

# Sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público

De conformidad con las competencias atribuidas al Consejo Económico y Social por la Ley 21/1991, de 17 de junio, previo análisis y tramitación por la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad, y de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento de organización y funcionamiento interno, el Pleno del Consejo Económico y Social aprueba en su sesión ordinaria del día 25 de junio de 2015 el siguiente dictamen:

## 1. Antecedentes

Con fecha de 24 de abril de 2015 tuvo entrada en el Consejo Económico y Social escrito del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, que el CES emitiera dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público. Dicha solicitud fue trasladada a la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad para la elaboración de una propuesta de dictamen.

El Anteproyecto de Ley viene acompañado de una Memoria de análisis de im-

pacto normativo, regulada según el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, en la que, en un único documento, se incluyen los apartados siguientes:

1. Oportunidad de la propuesta.
2. Contenido, análisis jurídico, adecuación de la norma al orden de distribución de competencias y tramitación.
3. Análisis de impactos económico y presupuestario, por razón de género, en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y otros impactos.

El Anteproyecto objeto de dictamen persigue la elaboración de una nueva Ley de Contratos, a través de la transposición al ordenamiento jurídico español de dos de las tres Directivas publicadas el 28 de marzo de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea: la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Para la transposición de la tercera Directiva, la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, se ha optado por elaborar una nueva norma, a través del Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, el cual ha sido también remitido a este Consejo para su dictamen.

La trasposición de las tres Directivas al ordenamiento jurídico de los Estados miembros deberá realizarse a más tardar el 18 de abril de 2016, salvo dos excepciones. La primera de ellas se contempla en el apartado 2 del artículo 90 de la Directiva 2014/24/UE, que autoriza a los Estados miembros a aplazar la aplicación del artículo 22, apartado 1, hasta el 18 de octubre de 2018, excepto cuando el uso de medios electrónicos sea obligatorio en virtud de los artículos 34, 35 o

36, el artículo 37, apartado 3, el artículo 51, apartado 2, o el artículo 53. La segunda se recoge en el apartado 2 del artículo 106 de la Directiva 2014/25/UE, donde se autoriza a los Estados miembros a aplazar la aplicación del artículo 40, apartado 1, hasta el 18 de octubre de 2017, excepto cuando el uso de medios electrónicos sea obligatorio en virtud de los artículos 52, 53, 54, el artículo 55, apartado 3, el artículo 71, apartado 2, o el artículo 73.

La regulación de la contratación pública de la Directiva 2014/24/UE tiene un objetivo estructural de garantizar, mediante la coordinación de las disposiciones nacionales de los Estados miembros, el sometimiento de la adjudicación a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular, la libertad de establecimiento, la libre circulación de mercancías y servicios y los principios instrumentales para garantizar dichas libertades: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. La aplicación coordinada de estos principios en el ámbito del mercado único contribuye a configurar un ámbito de transacciones a escala europea cuya dimensión económica representaba, en 2011, el 19 por 100 del PIB de los Estados miembros y, en el caso de España, el 15,5 por 100 del PIB español, de acuerdo con la Memoria económica que acompaña al Anteproyecto.

Por su parte, la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, supone una importante novedad, en la medida en

que es la primera vez que se regulan en el ámbito de la normativa europea la figura de las concesiones.

Junto a la transposición de las mencionadas Directivas, el legislador persigue acometer las reformas que han ido surgiendo del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del sector público, aprobado mediante Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. En concreto, los objetivos perseguidos son los siguientes:

- Mejorar la eficiencia en la contratación pública, a través de la utilización de las nuevas tecnologías y sistemas electrónicos de comunicación, con el fin de potenciar la contratación electrónica.
- Mejorar la integridad y la transparencia en la contratación pública, mediante la adopción una serie de medidas destinadas a garantizar esta última y evitar los posibles actos de corrupción.
- Simplificar y abaratar la gestión de los procedimientos de contratación pública, y lograr que sean más ágiles y eficientes.
- Incluir en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo.

