

**INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIÓN, PATRIMONIO Y ORGANIZACIÓN, EN RELACIÓN CON EL INFORME DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, EVACUADO A PETICIÓN DE ESTA DIRECCIÓN GENERAL EN RELACIÓN CON EL ANTEPROYECTO DE LEY DE USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN**

Mediante escrito de 24 de Mayo de 2018 fue solicitado informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sobre el anteproyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública en Aragón de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

Dicho informe fue recibido en la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización el 22 de junio de 2018. En el mismo se realizan las consideraciones que se han estimado oportunas sobre las previsiones incluidas en el anteproyecto de ley sometido a su informe. En contestación a tales consideraciones, se emite el presente informe desde la referida Dirección General, para justificar su posición en mérito a continuar la tramitación del anteproyecto de Ley.

**I.- Sobre la influencia de la legislación básica estatal sobre las disposiciones del anteproyecto**

Tras hacer referencia a los antecedentes normativos del anteproyecto, señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (en adelante JCCA) que la legislación básica estatal condiciona la regulación propuesta. Hace un análisis de las competencias que legitiman a la Comunidad Autónoma de Aragón para aprobar la regulación proyectada, así como la incidencia que sobre la misma tiene el ejercicio por el legislador estatal de sus competencias derivadas del art. 149.1.18ª de la Constitución, y afirma lo siguiente:

*“(...) A juicio de esta Junta Consultiva, debe considerarse que con carácter general la*



competencia autonómica (artículo 75.11.ª y 12.ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril) *da cobertura suficiente a la regulación propuesta, si bien debe advertirse de que algunas de sus prescripciones se oponen, al menos formalmente, a preceptos que han sido declarados básicos por el legislador estatal. Por tanto, de mantenerse la actual redacción, es probable que se suscite un proceso en el que corresponderá al Tribunal Constitucional declarar si la Comunidad Autónoma se ha podido exceder en el ejercicio de su competencia o si, por el contrario, la declaración formal de preceptos «básicos» que se incluye, en buena parte en forma negativa, en la disposición final primera LCSP se ajusta o no desde el punto de vista material o sustantivo a los parámetros establecidos por la jurisprudencia para deslindar el alcance de lo básico en este ámbito*”.

A este respecto, ha de señalarse que desde esta Dirección General se considera que las disposiciones del Anteproyecto obedecen al ejercicio de las competencias que la Comunidad Autónoma de Aragón tiene reconocidas en el Estatuto de Autonomía en materia de contratación pública según han sido interpretadas las competencias en dicha materia por el Tribunal Constitucional. La relación entre la norma aragonesa y la legislación estatal se expresa muy gráficamente en la Exposición de Motivos del anteproyecto cuando se afirma que “la legislación básica estatal constituye el suelo sobre el que edificar el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de contratación pública”.

## **II.- Sobre el contenido y la denominación del anteproyecto.**

En el informe de la Junta se indica que la denominación del anteproyecto no sea quizás la más idónea puesto que “(...) el uso estratégico de la contratación pública puede ser su elemento más característico o el que se haya decidido políticamente destacar, pero estamos ante un texto legal cuyo contenido responde más al ejercicio por la Comunidad Autónoma de sus competencias legislativas en materia de contratación pública, genéricamente considerada, que a los aspectos propiamente estratégicos de la contratación”.

En vista de que dicha alegación ha sido manifestada no solo por parte del informe de la JCCA sino también por la Dirección General de Servicios Jurídicos y otros participantes en el proceso de participación pública, se procederá a la adaptación del título del anteproyecto que pasará a ser «proyecto de ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón.»

## **III.- Sobre la parte dispositiva del anteproyecto.**

### **1.- Restricciones a la publicidad del artículo 3:**



1.1.- Propone la JJCA, como mejora técnica y desde un punto de vista formal, que el artículo 3.3 constituya un artículo independiente, pues “es evidente que en el artículo 3.3 del Anteproyecto de Ley no se contiene ningún principio rector de la contratación”.

Procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe , incorporando el contenido del artículo 3.3 como precepto independiente en el Capítulo IV.

1.2.- A tenor de lo que señala el informe de la JCCA, «En el art. 3.3, genéricamente dedicado a los principios rectores de la contratación, se hace una amplia habilitación a los órganos de contratación para restringir la publicación de información, parafraseando el art. 154.7 LCSP (...). Desde un punto de vista sustantivo, algunos de los supuestos de hecho habilitantes para la toma de la decisión de restringir la publicidad son excesivamente genéricos («obstaculizar la aplicación de una norma» o «resultar contraria al interés público»). Ciertamente, el art. 154.7 LCSP tiene carácter básico de acuerdo con la disposición final primera, 3, párrafo segundo, de ese texto legal, pero podría haber sido lógico que el legislador aragonés hubiese usado de sus competencias de desarrollo para matizar la aplicación de un precepto que en la práctica puede contribuir en algunos casos a desvirtuar los principios de publicidad y transparencia.

