen en el precepto una gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados, y no se define el concepto de «*coste relevante en la prestación del servicio*».

Artículo 36

El precepto mantiene una dualidad en el régimen de perfección de los contratos, atendiendo a si se trata de contratos «tradicionales», contratos subvencionados, contratos basados en un acuerdo marco, o contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. No se comprende la necesidad de este régimen dual. Considera esta Junta que la opción presenta más inconvenientes que ventajas, principalmente para aquellos contratos susceptibles de recurso especial, donde volverá a producirse la situación de interposición del recurso a la adjudicación cuando el negocio ya está perfeccionado y, en muchos casos, las prestaciones iniciadas.

Artículo 39

Se propone la siguiente redacción alternativa a la letra b) del apartado 2:

*«b) La carencia o insuficiencia de crédito **en el momento de la adjudicación del contrato**, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia».*

Artículo 44

El precepto debe contener al ámbito objetivo del recurso especial sin remisión a una Disposición Adicional, en concreto a la trigésima quinta. En la opción adoptada el régimen resultante es confuso, y afecta al principio de seguridad jurídica.

Artículo 50

El plazo de impugnación de Pliegos debería coincidir con el de presentación de ofertas, en la lógica de que el recurso especial no es una carga, sino un instrumento para hacer efectivo el derecho de buena administración. Hay que tener en cuenta, además, la interpretación amplia que se aplica en los Tribunales administrativos sobre la legitimación activa y el carácter preclusivo que ahora se da al recurso especial.

IV. Consideraciones al Libro I, Título II.

Artículo 63

El artículo 63 introduce en la actual regulación del Perfil de contratante, las previsiones que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, dedica en el artículo 8 a la información que, sobre contratación pública, debe ser publicada al objeto de garantizar la transparencia en el funcionamiento de la actividad pública y posibilitar el control de la misma por los ciudadanos.

Hay que advertir que el principio de transparencia actúa, en materia de contratación pública, en un doble sentido; como garantía de los principios de igualdad de trato y no discriminación a los operadores económicos; y como principio de buena gobernanza, que permite a los ciudadanos acceder a la información pública para ejercer el derecho a participar en los asuntos públicos que les reconoce el artículo 23 CE, de forma plena.

Es por ello que la Ley 19/2013, exige que a las obligaciones de publicidad activa que contiene, se les de cumplimiento en las sedes electrónicas o

páginas web institucionales, de manera clara y estructurada, lo que se traduce en que exista un único punto de acceso a la información que se viene llamando «Portal de transparencia». Así lo recoge el artículo 10 de la Ley 19/2013, para la Administración General de Estado y, de forma análoga, la mayoría de las normas autonómicas.

Por ello, no debería este artículo 63 inducir a confusión entre los distintos instrumentos de publicidad y transparencia, Perfil de contratante y Portal de transparencia, pues el primero tiene que estar dirigido a los licitadores y dotado de funcionalidades adaptadas a ellos (sistemas de alarmas sobre anuncios de licitación que pueden ser de su interés, sistema de alarmas sobre aquellos procedimientos en los que esta participando, etc.). Mientras que el Portal de transparencia se refiere a información de contratos ya adjudicados, y es un repositorio histórico de dicha información. Por supuesto, todo ello sin perjuicio de los oportunos enlaces entre Perfil y Portal, de forma que resulten complementarios.

Por ello, se propone la siguiente redacción alternativa:

«1. Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca.

2. El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación. En cualquier caso, deberá contener tanto la información de tipo general que puede utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación como puntos de contacto, números de teléfono y de fax, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como modelos de documentos, así como la información particular relativa a los contratos que celebre.

3. *En todo caso, deberán publicarse en el perfil de contratante, en los casos en los que esta Ley obligue a su publicidad, los anuncios de información previa, las convocatorias de licitaciones y los anuncios de formalización de los contratos, los anuncios de modificación, los anuncios de concursos de proyectos y de resultados de concursos de proyectos, así como los pliegos y demás documentos que configuren una contratación. Igualmente serán objeto de publicación en el perfil de contratante las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos, así como la interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos.*

4. *También deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios.*

5. El Perfil de contratante dará acceso a la información sobre contratación pública, que en cumplimiento de las normas de transparencia sea objeto de publicación en los portales de transparencia.

6. *El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo».*

Asimismo, se debe suprimir la mención a las publicaciones de Instrucciones de contratación (que han desaparecido de la regulación) y la que se refiere a los «*procedimiento anulados*», puesto que ya se recoge expresamente que se publicarán los actos de desistimiento y renuncia.

Artículo 67

El precepto lleva por rúbrica «*Empresas comunitarias*», pero su contenido alcanza a las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre el EEE. Debe adaptarse la rúbrica.

Artículo 69

Desaparece la exigencia de clasificación en contratos de servicios en el artículo 77 b) del Anteproyecto, pero continúa mencionándose en la acumulación de clasificaciones de UTES, como requisito para que ésta se produzca.