Los antecedentes normativos de la actual legislación de contratos públicos se remon-

tan al texto articulado de la Ley de Contratos del Estado de 1965<sup>1</sup>, una norma que sería modificada en numerosas ocasiones, fundamentalmente con el fin de adecuar la regulación interna a la normativa comunitaria, y con los efectos principales de homogeneizar, modernizar y simplificar los procedimientos de contratación en el seno de la Unión Europea, así como de extender el ámbito subjetivo de aplicación de la norma en respuesta a las dinámicas experimentadas por la estructura institucional del sector público.

Entre las múltiples reformas destaca el Real Decreto legislativo 931/1986, de 2 de mayo, aprobado al amparo del título competencial contenido en el artículo 149.1.18 de la Constitución y en aplicación de las directivas comunitarias entonces vigentes sobre contratos públicos<sup>2</sup>, y que extendía el ámbito de aplicación del régimen contractual público a todas las Administraciones públicas. Esta aplicación extensiva se consolida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, que traspone las nuevas directivas comunitarias sobre contratos públicos de servicios, de suministros y de obras<sup>3</sup>, si bien se excluía de su ámbito de aplicación a los sectores el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que se regulaban de forma diferenciada<sup>4</sup>. Dicha Ley sería

<sup>1</sup> Decreto 923/1965, de 8 de abril.

<sup>2</sup> Directivas 77/62/CEE y 71/305/CEE.

<sup>3</sup> Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE.

<sup>4</sup> Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que fue objeto de dictamen por este Consejo en la fase de Anteproyecto<sup>5</sup>, y que incorporó ciertos cambios de la mencionada legislación comunitaria<sup>6</sup>.

Posteriormente se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, mediante Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que fue objeto de diversas modificaciones, entre las que cabe mencionar, por su entidad, las introducidas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de concesión de obras públicas, cuyo Anteproyecto fue asimismo dictaminado por el CES<sup>7</sup>, y las que incorporó el Real Decreto-ley 5/2005, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que estableció la sujeción a una parte de las prescripciones de la Ley de las Fundaciones públicas y de las sociedades mercantiles creadas para satisfacer necesidades de interés general y financiadas o controladas mayoritariamente por entidades de derecho público.

En 2007, se aprueba la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, que consolidaba la extensión del ámbito de aplicación a todo el sector público, previendo su aplicación incluso en el caso de adjudicadores privados de contratos subvencionados por entidades públicas. Dicha norma venía motivada primordialmente por la necesidad de trasponer una nueva directiva comunitaria sobre la materia<sup>8</sup> que, además de refundir en un texto único las tres directivas preexistentes, tenía por finalidad garantizar la concurrencia entre licitadores de distintos Estados miembros y entre licitadores públicos y privados, arbitrar la posibilidad de incluir criterios medioambientales y sociales en la adjudicación de contratos públicos, e introducir nuevos procedimientos de contratación, como el diálogo competitivo o los acuerdos marco, así como nuevas técnicas asociadas al empleo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

El correspondiente Anteproyecto fue objeto de dictamen por parte de este Consejo<sup>9</sup>, en el cual, sin perjuicio de las observa-

<sup>5</sup> Dictamen CES 5/1998, de 27 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas.

<sup>6</sup> Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente.

<sup>7</sup> Dictamen CES 1/2002, de 15 de enero, sobre el Anteproyecto de la Ley reguladora de la Concesión de obras públicas.

<sup>8</sup> Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que procede a la refundición en un texto único de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE.

<sup>9</sup> Dictamen CES 4/2006, de 20 de febrero, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público. rectivas 77/62/CEE y 71/305/CEE.

ciones generales y particulares realizadas, el ces valoró positivamente la reforma integral propuesta, desde la exigencia de incluir la regulación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, y la necesidad de recoger la abundante jurisprudencia generada hasta entonces.