En relación con esta apreciación, el precepto recogido en el anteproyecto se inspira acertadamente, como indica la Junta, en el art. 154.7 LCSP, sin que deba entenderse que esas facultades que se reconocen al órgano de contratación para restringir la publicidad de determinada información son absolutas, sino que en todo caso, su ejercicio deberá ser motivado y proporcionado, atendiendo a la protección de otros intereses que pueden existir («perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas» dice el precepto) y que se entienda que deben primar sobre el principio de publicidad, de aplicación general.

1.3.- Continúa el informe señalando que “en el Anteproyecto se establece un requisito formal para la restricción de la publicidad, en forma de informe preceptivo (...) Este pasaje es reproducción del tenor literal del precepto básico (154.7), con la correspondiente sustitución o traslación orgánica (...) Es claro que en el texto del precepto básico se incurre en un claro error material: no tiene ninguna lógica que, ya adoptada la decisión («previa la decisión de no publicar») se solicite un informe, menos si no se prevé la posibilidad de rectificación a la vista de dicho informe (...) Parece claro que sería más adecuado al sentido del precepto básico y más racional, que el legislador aragonés estableciese que ese informe debe tener carácter previo”.

Con el fin de clarificar la redacción del precepto, se procede modificar el inciso “previa la decisión de no publicar” sustituyéndolo por “antes de adoptar la decisión de no publicar (...)”, adaptando así el texto en el sentido indicado por el informe.



## **2.- Autorización de expedientes de contratación por el Gobierno de Aragón (art.6)**

2.1.- También se indica en el informe de la JCCA que “La redacción literal del art. 6.3 del Anteproyecto puede suscitar la duda de si se trata de una norma meramente organizativa o de carácter sustantivo. En este sentido, debe recordarse que las posibilidades de modificación de los contratos están limitadas por los art. 204 y 205 LCSP y que en ningún caso puede entenderse que el Gobierno de Aragón tenga la posibilidad legal de autorizar modificaciones contractuales desconociendo tales limitaciones. En este sentido, sería clarificadora la introducción de una referencia en este sentido.”

La redacción del art. 6.3 del anteproyecto trae causa de lo que ya dispone la disposición adicional tercera de la Ley 3/2011. No hay ninguna duda sobre el carácter organizativo de esta disposición, que introduce el requisito formal de someter a aprobación del Gobierno la modificación de los contratos que el mismo hubiese aprobado inicialmente. El planteamiento de la modificación, para su autorización por el Gobierno procederá, obviamente, cuando concurren los supuestos materiales de modificación del contrato previstos legalmente o en el propio pliego, sin que se estime necesario reiterar aquí que la autorización del Gobierno se emitirá “de conformidad con los artículos. 204 y 205 LCSP”.

2.2.- En relación con las previsiones contenidas en el art. 6.5 del Anteproyecto de Ley, señala el informe de la Junta que se trata de una norma de gestión interna del expediente con el que se busca dar agilidad a la toma de decisiones, pero que puede presentar el inconveniente de que el Consejo de Gobierno deba tomar la decisión correspondiente sin tener a la vista todos los informes necesarios. Afirma: *“Si bien sí debe producirse un trámite simultáneo internamente entre las actuaciones de Presupuestos y de Intervención, las decisiones que deban ser autorizadas por Consejo de Gobierno deben someterse a su decisión acompañados de todos los informes necesarios, en consecuencia previamente emitidos, con el fin de evitar el riesgo de adoptar decisiones condicionadas o incluso contradictorias”*.

Para aclarar el sentido de la disposición se procede a darle una nueva redacción, del siguiente tenor: «La autorización de expedientes de contratación y la aprobación de los de gestión presupuestaria que pudieran resultar precisos para completar el de contratación, cuando sean competencia del Gobierno de Aragón, y en todo caso, el de aprobación del crédito plurianual si lo hubiere, serán objeto de tramitación simultánea».

## **3.- Mesas de contratación (art. 7 y disposición adicional segunda)**

3.1.- En el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se propone la siguiente redacción para el artículo 7:



«1. Las Mesas de Contratación y Comités de expertos son órganos de asistencia a los órganos de contratación a los que corresponden las funciones previstas en la normativa reguladora de la contratación del sector público

2. El número de sus miembros será impar, garantizándose su cualificación técnica. Su composición se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación con carácter previo a su constitución.

