

## **Recomendación 2/2018, de 4 de mayo, del Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

### **Asunto: Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón.**

#### **I. ANTECEDENTES**

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y constituye la legislación básica en materia de contratación pública. Una vez aprobada, las comunidades Autónomas con competencias en dicha materia pueden proceder al desarrollo normativo de las prescripciones de la normativa estatal.

La Comunidad Autónoma de Aragón tiene reconocidas competencias en el artículo 75.11.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía de Aragón para el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado, al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución Española, en materia de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma y de las restantes Administraciones Públicas aragonesas, incluidas las entidades locales.

Junto a lo anterior, el Director General de Contratación, Patrimonio y Organización del Gobierno de Aragón, tras la toma de conocimiento del Gobierno de Aragón por Acuerdo de fecha 6 de marzo de 2018 del Anteproyecto de Ley de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, que prevé el sometimiento del texto a informe del Foro de Contratos Públicos de la CA de Aragón, ha solicitado a este órgano que se pronuncie sobre los aspectos del Anteproyecto que se considere oportunos, para su remisión a tal Dirección General.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 4.a) de la Orden HAP/114/2017, de 8 de febrero, por la que se crea el “Foro de contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón”, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, corresponde al Foro *«plantear al Gobierno de Aragón, o a cualquiera de sus miembros y órganos de contratación, la adopción de medidas normativas o administrativas, o buenas prácticas, relativas a la contratación pública»*.

Es función de este Foro, como recuerda la norma creadora del mismo, el análisis y propuesta de adopción de medidas normativas o administrativas, o buenas prácticas, relativas a la contratación pública, además de la recomendación de cualesquiera otras que permitan hacer un uso estratégico de la contratación pública, y en particular, aquellas que sirvan para el desarrollo de políticas sociales, medioambientales o de fomento de la innovación empresarial o apoyo a las pequeñas y medianas empresas y trabajadores autónomos. Además de dichas funciones, el Foro tratará de promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la transparencia, la competencia entre operadores económicos y la integridad en la adjudicación de los contratos públicos.

En ese ámbito funcional se deberá, pues, informar sobre el Anteproyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública en Aragón.( Acuerdo del Gobierno de Aragón de fecha 6 de marzo de 2018)

El Pleno del Foro de contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el cuatro de mayo de 2018, y tras las alegaciones que las organizaciones y organismos presentes en el mismo han presentado, acuerda emitir la siguiente

### **RECOMENDACIÓN**

para su toma en consideración en la tramitación del Anteproyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública en Aragón.

## **I.- Anteproyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública en Aragón.**

**I.1-** Se recuerda en el Preámbulo de la norma el papel de la normativa de contratación pública como instrumento para lograr en el mercado interior un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.

Nada que objetar a la habilitación normativa alegada, así como las referencias a la Leyes 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón y la 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Pública, a la que habría que añadir otra normativa más reciente como el Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, que van conformando, junto con otras, un “corpus jurídico” de la contratación pública aragonesa de cierta entidad, por lo que – en cumplimiento de la obligación de transparencia e información que corresponde a la Administración – sería conveniente la publicitación de las mismas como tal, así como información concordada de la normativa a fin de facilitar el conocimiento y aplicación de las normas.

**I.2** En cuanto al **Capítulo I** (“*Disposiciones Generales*”), destacamos, por lo que a este Foro es de interés, los puntos 1 y 3 del artículo 3 (Principios rectores de la contratación). Así, se afirma que los contratos públicos deberán ser utilizados de forma estratégica para la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental, así como para promover la innovación empresarial. Además, en toda contratación se buscará la máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos y en el procedimiento, y se promoverá la participación de la pequeña y media empresa.

Tanto en este punto, como a lo largo del articulado de la norma, sería conveniente la mención tanto a pequeñas y medianas empresas – como ya se

hace - como a “autónomos”, que no aparecen expresamente referenciados, siendo este un colectivo expresamente nombrado en otra normativa contractual. Otro tanto con la conveniencia de expresa mención a los “trabajadores” y la protección de los mismos o sus intereses, que debería expresamente recogerse cuando se haga referencia a objetivos o fines sociales.