Finalmente, en 2011, mediante Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se aprobó el actual texto refundido de la Ley de Contratos del sector público, en

cumplimiento de la disposición final trigésima segunda de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, que sería también dictaminada por el CES<sup>10</sup>, que autorizaba al Gobierno a elaborar un texto refundido en el que se integraran debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

## 2. Contenido

El Anteproyecto de Ley objeto de este dictamen se estructura en 340 artículos distribuidos en un título preliminar, que recoge las disposiciones generales en la materia y cuatro libros, que se dedican a recoger la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (libro II), los contratos de otros entes del sector público (libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (libro IV).

Además, el Anteproyecto consta de cuarenta y una disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, seis disposiciones finales y cuatro anexos.

En el título preliminar, relativo a las disposiciones generales, se mantiene la existencia de tres niveles de aplicabilidad de la Ley respecto de las entidades del sector público que configuran su ámbito. Así mismo, se mantiene la tradicional configuración negativa o de exclusión de los contratos y negocios regulados en la misma.

Respecto de la delimitación de los diferentes tipos de contratos, las principales novedades en este ámbito aparecen en la

<sup>10</sup> Dictamen CES 1/2010, de 28 de enero, sobre el Anteproyecto de Ley de Economía sostenible.

regulación del contrato de concesión, en el contrato mixto y en el contrato de colaboración público privada.

En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, de la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido, dejando subsistente solo la concesión, que pasa a desglosarse en dos categorías, como son la concesión de obras y la concesión de servicios. Esta última podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando estos sean de titularidad o competencia de la Administración.

En cuanto a la regulación del contrato mixto se establece un nuevo criterio, según el cual, esta quedaría regida por las normas correspondientes al contrato que contenga la prestación principal. Asimismo, se añaden otras consideraciones como la “vis atractiva”, de la cual gozan tanto la regulación de los contratos que se celebran en el ámbito de los denominados “sectores excluidos”, como la de los contratos realizados en el ámbito de la defensa y seguridad, los cuales seguirán rigiéndose por sus correspondientes Leyes específicas.

Por último, se suprime la figura del contrato de colaboración público privada.

En el libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aparece en primer lugar una nueva regulación del llamado “medio propio” de

la Administración, que se refiere a la aplicación práctica de la técnica denominada “*in house providing*”, que pasa ahora a llamarse “encargos a medios propios”, donde se encuentran los casos de contratos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose el encargo hecho por un poder adjudicador de aquél que se hubiera realizado por otra entidad que no tuviera la consideración de poder adjudicador y manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, se pretende aumentar las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se trataría de evitar adjudicaciones directas que puedan menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la empresa con carácter de “medio propio” disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga, que haya obtenido autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por 100 de su actividad.

Destaca dentro del libro I una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, mediante la cual se trata de imponer a los órganos de contratación la obli-

gación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación. En línea con las medidas para luchar contra la corrupción, se establece una nueva regulación que aumenta los casos de prohibición a la hora de contratar, modificando a su vez la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de este tipo. La nueva regulación de las prohibiciones de contratar incluye una nueva estructura con un esquema basado, por un lado, en las causas de prohibición de contratar y, por otro, en los efectos de las mismas.

Desde el punto de vista de las causas de las prohibiciones de contratar se distinguen los supuestos en que la causa derive de la existencia de sentencia penal firme, de sanción administrativa firme, de situaciones de hecho (como la declaración de concurso), de causas ligadas a los contratos o de falsedad fuera del procedimiento a efectos de obtener la correspondiente clasificación.

Desde el punto de vista de los efectos de las prohibiciones de contratar, se pueden distinguir tres categorías: las prohibiciones que limitan sus efectos al ámbito del propio órgano de contratación, al sector público del ámbito territorial del órgano de contratación y, finalmente, al conjunto del sector público.

Destaca también dentro de este libro la regulación del régimen de clasificación empresarial, que incluye las últimas nove-

dades legislativas existentes en esta materia. Otros aspectos relevantes son la supresión de la cuestión de nulidad y el mantenimiento de la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público y del recurso especial en materia de contratación.