Como mínimo será objeto de publicación el cargo de los miembros, no pudiendo consistir en meras alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios.

3. El Presidente, que tendrá voto de calidad en caso de empate, el Secretario y los vocales serán nombrados por el órgano de contratación.

Con carácter general, dos de los vocales de las mesas de contratación de las Administraciones Públicas serán un representante de la Dirección General de Servicios Jurídicos y un representante de la Intervención General, designados por los respectivos órganos directivos. Su participación no será necesaria en el procedimiento abierto simplificado si no han de aplicarse criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor cuya ponderación supere el 25% del total.

4. Los cargos electos o de designación política, los titulares de los órganos de contratación y el personal eventual no podrán formar parte de las Mesas de contratación ni de los Comités de expertos que hayan de aplicar criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor.

5. La participación en la elaboración de la documentación técnica del contrato no impedirá por sí misma formar parte de la Mesa de contratación.

6. La asistencia a las sesiones de la Mesa de contratación podrá ser presencial o a distancia.

7. Para la válida celebración de las sesiones de la Mesa de contratación en que se apliquen criterios que precisen de un juicio de valor, se analicen ofertas anormalmente bajas, se haga la propuesta de adjudicación, o se examine la documentación presentada por el propuesto como adjudicatario, además de Presidente y Secretario, será precisa la asistencia de los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General, cuando formen parte de la misma con carácter obligatorio.

En el resto de las sesiones bastará con la asistencia de la mitad de sus miembros, entre quienes deberán contarse Presidente y Secretario. Estas sesiones podrán ser suspendidas cuando los miembros presentes apreciaran por mayoría la conveniencia de la participación de los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General en la adopción de una determinada decisión.



8. En las mesas de los poderes adjudicadores no Administración Pública, deberá figurar obligatoriamente un representante de la Intervención General, en aquellos contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras o concesiones, o a 500.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios.

9. Se publicarán en el perfil del contratante del órgano de contratación las actas de las sesiones de las Mesas de contratación relativas a la calificación, admisión o exclusión de las ofertas, u otras relativas al procedimiento de contratación, excluyendo la información no susceptible de publicación de conformidad con la legislación vigente.

Dicha publicación se hará sin perjuicio de la necesaria comunicación o notificación, según proceda, a los licitadores afectados.

10. Las decisiones de las Mesas de contratación serán recurribles ante el órgano de contratación al que asistan, salvo cuando proceda un recurso o reclamación especial en materia de contratación».

Procede adaptar el texto del anteproyecto a la sugerencia formulada.

3.2.- En la disposición adicional segunda se ha previsto que la composición de las mesas de contratación de la Universidad de Zaragoza sea determinada por sus propias normas internas de organización. En relación con ello, afirma el informe de la JCCA que “en los términos en que está formulada la disposición adicional segunda del Anteproyecto, su única funcionalidad es desplazar el art. 326 LCSP, operando una deslegalización de la materia y dando una libertad omnímoda a la Universidad de Zaragoza en la configuración de las mesas de contratación mediante disposiciones reglamentarias de ínfimo rango normativo, un aspecto de su funcionamiento que nada tiene que ver con el núcleo de la autonomía universitaria. La introducción de alguna exigencia de cualificación de los miembros de las mesas de contratación parece un elemento mínimo imprescindible una vez que se ha decidido contemplar específicamente esta cuestión”.

Procede adaptar el texto del anteproyecto en el sentido indicado por el informe, de modo que la disposición adicional segunda pasa a tener la siguiente redacción: «Disposición adicional segunda Composición de las Mesas de contratación y los Comités de expertos en Universidades Públicas integradas en el Sistema Universitario de Aragón.

Las normas internas de organización de la Universidad de Zaragoza regularán la composición de las mesas de contratación y los comités de expertos que hayan de constituirse para la adjudicación de sus contratos, garantizándose en todo caso la debida cualificación técnica de los miembros de dichos órganos. En todo caso formarán parte de las mismas una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario.»



#### **4.- Responsable del contrato (art. 8)**

4.1.- Según el anteproyecto, la regulación de esta figura contenida en el artículo 8 admitía que, en los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato pudieran atribuirse bien al director facultativo de las mismas o bien a otra persona como responsable, si así lo aconsejan razones organizativas o lo requiere una mejor gestión. Señala el informe de la JCCA que *“esta previsión choca con la regla establecida, con carácter básico, en art. 62.2 LCSP, en el que se determina de forma imperativa para los contratos de obras que las facultades del responsable del contrato «serán ejercidas por el Director Facultativo»*. Y añade que también contrasta con el art. 62.1 LCSP el hecho de que la designación de un responsable del contrato se configure como voluntaria en los contratos menores, en los contratos que se adjudiquen por procedimientos con negociación y en los contratos que se adjudiquen por procedimiento abierto simplificado.