Artículo 70

El contenido del precepto resulta, a juicio de esta Junta, reiterativo y contradictorio. Y ello porque el primer párrafo del apartado 1 determina que sólo se excluirá a los licitadores que participaron en la elaboración de la documentación previa, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato y la salvaguarda de la libre concurrencia, y se adoptan medidas para que todos los licitadores tengan la misma información. Además, se le dará audiencia antes de proceder a su exclusión. Por su parte, en el segundo párrafo del apartado 1 se sigue prohibiendo participar en el procedimiento.

Artículo 77

El precepto señala, en su apartado 1:

«1. La clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de los poderes adjudicadores será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en los siguientes casos y términos:»

Como quiera que la clasificación como contratistas de servicios no va a ser exigible en ningún caso (apartado b) del apartado 1 del precepto), sino como posibilidad para acreditar la solvencia, debería reconsiderarse la dicción literal del párrafo.

Por otra parte, se sigue manteniendo en el apartado a), como límite para la exigencia de clasificación como contratista de obras, el del que el «valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros». Esta Junta conoce el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución nº 143/2015), y lo comparte «de lege ferenda», cuando señala: «se

ha de convenir, ciertamente, con el órgano de contratación, en que para poder determinar la clasificación se ha de estar al importe del presupuesto de licitación y no al valor estimado del contrato, pues lo contrario supondría una restricción excesiva a la posibilidad de participación de los posibles licitadores».

Artículo 89

El precepto se refiere a la acreditación de la solvencia técnica en los contratos de suministros, pero la expresión «o los servicios pertinentes» se incorpora, erróneamente, en la letra a) del apartado 1.

V. Consideraciones al Libro I, Título III.

Artículo 100

Se propone incorporar en el apartado 1 la siguiente mención: «*En los contratos formulados mediante precios unitarios, el presupuesto base de licitación será el resultante de multiplicar el número de unidades/prestaciones estimadas por el precio unitario de licitación de cada una de ellas, más el importe del IVA correspondiente a cada unidad/prestación*».

Artículo 101

En los términos señalados en el Informe 13/2014, de 7 de mayo, de esta Junta Consultiva, y a fin de solucionar los innumerables problemas que esta cuestión suscita en la actualidad, se propone incorporar un apartado relativo al cálculo del valor estimado en los contratos de servicios cuyo objeto es la gestión de bares, cafeterías, restaurantes, barras de fiestas o similares, que se realizará sobre la base del previsible volumen de negocio durante el plazo total, incluidas prórrogas y posibles modificaciones con independencia de quien las abone, incluyendo las aportaciones que pueda hacer la Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua, luz, etc.).

Artículo 102

Se sugiere incorporar un inciso en el apartado 1 del precepto, en el sentido de que en el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de IVA, salvo que se trate de una entrega o prestación no sujeta o exenta de dicho impuesto.

Artículo 107

Se plantea la posibilidad de contemplar, entre los supuestos excepcionales en los que puede resultar conveniente recoger, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la exigencia de una garantía complementaria de hasta el 5 por ciento del precio final ofertado por el licitador, el hecho de adjudicar un contrato a una oferta inicialmente considerada anormalmente baja, por haber superado el umbral establecido en los pliegos o en el Reglamento.

Artículo 112

Se propone suprimir la palabra «*definitiva*» de la letra b) del apartado 3, en el supuesto de incautación de la garantía provisional constituida mediante seguro de crédito y caución, ya que puede haber garantías provisionales depositadas mediante este seguro y la falta de pago de la prima nunca debería liberar al asegurador de hacer efectivo el importe de la garantía provisional depositada.

Artículo 117

Debe valorarse la conveniencia de completar la regulación de la tramitación anticipada, incorporando, en el apartado segundo del precepto, una referencia al sometimiento de la adjudicación a la condición suspensiva de que exista crédito adecuado y suficiente, en el ejercicio en que deba de comenzar la ejecución.

VI. Consideraciones al Libro II, Título I.

Artículo 118

Se propone una redacción alternativa al apartado 1:

*«Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de **otros contratos**, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.*

La redacción de este artículo en el borrador no contempla la aplicación de la figura del contrato menor a contratos que no sean de obra, suministro o servicio. Por ello se propone mantener una redacción similar a la del artículo 138 TRLCSP, que ha permitido la aplicación del contrato menor a los contratos administrativos especiales y a los contratos privados.

Artículo 120

Al apartado 1 c), referido al plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones contratadas por tramitación de emergencia, no se le da carácter básico, a diferencia del actual 113. 1 e) TRLCSP. Parece tratarse de un error, debido a que se ha introducido un nuevo apartado en el artículo y no se ha revisado la Disposición final primera del Anteproyecto.

Artículo 122

Se propone una redacción alternativa al apartado 1:

*«Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, y sólo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. **Si se ha abierto la fase de licitación, deberá darse publicidad a la modificación y además, si afecta a la preparación de las proposiciones, será necesario ampliar el plazo de presentación de las mismas.***

En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones».

En cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación, y para garantizar la libre competencia, resulta necesario especificar que si se ha abierto la fase de licitación habrá que dar publicidad a la modificación de los pliegos. Y si la misma supone un cambio sustancial en las condiciones previstas en el anuncio de licitación original — especialmente en relación a los principios de tratamiento equitativo y las reglas de competencia— resultará necesario ampliar el plazo previsto para la presentación de propuestas.

Artículo 130

Se propone una redacción alternativa al apartado 1:

*«Cuando el correspondiente Convenio Colectivo **o una norma legal**, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales...».*

Se considera adecuado precisar que incluir la obligación de subrogación en los pliegos no es una potestad del órgano de contratación, ahora bien, hay que contemplar que la misma no solo puede venir impuesta por un Convenio Colectivo, sino por una norma legal, tal y como ha reconocido la Sentencia de la Audiencia Nacional 1123/2015, de 25 de marzo.

Artículo 135

Se propone una redacción alternativa al apartado 5:

*«En los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, la convocatoria de licitación se realizará en todo caso mediante el anuncio de información previa a que se refiere la disposición adicional trigésima octava. **Los operadores económicos que hayan demostrado su interés a raíz de la publicación del anuncio de información previa serán invitados a confirmar por escrito ese interés mediante una invitación».***

Debe completarse el precepto con un nuevo apartado que clarifique cómo opera el anuncio de información previa en los casos en que se utiliza como convocatoria de licitación, de forma similar a como lo hace el artículo 26.5 Directiva 2014/24/UE.

Artículo 138

Se propone una redacción alternativa al apartado 3, párrafo segundo:

«En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación las respuestas tendrán carácter vinculante y, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación».

Se propone suprimir el inciso *«y así lo establece el pliego de cláusulas administrativas particulares»*, pues siempre que se produzcan respuestas sobre aclaraciones, aquellas deben tener carácter vinculante, y hacerse públicas, si son relevantes.

Artículo 145

Se propone una redacción alternativa al apartado 2:

*«b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, **incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material**».*

Se propone sustituir *«aun no formando parte de su parte sustancial»* por *«incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material»* que es la redacción de la Directiva.

Se propone una redacción alternativa al apartado 3:

*«b) Criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio, que deberá incluir en todo caso un **elemento económico**, previa evaluación comparativa de todas las ofertas».*

Se considera conveniente sustituir «*coste-precio*» por «*elemento económico*» porque resulta más claro.

Se propone una redacción alternativa al párrafo tercero del apartado 4:

«En todo caso, cuando los pliegos contemplen como criterio de adjudicación las mejoras, deberán establecer los aspectos a los que podrán referirse, los requisitos y su ponderación».

Resulta necesario suprimir el término «*mínimamente*» referido a la definición de los aspectos a los que podrán referirse las mejoras, sus requisitos y su ponderación, por entender que dicha definición debe ser suficientemente extensa para garantizar los principios de transparencia e igualdad de trato a los licitadores.

Se propone una redacción alternativa al apartado 9 e):

*«La preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por las empresas **que acrediten tener implantadas medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres**».*

La utilización de las medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como criterio de desempate debe de exigir su acreditación fehaciente, y por otra parte no se entiende que tenga que estar ligado a la acreditación de la solvencia. Por ello, se propone sustituir el inciso «*que en el momento de acreditar su solvencia incluyan medidas de carácter social*» por «*que acrediten tener implantadas medidas*».

Además en el apartado 9 suprimir la reiteración que supone incluir en cada apartado del mismo, una expresión sobre la igualdad de las proposiciones, cuando ya se establece al inicio que estos criterios operaran en «*casos en que,*

tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas».

Artículo 147

Se propone una redacción alternativa al apartado 5:

*«Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que **accepte** una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada».*

A juicio de esta Junta parece más congruente que la comunicación a la Comisión Europea, prevista en el apartado 5, se produzca cuando se admita la oferta y no en los casos en que se rechace. De esta forma la Comisión Europea podrá adoptar las medidas que correspondan.

Artículo 150

El precepto mantiene la tradición de nuestro derecho de regular conjuntamente dos figuras muy distintas: el desistimiento precontractual —que debería denominarse así en esta sede, a fin de no confundirlo con el desistimiento que puede producirse durante la ejecución del contrato y que es causa de resolución— y la renuncia al contrato. Ambas figuras tienen diferencias fundamentales, por lo que esta Junta sugiere su regulación en preceptos independientes. Por otra parte, sería deseable una mayor concreción de los requisitos para que pueda acordarse el desistimiento precontractual por el órgano de contratación, y de las consecuencias del mismo, revisando la tutela reconocida a los licitadores para la impugnación de este acto.

Artículo 154

Se propone:

En el apartado 2), añadir la expresión «*general*» al plazo de presentación, que sí figura en el apartado 3).

En el apartado 3), suprimir la expresión «*entre otros*», ya que los tres supuestos previstos son los únicos que se contemplan en la Directiva 2014/24/UE.

En el apartado 4) mejorar la redacción.