Asimismo, resulta pertinente hacer una referencia especial al concepto de “valor estimado” del contrato, que aparece en esta Ley como término económico único que se utiliza a lo largo de todo su articulado.

En el libro II, dentro de la parte correspondiente a la preparación de los contratos, se incorpora la regulación de las consultas preliminares del mercado, con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento.

Se añade la regulación de nuevos medios de acreditación que confirmen que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trata cumplen determinados requisitos. Para ello se incorporan nuevas etiquetas, informes de pruebas, certificaciones y otros medios.

En la regulación de la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas destaca especialmente la regulación de la declaración responsable, así como la definición y cálculo del coste del ciclo de vida y de las ofertas anormalmente bajas.

En la parte correspondiente a los procedimientos de adjudicación se introducen reformas en todos ellos, que pretenden

reducir sus plazos de duración. En el ámbito del procedimiento abierto, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado. Respecto del procedimiento negociado, se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía. Además, aparece una nueva regulación de las primas y compensaciones que se pueden entregar a los licitadores en el diálogo competitivo y se crea el procedimiento de asociación para la innovación.

Respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, cabe hacer una especial referencia a la novedad que supondría el régimen de modificación del contrato, más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias, a la subcontratación y a las medidas de racionalización técnica de la contratación, estructuradas en dos elementos, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, destacando aquí el nuevo régimen que se establece en esta Ley respecto de la contratación centralizada.

En el libro III se mantiene la regulación de los contratos de poderes adjudicadores, no Administración pública, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, respecto de los cuales se suprimen las Instrucciones de Contratación.

Por último, en el libro IV aparece una nueva regulación de la mesa de contratación, de los órganos de contratación de las entidades locales, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

(que pasa a denominarse Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado) y de la obligación de remisión de información a efectos estadísticos y de fiscalización al Tribunal de Cuentas u órgano correspondiente de la comunidad autónoma, así como a la Comisión Europea.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa cambia su denominación a Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en consonancia con el nuevo esquema de relaciones con las Juntas Consultivas de las comunidades autónomas recogido en el propio Anteproyecto y derivado del Informe del Comité para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA).

Se amplía el conjunto de funciones que asume este órgano interministerial al incluir las relaciones de cooperación e intercambio de información con la Comisión Europea en lo que se refiere a la legislación de contratación pública en general así como la información a la Comisión Europea, previo requerimiento de esta, sobre la aplicación práctica de las políticas estratégicas de contratación nacionales. Además será el órgano competente para elaborar y remitir a la Comisión Europea cada tres años un informe de supervisión sobre la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada.

Igualmente, dentro de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se crea un nuevo órgano de apoyo junto a los



ya existentes (como la Secretaría de la Junta Consultiva, la Comisión de Clasificación de Contratistas de Obras, de Servicios y de Servicios y Obras y el Comité Superior de Precios del Estado). El Comité de cooperación en materia de contratación pública tendrá por objeto la homogeneización de criterios de interpretación normativa entre las Administraciones públicas, así como el análisis de cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés común.

Por último, el Anteproyecto se completa con cuarenta y una disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, seis disposiciones finales y cinco anexos. En cuanto a los anexos, el primero de ellos

tiene por objeto regular el conjunto de actividades descritas en el artículo 13 referido al contrato de obras, incorporando su correspondiente código CPV que permite identificar plenamente el tipo de actividad y mantener una correspondencia exacta en todo el ámbito de la Unión Europea. El anexo II recoge la lista de productos contemplados en el artículo 21.1.a), en lo que se refiere a los contratos de suministro adjudicados por los órganos de contratación en el sector de la defensa. El anexo III recoge la Información que debe figurar en los anuncios. Finalmente, el anexo IV recoge los servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1.c), 135.5 y la disposición adicional trigésima octava.