Puesto que esta apreciación ya se efectuó por otros órganos que, bien participaron en el trámite de información pública o bien a los que se solicitó informe, procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe de la Junta.

#### **5. Entidades locales y prohibiciones de contratar (art. 10)**

5.1.- En relación con los aspectos organizativos aplicables a las entidades locales, se incluye la previsión de que *«para la adjudicación de contratos menores, en las Entidades locales cuya población sea inferior a 250 habitantes, la concurrencia de prohibición de contratar por incompatibilidad en los cargos electos, siempre que no perciban retribuciones de la entidad, determinará únicamente la existencia de una causa de abstención respecto de la decisión de adjudicación del contrato...»*.

Señala el informe de la JCCA que si bien, claramente, con esta previsión se ha buscado adecuar la normativa sobre contratación pública a la realidad de los municipios muy pequeños, por otro lado se estaría creando una excepción a determinados aspectos de la prohibición de contratar establecida en el art. 71.1, g) LCSP, que tiene carácter básico. Es por tanto una previsión formalmente contraria a lo previsto en la norma básica: permite la contratación de la Entidad local, no ya con un pariente –eliminando el conflicto de interés mediante la abstención–, sino con el propio miembro de la corporación, concejal o incluso alcalde, convirtiéndolo en un puro deber de abstención.

En este caso, el argumento que ampara la restricción del alcance de la medida a *«las Entidades locales cuya población sea inferior a 250 habitantes»* y a los procedimientos de adjudicación de *«contrato menor»*, se establece en el propio informe de la JCCA, y es que dado su reducido ámbito, *“permite pensar que no se alterará la competencia entre operadores económicos ni existirá afección a la garantía de unidad de mercado”*. Ello a pesar de que considera el órgano informante que *“pueden seguir suscitándose dudas en lo relativo a la «moralidad administrativa»*.

#### **6. Fomento de la transparencia y la concurrencia: planes de contratación (art. 11 y ss)**



6.1.- En relación con los planes de contratación, sugiere el informe de la Junta que “un texto legal como el propuesto parece el lugar adecuado para desarrollar el procedimiento de elaboración y los contenidos de ese plan de contratación, que puede ser un instrumento adecuado no sólo para reforzar la transparencia y promover la concurrencia, sino para coordinar objetivos entre diversos departamentos de cara a dar una funcionalidad estratégica a la contratación, sobre todo en el caso de la Administración de la Comunidad Autónoma o de los grandes municipios”.

A diferencia de lo que propone la Junta Consultiva, esta Dirección General considera que la determinación del contenido de los planes de contratación a los que se refiere el artículo 28.4 LCSP puede remitirse al desarrollo reglamentario o incluso a una Instrucción de la propia Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización.

6.2.- En lo que se refiere al art. 12 del Anteproyecto, relativo a los «anuncios de adjudicación», indica la JCCA es su informe que “puede apreciarse algún problema de adecuación a lo establecido en el art. 151.2 LCSP, que establece los contenidos mínimos de la notificación y publicación de la adjudicación, en términos en parte coincidente, aunque pueda apreciarse la omisión de alguno de los extremos mencionados en la norma básica, como pueda ser «en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores» (LCSP art. 151.2, c). En este sentido, la Dirección General de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario, insiste en su informe en que debería incluirse en art. 12.2, f) todos los contenidos del art. 151.2 LCSP, que tiene carácter básico, recomendación que esta Junta hace suya.

En opinión de esta Dirección General, el contenido del art. 12 del anteproyecto es mucho más extenso que el art. 151.2 LCSP siendo el resultado consecuente la aportación de una mayor información sobre la adjudicación con el resultado de una mayor transparencia. No se aprecia la sugerida omisión de algunos contenidos previstos en el art. 151.2 LCSP por cuanto el citado « desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores» puede perfectamente entenderse subsumido en el contenido previsto en el art. 12.h relativo al «Informe de valoración de las ofertas».

## **7. Publicidad de la modificación de los contratos (art. 13)**

En relación con el artículo 13, señala el informe de la Junta que su redacción podría, de manera involuntaria, estar modificando el plazo de publicación de la modificación contractual en el perfil del contratante establecido en la LCSP, pues al hablar de “cinco días” resultaría de aplicación la previsión general del art. 30.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a diferencia de la LCSP, en la que resultará de aplicación la disposición adicional decimosegunda LCSP, de acuerdo con la cual «los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles»





Al tratarse la disposición adicional decimosegunda LCSP de normativa básica, se entiende que es de aplicación directa en Aragón y por ello no se especifica que los días han de ser naturales. En cualquier caso, procede adaptar el texto y hacer constar expresamente que se trata de cinco días «naturales».