En el apartado 5) añadir la expresión «*general*» al plazo de presentación; sustituir «*desde la publicación*» por «*desde el día siguiente al de la publicación*», para que el cómputo sea igual en el procedimiento abierto que en el simplificado. Se sugiere una remisión a la posibilidad de declarar urgente el expte (artículo 119 del Anteproyecto) de igual forma que para los procedimientos armonizados hace el apartado 3) de este mismo artículo. En caso contrario podría concluirse que no quepa la tramitación urgente en los contratos no sujetos a regulación armonizada.

Artículo 155

Se propone:

En el apartado 1), incluir la competencia de la Mesa de contratación para excluir las ofertas.

En el apartado 4) se habla de únicamente de la apertura de la oferta económica, cuando en el apartado 2) se distingue entre proposición cuya ponderación depende de juicio de valor y cuantificada mediante la mera aplicación de fórmulas. Deben utilizarse los mismos términos, para que no quede duda que ambos sobres deben ser abiertos en acto público.

Artículo 156

A juicio de esta Junta, el plazo fijado en el apartado 3), 15 días hábiles, es excesivo para la justificación de las bajas. Se propone fijar el general de la Ley 30/1992 (artículo 84) de 10 días hábiles.

Artículo 157

Se propone:

En el apartado 3), añadir que el plazo de presentación de ofertas no debería superar los veinte días, y establecer con claridad que no cabe declarar urgente el expediente en los procedimientos simplificados.

En el apartado 4), establecer con claridad si cabe la presentación de ofertas a través de oficina de correos o no, y sustituir la expresión «*conllevará*» por «*requerirá*». No se comprende que se simultanee en este procedimiento la existencia de Mesa de contratación con unidades técnicas. Se sugiere que la constitución de la Mesa sea potestativa. Por otra parte, deben definirse las «*unidades técnicas correspondientes del órgano de contratación*», y concretar sus funciones, ya que en otros artículos se refiere el Anteproyecto a «*servicios técnicos del órgano de contratación*» (por ejemplo, artículo 167.5), sin que se aclare si son términos equivalentes. Debe también concretarse el último párrafo del apartado, ya que no se determina qué extremos tienen que contenerse como modelo de oferta anexo al pliego.

En el apartado f), añadir un nuevo punto asignando a la Mesa de contratación, de mantenerla, la función de excluir las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego. En el supuesto de inexistencia de Mesa de contratación, esta función correspondería al órgano de contratación. Por último, en el plazo para la justificación de la oferta anormal, señalar que los días serán hábiles. Se sugiere, además, reducir este plazo a cinco días hábiles, para que la fijación de este plazo sea coherente con la establecida en el procedimiento abierto (artículo 156.3 del Anteproyecto). A juicio de esta Junta, se trata de una tramitación simplificada del procedimiento abierto más que de un nuevo

procedimiento ordinario de contratación. Es decir, el procedimiento abierto podría tener una de las siguientes tramitaciones: ordinaria, urgente, y simplificada (además de anticipada, en su caso).

Artículo 159

Se propone:

En los apartados 1) y 3), añadir la expresión «*general*» al plazo de presentación.

Artículo 162

En el apartado 1), suprimir la expresión «*entre otros*», ya que los tres supuestos previstos son los únicos que el legislador nacional ha decidido incorporar.

Artículo 164

Se propone:

En el apartado 1), suprimir la referencia a que «*la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación tras negociar las condiciones del contrato*», por «*la adjudicación recaerá en la oferta económicamente más ventajosa, tras negociar las condiciones del contrato*», en coherencia con la Directiva 2014/24/UE y con el artículo 166.5 del Anteproyecto.

En el apartado 2) es obligatorio que figuren en el pliego los criterios de adjudicación (artículo 29.1 Directiva 2014/24/UE), y que éstos no se confundan con los aspectos a negociar.

Artículo 165

Posibilita el precepto, en su letra e) considerar oferta irregular o inaceptable «*las que muestren indicios de colusión o corrupción, equiparándolas a aquellas*

que no se ajusten a lo previsto en los pliegos». Este supuesto resulta de imposible apreciación objetiva, por lo que se propone su supresión.

Artículo 166

En la letra d) debe añadirse la previsión de la Directiva 2014/24/UE para este supuesto, en el sentido de que únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un periodo de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.

Artículo 167

Se propone:

En el apartado 4), regular con mayor claridad el procedimiento de negociación, definiendo: la «*oferta inicial*», que es la base de las negociaciones ulteriores, y estableciendo si se debe valorar ésta o no (Artículo 29.2 Directiva 2014/24/UE); «*ofertas ulteriores, nuevas o revisadas*», que son las que se van presentando con posterioridad y se negocian con los licitadores (artículo 29.3 Directiva 2014/24/UE); y «*oferta final o definitiva*» (artículo 29.3 Directiva 2014/24/UE), que no es objeto de negociación, y es la que se valora con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos desde el inicio del proceso.