### 3. Observaciones generales

Con ocasión de la emisión del Dictamen 4/2006, de 20 de febrero, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público, el CES manifestó que el Anteproyecto adolecía en general de una inadecuada técnica jurídica que planteaba numerosas dificultades y generaba confusión a la hora de su interpretación y aplicación. Con el fin de contribuir a la mejora de la sistemática del futuro texto legal, el CES señaló entonces las incongruencias detectadas y realizó propuestas concretas para mejorar la comprensión del Anteproyecto y ordenar de manera más adecuada las materias incluidas en él. Pues bien, respecto al Antepro-

yecto actual sometido a dictamen, el CES quiere destacar su mejora técnica y reconoce los avances en la claridad del lenguaje jurídico empleado y en la estructura de la futura norma, que contribuyen a alcanzar el objetivo de evitar la confusión normativa y garantizar la seguridad jurídica.

No obstante, el CES considera que persisten ciertas redacciones confusas de preceptos que pueden dar lugar a dudas y problemas de interpretación. Es el caso, por ejemplo, de las referencias indeterminadas o imprecisas a la hora de referirse al necesario respeto de las normas sociales, laborales y medioambientales, o el de la más adelante

señalada confusión o inconcreción que genera la redacción del artículo 3, relativo al ámbito subjetivo, y del artículo 64, que atañe a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. También se produce en la norma un exceso de remisiones normativas sin especificar el contenido, como ocurre por ejemplo en el artículo 71 y siguientes, relativos a la prohibición de contratar, por lo que sería conveniente, en aras de una mayor clarificación, que se definiesen mejor los preceptos aludidos.

La contratación pública, ámbito por excelencia de interacción entre el sector público y el privado, es una de las áreas de la gestión pública más propensas a la proliferación de prácticas corruptas, entendidas como abuso de poder o incorrección en el proceso de toma de decisiones a cambio de un incentivo o una ventaja indebida. Esta mayor exposición a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción se debe en buena medida al elevado volumen de recursos que moviliza, que se cifra en el 15,5 por 100 del PIB español, lo que constituye un incentivo para que los operadores económicos traten de obtener posiciones más favorables que sus competidores. También contribuye a ello el hecho de que, precisamente por tratarse de una herramienta de política económica de primer orden, el margen de discrecionalidad de la Administración contratante es muy elevado en las distintas fases del procedimiento de adjudicación de contratos.

Así, las prácticas corruptas pueden surgir en la fase precontractual, a través de la

creación de una demanda artificial de bienes y servicios, facilitando información que otorgue ventaja a determinados licitadores o estableciendo prescripciones técnicas orientadas a favorecer a un determinado operador económico. También pueden surgir desviaciones a la hora de elegir el procedimiento de adjudicación, por ejemplo, acudiendo al procedimiento negociado sin que se den las circunstancias previstas en la ley o fraccionando el objeto del contrato, con el fin de sustraerse a las reglas de publicidad y concurrencia. En la fase de adjudicación, las desviaciones más frecuentes tienen que ver con la falta de claridad en los criterios de adjudicación, con la ponderación inadecuada de los distintos criterios, con la ineficacia del sistema de recursos o con la celebración de contratos con personas incurso en incompatibilidades. En la fase de ejecución de los contratos, las principales patologías son el abuso de la subcontratación, la utilización arbitraria de prórrogas del contrato y el uso fraudulento de la revisión de precios para revertir en el contrato los pagos realizados en concepto de sobornos.

El CES está firmemente convencido de que la corrupción en la contratación pública socava las instituciones, provoca desafección ciudadana respecto a los poderes públicos, y, en última instancia, pone en cuestión el Estado de Derecho, evidenciando la falta de madurez política y la baja calidad democrática del país. Además, desde una perspectiva económica, estas prácticas fraudulentas falsean la compe-

tencia, alteran los mercados y provocan un aumento injustificado del coste de provisión de los bienes y servicios públicos.

Por todo ello, el CES no puede sino compartir el objetivo declarado en la Directiva y en el proyecto normativo que se somete a Dictamen, de garantizar que la utilización de estas complejas herramientas de gestión pública respondan efectivamente a los principios de publicidad, transparencia, igualdad de trato y eficiencia, y evitar con ello que la contratación con el sector privado se vea afectada por conflictos de intereses.