#### **8. Contratos menores (art. 15)**

Plantea la JCCA en su informe la posibilidad de mantener la exigencia de solicitar al menos tres ofertas –teniendo en cuenta los actuales límites cuantitativos del contrato menor-, e incluso ampliarla para los casos en que no se realice esa suerte de licitación pública simplificada regulada en 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.

A este respecto, cabe remitirse a la afirmación que realiza el propio órgano informante cuando señala que “ciertamente, sometido el contrato a publicidad, parece redundante promover la concurrencia solicitando esas tres ofertas”.

#### **9. Procedimiento negociado sin publicidad (art. 16)**

En relación con la previsión del anteproyecto de establecer la posibilidad de publicar en el perfil del contratante, en el procedimiento negociado sin publicidad, un anuncio simultáneo al envío de las solicitudes para hacer posible la participación de otros posibles licitadores, sugiere la Junta en su informe que esa posibilidad se convierta en obligación, sustituyendo «podrá» por «deberá» publicarse en el perfil del contratante la información sobre el procedimiento negociado sin publicidad.

No se comparte la sugerencia de la Junta por cuanto sería una contradicción que en un procedimiento que se denomina legalmente «sin publicidad» dicho trámite se configure como obligatorio. Es mucho más coherente mantener la evacuación del trámite de publicidad como potestativo.

#### **10. Contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 18)**

A este respecto señala el informe de la Junta lo siguiente: “En el art. 18 del Anteproyecto se desarrollan algunos aspectos pero se omite incluso la mención de otros de los recogidos en el art. 122.2 LCSP como contenido necesario de los pliegos de cláusulas administrativas particulares: pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, la previsión de cesión del contrato o la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.

De interpretarse que con ello se ha querido alterar la regla básica sobre los



contenidos mínimos de este tipo de documentos, podría plantearse un problema de inconstitucionalidad”.

Cabe responder a esta observación que cuando el artículo 18 alude al contenido de los pliegos, indica claramente que «como mínimo» se indicarán una serie extremos, de manera que no cabe interpretar que la inclusión de otros de los aspectos mencionados en el artículo 122 LCSP o en otros preceptos dispersos de la propia LCSP sea optativa, cuando dichos preceptos tengan carácter básico.

#### **11. Criterios de adjudicación en los contratos de servicios a las personas (art. 19)**

Señala el informe que el artículo 19 no incorpora la regla contenida en el art. 145 LCSP, de acuerdo con la cual en los contratos de servicios a las personas, entre otros, «los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas».

En este punto, como el propio informe argumenta “(...) ciertamente, en el contexto del art.19 del Anteproyecto no sería lógico entender que se haya querido excluir esta regla, que en todo caso será de aplicación directa como norma básica”. Efectivamente, al tratarse de un precepto básico no se considera necesaria su mención en la norma autonómica.

#### **12. Resolución de empates (art. 21)**

En el art. 21 del Anteproyecto se propone una norma dispositiva para la resolución de empates, primando sucesivamente a la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que este no sea inferior al 2 por 100; a la empresa con un mayor porcentaje de empleo femenino; y a la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que este no sea superior al 10 por 100.

Afirma la Junta que “puede resultar problemático que se desplace una norma básica dispositiva (el art. 147.2 LCSP) mediante una norma autonómica que no desarrolla los criterios de la norma estatal, sino que los contradice más allá de cualquier interpretación conciliatoria cuando pasa por delante el porcentaje de empleo femenino sobre el criterio de la menor temporalidad de los trabajadores en plantilla”.

El debate en este punto ha de remontarse, a nuestro juicio, a un estadio anterior a la aprobación de la LCSP. El establecimiento de unos criterios de desempate por parte de la Comunidad Autónoma precede (Ver art. 12 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público) a la aprobación de la LCSP, que los ha regulado con ocasión de la nueva LCSP, pero sin justificar el carácter básico de tal disposición, prescindiendo absolutamente de la regulación autonómica precedente. Por lo tanto, resulta más que cuestionable el carácter materialmente básico de lo dispuesto en el art. 147.2 LCSP.