En el apartado 8) sustituir la expresión «*ofertas nuevas o revisadas*» por «***oferta final o definitiva***», ya que los otros términos inducen a error. En el mismo párrafo, sustituir «*...y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego*» por «***y que cumplen todas las condiciones establecidas en el pliego***», ya que son solo los requisitos mínimos los exigibles, no todos, pero sí todas las condiciones que se hayan establecido.

Debería definirse la comisión negociadora, que sería designada por el órgano de contratación, y su composición. A estos efectos, se sugiere que podría estar integrada por al menos dos personas con conocimientos técnicos y profesionales suficientes y adecuados para establecer una negociación con los operadores económicos.

Las invitaciones —tanto la inicial, como las sucesivas y la de presentar oferta final— deben hacerse por escrito y a todos los operadores a la vez (simultaneas). En la primera de ellas se debería fijar el ámbito temporal de la negociación.

Se propone la siguiente redacción alternativa al apartado 9):

*«9) Los órganos de contratación que así lo hubiesen advertido en el anuncio de licitación y en el pliego, podrán adjudicar el contrato sobre la base de las ofertas iniciales sin que medie negociación, **siempre que el ejercicio de esta facultad se justifique adecuadamente en el expediente en función del contenido de las ofertas recibidas**».*

Y ello porque la posibilidad de adjudicar el contrato sobre la base de las ofertas iniciales está prevista en el artículo 29.4 Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, la ausencia de negociación en el ámbito de los procedimientos negociados ha sido considerada una patología procedimental en nuestro ordenamiento (entre otros, Resolución del TACRC de 24 de febrero de 2011, Acuerdo de 14 de junio de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y Acuerdo 8/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Por ello, la adjudicación de un contrato sin que se lleve a cabo una auténtica fase previa de negociación debe limitarse.

En consecuencia, a juicio de esta Junta, sería oportuno que se clarificase que, del mismo modo que la elección de un procedimiento complejo como es el procedimiento de licitación con negociación ha de motivarse expresamente, también sea preciso razonar por qué se considera que, a la vista de las ofertas iniciales recibidas, debe prescindirse de la negociación.

Artículo 168

Se propone:

En el apartado 1) suprimir la referencia a la Mesa de contratación, ya que los que «*hacen uso*» (mejor, «*acordarán la adjudicación mediante*») del procedimiento negociado son los órganos de contratación, y no las Mesas de contratación.

Si se opta por crear la Comisión negociadora, debe adaptarse el apartado 2 del precepto, ya que sería ésta la que negociarí.

Artículo 170

Se sugiere incorporar en el apartado 3 el supuesto de utilización del diálogo competitivo previsto en el artículo 26.4. a. iii de la Directiva 2014/24/UE, además de los supuestos de las letras a) y d) del artículo 165.

Artículo 171

Se propone trasladar este artículo al final de la regulación del diálogo competitivo, ya que se «adelanta» a la regulación que aparece en los artículos posteriores.

Artículo 172

El apartado 2 debería iniciarse con: «***para la selección de los candidatos a participar en el procedimiento...***», ya que el procedimiento restringido solo se aplica al diálogo competitivo en esta primera fase.

En el apartado 3 incorporar que la invitación a los candidatos seleccionados se efectuará simultáneamente y por escrito o electrónicamente.

Artículo 173

Se propone sustituir «...*la mesa invitará a los participantes cuyas soluciones hayan sido ya adoptadas...*», por «***la mesa invitará a los participantes cuyas soluciones hayan sido aceptadas...***».

Artículo 190

La rúbrica del precepto, idéntica a la del actual 212 TRLCSP, sigue siendo «*Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso*», pero en el apartado 1 del artículo —cuyo contenido fue incorporado en la reforma de 2007— se incluyen dos supuestos (incumplimientos de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato) que, a juicio de esta Junta, no encajan adecuadamente en esa rúbrica, por lo que debería dotarse a ésta de una redacción comprensiva de todos los supuestos.

Por otra parte, la distinción entre el «*cumplimiento defectuoso de la prestación*» contemplado en el apartado 1 y el «*incumplimiento parcial de la prestación*», regulado en el apartado 2, ha ocasionado no pocos problemas de interpretación en la práctica. Se sugiere un tratamiento más homogéneo de ambas posibilidades, tanto en su incorporación a los pliegos, como en las consecuencias.

Artículo 205

El precepto recoge en su apartado 3 un régimen de publicidad de los modificados que, sin perjuicio de ser más ambicioso que el contemplado en el artículo 72.1 de la Directiva 2014/24/UE, continua siendo insuficiente, a juicio de esta Junta, para conseguir un auténtico control del uso de esta prerrogativa.

Por ello se sugiere una redacción alternativa al apartado 3, en términos similares a los del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medias en materia de Contratos del Sector Público de Aragón:

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

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

Artículo 212

Se propone la siguiente redacción alternativa al apartado 2. b) del precepto:

*«No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso, aunque se haya abierto la fase de liquidación, **o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal**».*

Se trata de flexibilizar la posibilidad de ceder un contrato, en beneficio principalmente del interés público, pero también de una situación complicada por la que puede atravesar un contratista.