Por otro lado – punto 3 del citado artículo - las entidades contratantes proporcionarán asesoramiento, orientación y ayuda a los licitadores que lo precisen para la participación en los procedimientos de adjudicación que promuevan. Queda pendiente de desarrollo y concreción reglamentaria, pero destacamos la idea como acertada, especialmente para sectores no usuarios habituales de la contratación pública (Pymes, etc.) a los que la actual normativa pretende otorgar un mayor protagonismo. Tal asesoramiento debería hacerse extensivo, no sólo a la información normativa sino también comprender igualmente el auxilio material a la cumplimentación de los trámites formales de participación, registro y presentación de documentos o cumplimiento de los requisitos procedimentales a los que estuviera obligado el licitador, a fin de evitar errores o rechazos de ofertas por tal motivo.

**I.3 Del Capítulo II (“Contratación del sector público autonómico”)**, destacamos la Autorización de expedientes de contratación por el Gobierno de Aragón, prevista en el Artículo 6, como un plus de control sobre los expedientes de contratación de especial importancia, así como los que discrecionalmente se decida ejercer tal facultad. Tal autorización se extiende a las modificaciones que superen un 20% del importe de adjudicación, entendiéndose que sucederá así igualmente en los casos de ejercicio discrecional de tal facultad de revisión.

En relación a la composición y funcionamiento de las Mesas de contratación y los Comités de expertos (Artículo 7), destacamos lo que de desarrollo de la normativa de la LCSP supone en detalles como la obligación de un número necesariamente impar de miembros, la prohibición de pertenencia a las Mesas

de cargos electos, titulares de los órganos de contratación y personal eventual si existen criterios sujetos a juicio de valor; la obligación de publicación de los acuerdos de la mesa relativos a calificación, admisión y exclusión de ofertas, así como la regulación de la posibilidad de su constitución sin la presencia de los servicios jurídicos y la intervención en sesiones que no adopten decisiones cualificadas, o en procedimientos en los que los criterios sujetos a juicio de valor no excedan del 25% de la ponderación total. Asimismo, se configura la obligación de asistencia a las Mesas de los Poderes Adjudicadores no administración pública de un representante de la Intervención General, en contratos superiores a 2 millones de euros en obras y concesiones, y 500.000 en suministros y servicios.

Igualmente es favorable la opinión sobre la regulación de la figura del Responsable del contrato (artículo 8), si bien su designación – que se configura en el punto 3 como voluntaria en el caso de procedimientos negociados y abiertos simplificados – pensamos que debería ser preceptiva para todo tipo de contratos. Quedará, en todo caso, la aplicación práctica de este precepto pendiente de su coordinación con el contenido del artículo 62 de la LCSP, en ese tema y en la separación - en el caso de contratos de obras - de las figuras de responsable y la del director facultativo. Deberán, en todo caso, precisarse reglamentariamente, y con detalle, sus facultades y funciones.

**I.4 Del Capítulo III**, destacamos favorablemente la limitación de prohibición de contratar (artículo 10) a cargo electo que no perciba retribuciones de la entidad, con la única consecuencia de la obligación de abstención en la toma de decisión de adjudicación del contrato. Habida cuenta de la existencia en nuestra Comunidad de un gran número de entidades locales de escaso tamaño, estas verán con ello remediado en parte un problema frecuente de aplicación de un régimen de incompatibilidades, que resultaba desproporcionado para la práctica contractual pública en tales supuestos.

**I.5** Nada que objetar, en el **Capítulo IV**, al fomento de la transparencia y la concurrencia que se pregona en su título, con la esperanza de que tal esfuerzo informativo que se recoge en esos artículos se vea acompañado de la provisión de medios bastantes para la Administración y sin que suponga un incremento excesivo de obligaciones formales para los licitadores o adjudicatarios.

La reducción de obligaciones formales prevista para los contratos menores es comprensible, si bien la imposibilidad de consulta de, al menos, a tres empresas (artículo 15), debería justificarse adecuadamente.

Entendemos que el texto definitivo de la norma incorporará asimismo en este apartado las previsiones de la reciente norma aragonesa referente a los contratos menores, el Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, referente a la prohibición del artículo 118.3 de la LCSP.