### **13. Ampliación del plazo para requerir documentación justificativa (art. 22)**

En el art. 22 del Anteproyecto se prevé que el órgano de contratación pueda ampliar motivadamente el plazo de que dispone el licitador seleccionado para la presentación de la documentación justificativa de los extremos objeto de previa declaración responsable, desde los diez días hábiles previstos en el artículo 150.2 LCSP «hasta un máximo de veinte días hábiles», lo que en su caso será acordado «en el momento de aprobación del expediente».

Advierte la Junta en su informe sobre la dificultad constitucional de ampliar un plazo imperativo establecido en norma básica. Alude además al plazo de diez días, del art. 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o a iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales», pero esto no podrá hacerse en ningún caso cuando se trate de «procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva» (art. 68.2).

Continúa afirmando que “la ampliación de plazos no puede ser acordada de forma sobrevenida a uno de los sujetos en concurrencia, sino que las condiciones, incluidos los plazos, deben ser conocidos por todos con antelación suficiente para asegurar la transparencia y la igualdad de trato. En consecuencia, de mantenerse la posibilidad de ampliación de los plazos en el futuro Proyecto de Ley se propone que el plazo que vaya a aplicarse sea fijado en los pliegos de condiciones administrativas particulares”.

Se procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe de la Junta Consultiva.

### **14. Constitución de garantías mediante retención en el precio (art. 25)**

14.1.- Sugiere la Junta en su informe que: “Quizá convendría que en el Anteproyecto se advirtiera expresamente de que la elección de la forma de constituir la garantía, incluido el sistema de retención en el precio, corresponde al propuesto como adjudicatario, sin que pueda ser impuesta ni denegada por la entidad contratante. En lo que sí podrá haber una negativa por el órgano de contratación es a la propuesta por el contratista de un sistema mixto, sólo en parte basado en la retención en el precio.

Esta Dirección General considera que, de la actual redacción del apartado primero del precepto, ya se deduce de manera suficiente que la elección de la forma de constituir la garantía corresponde al propuesto como adjudicatario, sin que pueda ser impuesta ni denegada, al señalarse que “también podrá el órgano de contratación admitir (...)”

El desarrollo autonómico en este punto consiste en la habilitación general desde la Ley, sin necesidad de que se precise su reproducción en el pliego, para que el contratista solicite la constitución de la garantía mediante el sistema de retención en el precio. Lo que, en su caso, podrán prever los pliegos es que la constitución de la garantía definitiva mediante el sistema de retención en el precio sea únicamente parcial, debiendo completarse a través de alguno de los otros medios previstos en la LCSP. Ese es el sentido



que tiene la disposición autonómica cuando señala que «...podrá el órgano de contratación, señalándolo así en el pliego de cláusulas administrativas particulares, admitir que un porcentaje de la garantía definitiva se constituya en efectivo, valores, mediante aval o seguro de caución antes de comenzar la ejecución del contrato, y el resto, mediante retención en el precio».

14.2.- Añade el informe que “(...) La forma de proceder a la retención para la constitución de la garantía definitiva plantea algunas dudas, especialmente en el caso de pagos parciales, que se vayan a realizar mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado, en el que ha de plantearse si en el momento del primer pago habrá de retenerse del precio solo «un porcentaje equivalente al establecido para la garantía definitiva», como literalmente se dice en el precepto, o el importe total de la garantía. De optarse por el porcentaje, dado que es el cinco por ciento del precio final ofertado (salvo que por circunstancias especiales, se acuerde un porcentaje mayor, también aplicado sobre el precio final ofertado), no se constituiría el importe total de la garantía hasta la finalización de la ejecución, lo que podría ocasionar problemas en caso de incumplimiento contractual. Por ello se propone cambiar la redacción cambiando la formulación actual – «se retendrá un porcentaje equivalente al establecido para la garantía definitiva», por la previsión de que «se retendrá la cantidad necesaria para la constitución de la garantía definitiva del primer pago o, de no ser posible por su cuantía insuficiente, en los sucesivos hasta completarla».

En relación con el apartado segundo del precepto, procede adaptar el texto a la sugerencia del informe, que pasa a tener la siguiente redacción: «En estos casos, cuando el pliego no especifique otras condiciones, el órgano de contratación retendrá en el momento del primer pago las cantidades necesarias para la constitución de la garantía definitiva o, de no ser posible por ser su importe insuficiente, de los sucesivos hasta completarla. Dichas cantidades quedarán a disposición del órgano de contratación para asegurar la correcta ejecución del contrato, y serán devueltas al contratista cuando finalice el plazo de garantía del contrato».