Artículo 213

Se propone la siguiente redacción alternativa al apartado 1

*«1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el primero. **En fase de acreditación de la solvencia, sólo podrá limitarse el recurso a la subcontratación en los supuestos establecidos en el art. 75.4 de esta Ley**».*

El precepto guarda un importante grado de paralelismo con el artículo 227.2 e) TRLCSP, cuya aplicación ha sido controvertida. El precepto vigente dispone que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas

administrativas particulares. De ahí que se haya mantenido por los Tribunales administrativos de contratos que sólo es posible recurrir a la subcontratación como forma de integrar la solvencia a través de medios externos cuando el pliego no la prohíba.

No obstante, dicha doctrina puede resultar contraria a la establecida por la STJUE de 18 de marzo de 2004, C-314/01, Siemens y ARGE Telecom, según la cual el Derecho de la Unión Europea impide establecer una prohibición general de subcontratación en fase de acreditación de la solvencia.

Por todo ello, conviene aclarar que las limitaciones establecidas en el nuevo artículo 213 sólo rigen cuando se trata de subcontratar la prestación en fase de ejecución del contrato. En fase de acreditación de la solvencia, sólo podrán aplicarse los límites que establece el artículo 75.4 del Anteproyecto.

Artículo 216

Por la ubicación sistemática del Capítulo, los sistemas para la racionalización técnica de la contratación solo son aplicables a las Administraciones Públicas, y no al resto de entes del sector público. A juicio de esta Junta, las técnicas deberían extenderse a los restantes entes del sector público.

El apartado 2 del precepto no recoge la regulación de los catálogos electrónicos, siendo que también contribuyen a racionalizar las compras públicas (considerando 68 de la Directiva 2014/24/UE).

Artículo 217

Se propone añadir en el primer párrafo «**con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un periodo determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas**», tal y como dispone la Directiva 2014/24/UE (artículo 33). El resto del párrafo agregarlo a continuación, tras un punto y seguido.

Artículo 218

El precepto remite para la celebración de un acuerdo marco a las normas de procedimiento establecidas para los contratos de las Administraciones Públicas en el Capítulo I del Título I del Libro 2º. Dentro de él, debería referirse únicamente a las Secciones 1ª y 2ª, ya que la Sección 3ª se refiere a la ejecución de los contratos, no a su celebración.

Artículo 219

El apartado 6, letra c), debe permitir la presentación electrónica de ofertas en los contratos basados en un acuerdo marco. Son muchos los poderes adjudicadores que han iniciado el camino hacia la contratación pública electrónica, precisamente para la gestión de los contratos derivados y catálogos electrónicos de compras. De hecho, el apartado a) ya no exige que las invitaciones se cursen por escrito, sino por el medio que se establezca en el pliego del acuerdo marco.

La letra c) del apartado 6 obliga a las empresas invitadas a presentar oferta válida, pero no prevé consecuencias jurídicas para el incumplimiento, remitiéndose en este punto a lo que disponga el acuerdo marco. Debería establecerse alguna consecuencia de general aplicación.

En la letra e) del apartado 6 se propone añadir «**valorada según los criterios de adjudicación para los contratos basados que se hubieren fijado en el acuerdo marco**».

Artículo 220

Se sugiere suprimir el primer párrafo, ya que es suficiente con el régimen general de modificación de los contratos. Se debería detallar cómo se calcula el umbral (%) de modificación de los precios unitarios del acuerdo marco (sea el 20% o el 10% general), en el sentido de aclarar si debe computarse sobre el valor estimado total, o sobre cada uno de los precios unitarios fijados.

Artículo 222

En la letra b) del apartado 5 se propone la siguiente redacción alternativa «Indicar en los pliegos, al menos, la naturaleza y cantidad estimada de compras previstas, **los criterios de selección que se aplicarán a las solicitudes de participación, los criterios de adjudicación de los contratos específicos que se deriven del sistema dinámico de adquisición**; así como la información necesaria relativa al sistema dinámico de adquisición, en particular el modo de funcionamiento del mismo, el equipo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión».

En coherencia con lo previsto en el artículo 34.8.d) de la Directiva 2014/24/UE se propone sustituir «anuncio de licitación» por «**anuncio de adjudicación**».

Artículo 225

Con carácter general, no está bien resuelta la regulación de las centrales de contratación. Ni se explica con claridad el ámbito subjetivo de los entes del sector público que se pueden adherir (apartado 4); ni se regula la distribución de responsabilidades entre la central de compras y los poderes adjudicadores interesados (considerando 69 de la Directiva 2014/24/UE). Tampoco se expresa la obligación del artículo 37.3 de la Directiva 2014/24/UE de que todos los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras se llevarán a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos.

VII. Consideraciones al Libro II, Título II.

Artículo 244 (y, en el mismo sentido, los artículos 305.2 y 311.3)

Se propone una redacción alternativa al apartado 3:

«En el supuesto de desistimiento antes de la iniciación de las obras o de suspensión de la iniciación de las mismas por parte de la Administración por plazo superior a cuatro meses, el contratista tendrá derecho a ser

indemnizado por los gastos en que haya incurrido y los perjuicios que se le hayan ocasionado».