Sin embargo, a juicio de este Consejo, la reforma de la legislación de contratos que se somete a dictamen no aborda este grave problema con la suficiente ambición y profundidad, desaprovechando la ocasión para introducir de manera transversal cuantas disposiciones, procedimientos y cautelas sean necesarios para prevenir eficazmente desde el derecho administrativo la aparición de prácticas desviadas del interés general.

En este sentido, el CES manifiesta su desacuerdo con la identificación de la inclusión dentro del ámbito subjetivo de esta Ley de las organizaciones sindicales y empresariales y de las fundaciones vinculadas a estas como una de las principales novedades del Anteproyecto, tal y como reza el apartado v de la exposición de motivos, puesto que vincula a dichas entidades con posibles prácticas de corrupción.

Asimismo, el CES estima que, en aras del cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad, libre concurrencia y no

discriminación en la adjudicación de los contratos, resultaría conveniente verificar los límites que encuadran la llamada discrecionalidad técnica, para lo cual las Comisiones Técnicas deberían desglosar la puntuación relativa a los diferentes parámetros previstos, exponiendo todos y cada uno de los distintos criterios utilizados para su valoración, en particular los relativos a las cláusulas sociales y medioambientales, para conocer su justa ponderación y cómo se viene aplicando en la contratación pública. Esto viene justificado de una manera más intensa por la habitual recurrencia a la discrecionalidad técnica de dichas Comisiones a la hora de adjudicar los contratos, cuestión que hace que los recursos contencioso-administrativos que se plantean respecto a las adjudicaciones definitivas pocas veces tengan éxito en la práctica.

La referida transparencia entra dentro del marco de control que se realiza a la discrecionalidad técnica, que distingue entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”. El “núcleo material de la decisión” estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los “aledaños” comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean al estricto juicio técnico y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades. Pues bien, el necesario control de la discrecionalidad técnica y el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes requeriría a juicio del CES el refuerzo de dichos “aledaños” de la valoración técnica, de

modo tal que el núcleo de la decisión finalmente adoptada cuente con la trazabilidad jurídica necesaria que avale la adjudicación finalmente realizada.

Por otro lado, el CES quiere expresar la necesidad de que, con carácter general, se garantice al máximo la observancia del mencionado principio de transparencia en la contratación recogido en la Directiva y en el artículo 132 del Anteproyecto. En este sentido, el CES considera insuficientes las referencias al motivo de la necesidad de los contratos recogidas en los artículos 28 y 116 del Anteproyecto sometido a Dictamen. Por ello, a juicio del CES, sería aconsejable disponer de mayor información al inicio del proceso de licitación y, en concreto, que se manifieste con carácter previo de forma expresa la necesidad y las razones de la licitación.

Por último, en este ámbito de consideraciones generales, el CES quiere mencionar el, a su juicio, desacertado tratamiento dado en el Anteproyecto a la manera de garantizar el adecuado cumplimiento de las normas sociales, laborales y medioambientales.

Considerando que la implementación de medidas de carácter social representa uno de los ejes centrales de la Estrategia comunitaria “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” [COM ( 2010) 2020 final] de la que se hace eco la Directiva 2014/24/UE en sus propuestas de reforma de la contratación pública, el CES advierte una trasposición incompleta de esta última justo en ese

tipo de medidas y, sobre todo, en lo relativo a los criterios de valoración de las ofertas.

Así, pese a que en la propia exposición de motivos se apunte a la utilización de la contratación pública como instrumento para implementar las políticas, tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las pymes y añada que se introducen normas más estrictas, endureciéndose “las disposiciones sobre esta materia en las denominadas ofertas ‘anormalmente bajas’, con el objetivo de combatir el *dumping* social y garantizar que se respeten los derechos de los trabajadores, de manera que los contratistas que no cumplan con la legislación laboral podrán ser excluidos de las licitaciones”, esta declaración de intenciones no encuentra el adecuado reflejo posterior en el articulado.