#### **15. Simultaneidad de procedimientos de resolución de contratos e imposición de prohibiciones de contratar (art. 28)**

En este punto, la Junta propone en su informe un cambio en la denominación del artículo 28, que pasaría a ser «Acumulación de procedimientos de resolución de contratos e imposición de prohibiciones de contratar», y una redacción alternativa para su apartado 1, con el siguiente tenor literal:

*«A la tramitación del procedimiento de resolución de contrato por causa imputable al contratista podrán acumularse los trámites propios del procedimiento para la imposición de una prohibición para contratar, cuando la misma pueda deducirse de*



#### *la culpabilidad del contratista en la resolución del contrato».*

La justificación de dicha propuesta viene fundamentada en que “Aunque en el artículo 28 del Anteproyecto se establece que podrán «simultanearse» el procedimiento de resolución con el procedimiento de imposición de una prohibición de contratar, se trata en realidad de una acumulación de dos procedimientos debido a su «íntima conexión» (art. 57 de la Ley 39/2015) para su tramitación conjunta: la resolución de inicio del procedimiento de resolución advertirá de la posibilidad de que se aprecie la concurrencia de una causa de prohibición de contratar, se dará audiencia de forma expresa al contratista de forma simultánea sobre ambos extremos, se solicitarán los informes administrativos pertinentes simultáneamente sobre ambas cuestiones y la resolución que ponga fin al procedimiento de resolución del contrato se pronunciará además sobre el alcance y duración de la eventual prohibición de contratar.

En realidad, lo que puede ser simultáneo al procedimiento de resolución, pero mantiene su carácter de procedimiento administrativo diferenciado es la «licitación de un nuevo procedimiento de adjudicación con el mismo objeto», supuesto en el que «la adjudicación de éste quedará condicionada a la previa resolución de aquél» (art. 28.4 del Anteproyecto de Ley)”.

Se procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe de la Junta Consultiva.

#### **16. Indemnidad salarial y control del pago a los trabajadores (art. 29)**

Respecto del art. 29.1 del Anteproyecto, relativo a la indemnidad salarial, indica la Junta en su informe que “parece que la excepción a la regla se producirá cuando entre en vigor un nuevo convenio colectivo: las empresas licitadoras se comprometen a mantener las condiciones laborales, especialmente en cuanto a salario y duración de la jornada, establecidas en el convenio colectivo aplicable en el momento de la aprobación del expediente de contratación –dado que los costes laborales que resulten del convenio se habrán tenido en cuenta en la elaboración y aprobación del presupuesto base de la licitación-, aun cuando dicho convenio pierda su vigencia durante la ejecución del contrato, incluidas las prórrogas, pero esto «en tanto no entre en vigor uno nuevo que lo sustituya».

Efectivamente, se considera por parte de esta Dirección General que el nuevo Convenio, fruto de la negociación entre los representantes de los trabajadores y las empresas es el que determinará las condiciones laborales de aplicación.

#### **17. Resolución de contratos y subcontratos (art. 31)**

En este caso, la Junta propone una redacción alternativa para el art. 31.3 en los siguientes términos:



*«Si quien incumpliera el compromiso fuera un subcontratista, el poder adjudicador podrá obligar al contratista a que le sustituya, sin que ello genere derecho a indemnización alguna para el contratista».*

Su redacción inicial («Si quien incumpliera el compromiso fuera un subcontratista, el poder adjudicador podrá obligar al contratista a que resuelva el subcontrato, sin indemnización alguna para el subcontratista»), resulta a juicio de la Junta, “más que problemática”, dado que:

“La relación contractual entre dos empresarios privados, contratista y subcontratista respecto a la Administración, está regida en lo sustancial por el Derecho privado(...) Además, la habilitación al poder adjudicador para «obligar al contratista», potestad que sólo podría actuarse mediante un acto administrativo de carácter ejecutivo, al resolver un conflicto entre particulares estaría ejerciendo facultades materialmente jurisdiccionales en detrimento del monopolio jurisdiccional de Jueces y Magistrados establecido en el art. 117 de la Constitución.

Se procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe.

### **18. Reservas sociales de contratos (art. 33)**

18.1.- En relación con esta materia, el informe de la Junta realiza las siguientes observaciones: “El porcentaje de las reservas de contratos se calculará, siguiendo también en este punto lo dispuesto en la LCSP, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la LCSP, celebrados en el ejercicio anterior a aquél al que se refiera la reserva. Para la Comunidad Autónoma de Aragón y los poderes adjudicadores vinculados a la misma, el porcentaje mínimo de reserva ya no se remitirá a lo que disponga anualmente la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Aragón, sino que la disposición transitoria segunda del anteproyecto lo fija en el 7 por ciento para 2018 y 2019, con un incremento de un punto porcentual por año, hasta alcanzar un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor.