En los supuestos de resolución por desistimiento antes de que se inicie la ejecución del contrato, o de suspensión de la iniciación del mismo por parte de la Administración por plazo superior a cuatro meses, resulta desproporcionado que el adjudicatario perciba automáticamente el 3 por cien del precio de adjudicación, IVA excluido. Por ello se propone que en estos supuestos se indemnice al contratista únicamente por los gastos en que haya incurrido y los perjuicios que se le hayan ocasionado.

Artículos 265.4 y 287.1

Se propone una unificación de la terminología en materia de transferencia de riesgos.

El legislador europeo establece que hay transferencia del riesgo operacional cuando corre de cuenta del concesionario: a) el riesgo de demanda; b) el riesgo de suministro (al que también denomina «*riesgo de oferta*»); o, c) ambos (segunda parte del artículo 5.1 Directiva 2014/23/UE). Esta disposición se ha incorporado adecuadamente en el Anteproyecto de Ley en sus artículos 14 (contrato de concesión de obras) y 15 (contrato de concesión de servicios).

Sin embargo, en el artículo 265.4 del Anteproyecto, al regular la retribución del concesionario de obras utiliza una terminología diversa: no habla de riesgo de suministro pero sí se incluye una referencia a la «disponibilidad». Cabe recordar que el riesgo de disponibilidad es una categoría empleada por Eurostat (Decisión de 11 de febrero de 2004), que en la actualidad se recoge en el Reglamento 549/2013, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (apartado 20.283, letra b).

Por su parte, en el artículo 287.1 del Anteproyecto (retribución del concesionario de servicios) se refiere únicamente a la utilización del servicio,

sin referencia alguna a estándares asociables a la disponibilidad. Ello puede ser interpretado como una diferenciación entre el contrato de concesión de obras y el contrato de concesión de servicios.

A juicio de esta Junta es imprescindible unificar la terminología en la identificación de los riesgos. Se trata de un aspecto medular (si no hay transferencia del riesgo operacional no hay contrato de concesión) y la clarificación del concepto es una de las razones fundamentales que han impulsado la nueva regulación europea sobre contratos de concesión (Directiva 2014/23/UE). En todo caso, no parece justificable introducir diferenciaciones entre el contrato de concesión de obras y el de concesión de servicios en este punto.

Artículo 287

Se propone la siguiente redacción alternativa del apartado 1:

«1. La retribución por la explotación del servicio podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En caso de que la retribución se efectuase mediante pagos por disponibilidad, deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la inclusión de índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad independientes de las posibles penalidades en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio».

En el ámbito del contrato de concesión de obras, el artículo 265 establece que la retribución del concesionario puede vincularse a: a) uso de la obra; b) grado de disponibilidad; c) ambos aspectos. No resulta coherente que al regular la misma materia (retribución del concesionario) en el ámbito del contrato de concesión de servicios, no se introduzca la misma disposición. En efecto, tanto el vigente texto legal, como el Anteproyecto (respectivamente, artículo 281

TRLCSP y 287.1 del Anteproyecto) establecen que entre las contraprestaciones económicas a las que tiene derecho el concesionario se «*incluirá para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización, que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración*». Si no se aclara explícitamente que también es posible que la retribución del concesionario (de servicios) vaya ligada al riesgo de disponibilidad —como si se hace, en cambio, para el concesionario de obras— puede fácilmente concluirse que no es posible la retribución basada en el citado criterio. Cabe añadir que la redacción actual del artículo 287.1 podría no ser acorde con el contenido de la Directiva 2014/23/UE (artículo 5.1), porque la Directiva no establece ninguna distinción al respecto.

Se propone reiterar la disposición prevista en el artículo 265.4 del Anteproyecto, introduciéndola (con leves adaptaciones) en el artículo 287.1.

Artículo 309

Se propone una redacción alternativa al apartado 1:

*«El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado. En otro caso, esta función le corresponderá a los servicios **designados** por el órgano de contratación».*

Resulta conveniente que la facultad de dictar instrucciones en interpretación del contrato se atribuya formalmente por el órgano de contratación, para mayor seguridad.

VIII. Consideraciones al Libro III.

Artículo 317

La modificación del apartado 3 del artículo 26 del Anteproyecto exige modificar el artículo 317, que quedaría redactado como sigue:

«1. *En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:*

a) Los contratos de valor estimado inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

*b) En los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 50.000 euros e inferior a 5.186.000 euros y en los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 18.000 euros e inferior a 207.000 euros, **se regirán por las disposiciones de la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de esta Ley, pudiendo adjudicarse, además de por el procedimiento abierto simplificado, por cualquiera de los procedimientos de adjudicación previstos en dicha Sección, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 166.***

2. En los contratos no sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores a los que se refiere este Título regirán los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación, y resolución de los contratos.