**I.6** Del **Capítulo V** ("*Especialidades procedimentales*"), se valora favorablemente la justificación de necesidades de contratación mediante programas anuales o plurianuales, superando fórmulas de contratación centradas exclusivamente en expedientes concretos o a corto plazo.

Del artículo 18, destacamos positivamente, sus apartados d) y e), por lo que supone inclusión en las condiciones de ejecución las de carácter social o medioambiental, las que promuevan la innovación empresarial o la responsabilidad social corporativa de las empresas, incluso de los criterios de comercio justo en los contratos de suministro; así como el control de la ejecución de contrato implica la inclusión de un cuadro de sanciones.

La prohibición estricta del criterio de precio – cuando se presente como criterio único en los contratos de servicios a las personas – se pondera por otro lado (artículo 19) con el establecimiento de un sistema – esta vez facultativo - de

valoración de proposiciones que no tome en consideración el precio. En este último caso, y por obvias razones de seguridad jurídica, las fórmulas de valoración no automática deberán ser estrictamente excepcionales.

No obstante, consideramos que sería oportuno incorporar al Anteproyecto otros aspectos de carácter social contemplados en nuestra primera resolución, como la obligación de publicidad de costes laborales asociados (III.9), medidas de conciliación de vida laboral y personal y el impago de salarios o incumplimiento de condiciones laborales como causa de resolución del contrato administrativo.

Nada que objetar tampoco a la fórmula de resolución en supuesto de empate, (desarrollo del artículo 147 LCSP); así como entendemos favorable para al administrado la posibilidad de ampliación hasta el doble que realiza el artículo 22, del plazo establecido en el artículo 150.2 LCSP, para la presentación de la documentación por el licitador propuesto como adjudicatario, con carácter previo y motivadamente, al aprobar el expediente de contratación.

Sería igualmente conveniente que la autorización implícita a favor de la Administración prevista en el artículo 23 (Certificados acreditativos del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social) para recabar tales certificados, se hiciera extensible en general – como ya figura en otras normas - a cualquier otro dato de los candidatos o licitadores que figure o pueda figurar en cualquier otro registro público, como puedan ser los datos del Registro Mercantil, etc. No solo a los datos fiscales y/de la Seguridad Social. Y ello para evitar la cargas procedimentales reiterativas o innecesarias al interesado.

Cualquier medida que evite la pérdida de liquidez del adjudicatario, o el retraso en la percepción del precio del contrato será bienvenida, por lo que entendemos asimismo que debería mencionarse expresamente que la posibilidad de constitución de garantía, alternativa a la retención de precio,

(aval, seguro, caución, etc.), cubriese la totalidad del importe de la garantía definitiva, y no solo un porcentaje, como se prevé en el artículo 25.

**I.7** En relación al **Capítulo VI** (*“Uso estratégico de los contratos del sector público”*) hay que recordar que sido petición expresada en anterior Recomendación de este Foro, la aquí llamada Indemnidad salarial, por lo que se defiende sin ambages su inclusión en la presente norma.

Sin embargo, la recomendación anterior de este Foro y la legislación aconsejan que la indemnidad se extienda, no solo al salario, sino también al resto de condiciones laborales y garantice las mejoras o incrementos derivados de la negociación colectiva.

Al objeto de dotar de más seguridad jurídica, y menos capacidad de ser interpretado, al término 'indemnidad salarial', ésta podría referirse a la imposibilidad del contratista de, sobrevenidamente y alegando problemas de índole económico-financiero con respecto a la ejecución del contrato y durante la vigencia del mismo, instar procedimientos colectivos de modificación sustancial de la condiciones de trabajo de naturaleza salarial y de inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo.

En el punto 4 del artículo 30, sugerimos, aunque pueda desprenderse del contexto, que se incluya que la responsabilidad que asume el adjudicatario por hecho imputable a su subcontratista, lo sea sin perjuicio del derecho de repetición contra el mismo.

En cuanto a las Reservas sociales de contratos (artículo 33), nada que objetar a el desarrollo de la fórmula de cálculo del porcentaje de reserva que regula la DA 4ª de la LCSP de contratos o lotes de los mismos a favor de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción. En el anteproyecto (DT 2ª ) se establece un porcentaje del 7% en 2018 y 2019, que se incrementará progresivamente hasta un 10% en el plazo de cuatro años.