Debería señalarse expresamente en el artículo 33 del Anteproyecto que la adopción como base de cálculo del porcentaje de reservas del «importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la LCSP celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva», no impedirá que las reservas de contratos se materialicen en contratos con un objeto distinto al del anexo VI de la LCSP, aclarando con ello el ámbito objetivo de las reservas sociales de contratos”.

Se procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe.

18.2.- Continúa añadiendo que la previsión del art. 33.5 («Los órganos de contratación podrán, en el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada,



contratar al margen de la misma si optan por reservar el contrato») puede resultar problemática, y que “sería muy conveniente que en estos casos se estableciese al menos la necesidad de recabar autorización del órgano competente en contratación centralizada, porque por esta vía se podrían dejar sin contenido acuerdos marco de homologación vigentes, con valores estimados y expectativas creadas”.

Se procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe.

#### **19. Promoción de la participación de las Pequeñas y Medianas Empresas (art. 34 y 35)**

Sugiere la Junta en relación con esta materia que, así como el artículo 34.2 dispone que «Los certificados de correcta ejecución que se expidan al contratista principal por parte del órgano de contratación recogerán el porcentaje de subcontratación efectuada en la ejecución del contrato al que se refieran», en el mismo sentido podría plantearse la posibilidad de que el subcontratista también estuviera legitimado para solicitar ese certificado de correcta ejecución. Ello “en cuanto su contenido le servirá para acreditar la correcta ejecución de la parte subcontratada, además de permitirle evitar las consecuencias negativas de una eventual actitud obstruccionista del contratista a la hora de emitir el certificado contemplado en el art. 34.1”.

La propuesta de la Junta no contempla la dificultad de que la correcta ejecución del subcontrato o el aprovisionamiento pueda apreciarse directamente por el órgano de contratación que desconoce los términos del acuerdo que hubieran alcanzado el contratista y el subcontratista.

#### **20. Supervisión de la contratación pública (art. 38 y 43)**

20.1.- La Junta muestra extrañeza en relación con el art. 38, b) del Anteproyecto, “en el que se habilita a los órganos de contratación a imponer a los contratistas (...), las suscripción de un «compromiso de sujeción a la monitorización del procedimiento de contratación en todas sus fases por la Agencia de Integridad y Ética Públicas». El ámbito competencial, tanto subjetivo como objetivo, y las potestades administrativas de un organismo público deben ser establecidos por el legislador, no teniendo sentido que deriven de la decisión singular de un órgano administrativo, que utilice la documentación contractual para extender esas facultades a un determinado contrato. El razonamiento anterior puede aplicarse también a la imposición por vía contractual de la obligación de suscribir un protocolo de legalidad, que viene a ser un mecanismo de privatización de la supervisión que debería corresponder a los órganos públicos competentes. Ciertamente, estas previsiones se encuentran ya incorporadas al ordenamiento aragonés en el art. 25 de la Ley 3/2011, pero debería reflexionarse sobre su oportunidad”.

Desde esta Dirección General no se cuestiona sin embargo la oportunidad del precepto, al interpretarse que la potestad administrativa se está otorgando directamente



por ley, pudiendo el órgano de contratación hacer uso o no de dicha potestad, en función de las necesidades de cada caso.

## **21. Regulación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y de los órganos de recurso especial en las Entidades Locales (art. 45-52)**

21.1.- Como mejora técnica en el título del artículo 51, propone la Junta la sustitución de la mención al «Tribunal» por la de «órgano de recurso», ya que conforme al artículo 45 la denominación «Tribunal Administrativo de Contratos Públicos» quedará reservada al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Se procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe.

21.2.- Adicionalmente, se propone que el plazo de seis meses de posible prórroga del contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato, cuando la adjudicación de éste último haya sido recurrida, contemplado en el art. 48.4 del Anteproyecto se amplíe a nueve meses, equiparándolo así a la posibilidad de prórroga por ese periodo para el caso de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación, que se establece en el art. 29.4, párrafo quinto, LCSP, que además tiene carácter básico.

Se procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe.

## **22. Integridad de la información (D.Ad 4ª)**

Por último, propone el informe de la Junta, como mejora técnica, que en el título de la disposición adicional 4ª se incluya una referencia al principio de transparencia junto a la de integridad de la información, dado que la utilización de «registros distribuidos» para el almacenamiento de la información supondrá un plus de «apertura» respecto de su publicación en portales centralizados.

Se procede la adaptación del texto en el sentido indicado por el informe.

Zaragoza a fecha de firma electrónica

**EL DIRECTOR GENERAL DE CONTRATACIÓN, PATRIMONIO Y ORGANIZACIÓN**

Miguel Ángel Bernal Blay