La mejora en la redacción de la letra b) del que ahora sería el apartado 1 del artículo 317 que se propone, pretende dejar claro el sometimiento de la adjudicación de los contratos a todas las normas de la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, pues conforme a la redacción original, por un lado, pudiera interpretarse que el poder adjudicador puede utilizar uno de los procedimientos allí contemplados, pero también cualquier otro que estime oportuno. Y, por otro lado, podría dudarse de la aplicabilidad de las normas contenidas en la referida Sección 2ª relativas a los principios, a la publicidad, a los criterios, etc.

IX. Consideraciones al Libro IV.

Artículo 326

Contiene una regulación más propia de una norma reglamentaria. Y el alcance de la previsión acerca de que la Junta podrá exponer directamente a los órganos de contratación o formular con carácter general las recomendaciones pertinentes, si de los estudios sobre contratación administrativa o de un contrato particular se dedujeran conclusiones de interés para la Administración. no se compadece con su carácter de órgano de asistencia.

X. Consideraciones a las Disposiciones Adicionales. Transitorias y Finales.

Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera

Sus normas deben integrarse en el texto del Anteproyecto, las entidades locales también son Administraciones públicas. Y deben estar en el texto de la ley.

En todo caso:

- a) No es adecuada la referencia a los recursos ordinarios del presupuesto. No existe en la ley una definición de qué son esos recursos.
- b) No es adecuado determinar la competencia para contratar en función del plazo de duración o ejecución del contrato, cuando el plazo lo puede establecer el propio órgano de contratación.
- c) No es adecuado trasladar las obligaciones de transparencia a los Secretarios.

Disposición Adicional trigésimo cuarta

El criterio de que el supuesto se trata de una modificación contractual no se comparte por esta Junta, ya que no se altera ningún elemento subjetivo, ni objetivo, de la contratación. Es esencial a estos contratos que el número de

unidades sea estimado y lo que permanezca inalterable sean los precios unitarios. Se trata de una incidencia en la ejecución del contrato de carácter presupuestario, que exigiría únicamente tramitar una ampliación del crédito inicialmente previsto antes de su agotamiento.

Disposición Transitoria Tercera

Prevé un plazo de seis meses para cumplir con la exigencia de estar inscrito en el Registro Oficial de Licitadores, en el procedimiento simplificado del artículo 157. Sin embargo, esta previsión es más bien propia de una disposición final sobre la entrada en vigor de la regulación. El contenido de la disposición transitoria debe ser la regla sobre el régimen que se aplica durante ese tiempo para la observancia de los requisitos del procedimiento simplificado.

XI. Otras consideraciones.

En el Anteproyecto, se echa a faltar una regulación específica sobre el plazo de resolución de los contratos administrativos, ya que al no establecerse en la Ley de Contratos del Sector Público un plazo específico, los órganos de contratación deben de aplicar el plazo general que regula el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su redacción dada por la Ley 14/1999. Esto es, tres meses desde la fecha del acuerdo de inicio del expediente de resolución. Ello lleva a que en los procedimientos de resolución contractual en los que medie oposición por parte del contratista, resulte prácticamente imposible cumplir este plazo, ya que la tramitación requiere de la emisión de informes preceptivos por parte de los servicios jurídicos, intervención y del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las CCAA (artículo 211 TRLCSP y 189 del Anteproyecto), lo que en la práctica ocasiona que se demore la notificación de la resolución contractual por encima de estos tres meses, provocando la caducidad del expediente, con los perjuicios que ello acarrea para la Administración.

Por este motivo, se sugiere la posibilidad de que se fije un plazo máximo de un año, contado desde el momento en que se notifique el acuerdo de iniciación del procedimiento, para que se deban notificar los expedientes de resolución contractual. Se sugiere la siguiente redacción:

«El plazo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas será de un año contado desde la fecha en la que el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, acuerde la incoación del procedimiento de resolución».

La Directiva 2014/24/UE regula, en el apartado tercero del artículo 56 «Principios generales», la posibilidad de que disponen los poderes adjudicadores de solicitar a los operadores económicos que hayan presentado una oferta a un procedimiento de contratación, aclaraciones o completar la documentación aportada cuando ésta sea, o parezca, incompleta o errónea, o falten algunos documentos, siempre que esta solicitud se haga de conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia, salvo que la normativa nacional que trasponga esta Directiva disponga otra cosa. Esta posibilidad no se ha recogido en el Anteproyecto y, a juicio de esta Junta, resulta muy adecuada con el fin de evitar exclusiones o adjudicaciones indebidas.

Esta posibilidad se contempla en la actualidad en la normativa de contratos de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el artículo 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medias en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, con resultados muy positivos en la práctica, motivo por el cual se sugiere incorporar al articulado del Anteproyecto un precepto, en estos términos:

«1. Únicamente podrá requerirse información a los candidatos o los licitadores tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta, o si hubiese que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma, y siempre que se respeten los principios de igualdad de trato y transparencia.

2. En estos supuestos, la Mesa, o el órgano de contratación, podrán tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que la aclaración pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta. En todo caso, deberá dejarse constancia documental de estas actuaciones».

Informe 8/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 20 de mayo de 2015.