Se hacen necesarias, a nuestro entender, unas observaciones para cada uno de los artículos de la Sección Tercera de este Capítulo (“*Promoción de la participación de las Pequeñas y Medianas Empresas*”), así como a la propia denominación de tal Sección:

- Tras ese título de Sección, se habla en realidad de subcontratación, certificados para subcontratistas y proveedores y el pago directo a los mismos. Es decir, parece vincularse necesariamente la participación de pymes (y autónomos) a la única modalidad de la subcontratación, lo que no es de recibo. Procede por ello cambiar el título de la Sección, haciendo referencia a su contenido real: Subcontratación.
- En el artículo 34, debe preverse la opción legal de que el Certificado para el subcontratista o proveedor pueda ser subsidiariamente entregado por la propia Administración, cuando no existiera causa justificada para la no emisión del mismo por el contratista principal, al que se le determinará un plazo para su expedición o para que justifique su oposición al mismo. Asimismo, se habla al parecer de dos tipos (o dos contenidos) de certificados: el primer párrafo parece referirse a un Certificado de *participación*, mientras el segundo párrafo habla de certificado de *correcta ejecución*. Deberá aclararse la posible distinción, si estos tienen el mismo tratamiento o si el Certificado ampara ambos extremos.
- Por otro lado, la reiteradísima reivindicación del pago directo al subcontratista o proveedor, prevista en el artículo 35, podría quedar parcialmente vacía de contenido si se condiciona previamente y sin límites al consentimiento del contratista principal. El pago al subcontratista o proveedor, que ha sido identificado y determinada y cuantificada incluso su intervención en el contrato público, debería tener lugar, casi, con la misma preferencia que al contratista principal, al que únicamente se le debería permitir intervención en este tema – para oponerse al pago - en el caso de conflicto o disconformidad expresa y acreditada ante la Administración entre el contratista y el subcontratista o proveedor por su intervención o ejecución del contrato del que se trate.

Se echa de menos una referencia, en el texto propuesto, al supuesto de subrogación del personal operado por aplicación de los Pliegos de Condiciones.

Cabría igualmente plantearse en esta sección la conveniencia de una previsión legal, ya sea somera, a la posibilidad de cesión o transmisión de los derechos de crédito del contratista principal a favor del subcontratista o proveedor, como fórmula de pago reconocida y favorecida en los pliegos, al dar cumplida cuenta del principio de protección de sus derechos de crédito.

**I.8** Los **Capítulos VII y VIII**, incorporan en realidad y adaptadas a la contratación pública, las causas de exclusión, medidas de fomento de la transparencia y concurrencia, y las relativas a la integridad en la contratación, que ya figuran en la Ley aragonesa 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Pública, y las modificaciones de ésta en la Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Deberán tipificarse de forma más concreta los supuestos en que sea aplicable la penalidad accesoria de prohibición de contratar, con expresa remisión a los preceptos de la LCSP (artículos 71, 72 y 73), limitándose la aparente discrecionalidad de su aplicación en un proceso sancionador que parece desprenderse del tenor literal del artículo 39.1 del proyecto.

**I.9** Nada que indicar del **Capítulo IX**, salvo alabar la decisión de ampliar el ámbito competencial del Tribunal Administrativo del Contratos Públicos de Aragón (artículo 45.2), así como el uso del arbitraje (artículo 54) como fórmula alternativa de resolución de conflictos, constituyendo el sometimiento a fórmulas de arbitraje como un mérito o elemento a valorar a favor del licitador en los pliegos.

## **II.- Referencia a la Recomendación 1/2018 del Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

Se debe hacer una referencia, ya sea por lo cercano de la misma, a la Recomendación emitida por este Foro con fecha 16 de enero del año en curso, en la que se pedía al legislador aragonés la toma en consideración de unas recomendaciones que permitieran un uso estratégico y eficiente de la contratación pública, incidiéndose en materias como la planificación de la contratación, fomento de la participación de pymes y autónomos, condiciones de trabajo, reservas de contratos y vigilancia en la ejecución de los mismos, temas todos – con excepción de la mención expresa a la toma de consideración de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral – que han tenido su correspondiente desarrollo normativo en el Anteproyecto sometido a nuestra consideración.

## **Recomendación 2/2018, de 4 de mayo, del Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.**