Se detectan omisiones y deficiencias importantes a la hora de hacer referencia a la necesidad de respetar las normas sociales, laborales y medioambientales, como por ejemplo al definir el objeto y la finalidad o al tratar la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación. Sin embargo, en otras disposiciones, aunque sí se recoge, las referencias son, en ocasiones, excesivamente indeterminadas o imprecisas. En los casos en los que el Anteproyecto podría haber incluido un mayor compromiso con este tipo de normas, la redacción final de los preceptos no ha sido acertada, a juicio de este Consejo.

Así, por ejemplo, el CES considera que en la regulación del contenido mínimo del contrato (art. 35), el Anteproyecto debería hacer referencia expresa al cumplimiento de la legislación laboral y social aplicable, incluyendo los convenios colectivos correspondientes.

Asimismo, en cuanto a la información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales (art. 129), esta habría de ser una obligación del órgano de contratación, y no una mera posibilidad o potestad, incorporando además la normativa en materia de discapacidad, así como los convenios colectivos de aplicación en cada caso.

Por otra parte, el CES considera que, en cuanto a los criterios de adjudicación del contrato y en pro de un mayor respeto de las normas sociales, laborales y medioambientales, debería trasponerse íntegra y literalmente lo dispuesto en el artículo 67 de la Directiva.

De igual modo, el Anteproyecto debería realizar la trasposición íntegra y literal del artículo 77 de la Directiva que recoge la reserva de contratos en los ámbitos de los servicios sociales, culturales y de salud, a aquellas entidades que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 2 de este mismo artículo. Como por ejemplo, para las

entidades que reinviertan los beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización y en el caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación (art. 77.2.b); o para aquellas entidades en las que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas (art. 77.2.c).

En definitiva, el CES quiere subrayar que la mejora de las condiciones medioambientales, sociales y laborales debe promoverse a través del sistema de contratación pública y quedar garantizado en todas sus fases y cumplirse por todos los licitadores. No obstante, el CES quiere manifestar respecto a la inclusión de medidas concretas relativas a estos aspectos como criterios de adjudicación, que estos deberán contemplarse, salvaguardando el objeto del contrato, atendiendo igualmente a la necesidad de simplificación administrativa y burocrática. De hecho, en los procesos de contratación deberá tenerse en cuenta el posible impacto de este tipo de criterios sobre la capacidad de las pymes a la hora de participar en los procesos de contratación pública.

## 4. Observaciones particulares

### Artículo 3. **Ámbito subjetivo**

El Anteproyecto amplía el ámbito subjetivo de la norma a través de un nuevo apartado 4, donde se especifica que quedan incluidas las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a ellas, en los siguientes términos: “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 cualquiera de las entidades citadas anteriormente cumpla 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”.

El CES considera que la redacción final de este artículo genera confusión en cuanto a su contenido y alcance, por ello:

En primer lugar, el CES quiere manifestar que la naturaleza jurídica de estas organizaciones no encaja en la naturaleza de los poderes adjudicadores que son parte del sector público. De hecho, el CES considera

que el Anteproyecto no fija unos criterios adecuados, desde el derecho público, a partir de los cuales se adquiera condición de poder adjudicador, sino que, simplemente, se limita a enumerar unas circunstancias que, de concurrir, exigirán la celebración de contratos públicos de acuerdo a esta norma.

En segundo lugar, el CES quiere recordar que de acuerdo a la legislación vigente estas entidades ya estarían incorporadas al ámbito subjetivo; esto es, serían consideradas poderes adjudicadores cuando se dieran las circunstancias del apartado tercero letra d) de este artículo.

Por lo anterior, en tercer y último lugar, no se entiende la inclusión de un nuevo apartado cuatro a este artículo, siendo además su redacción confusa cuando especifica que la inclusión de estas organizaciones al ámbito subjetivo queda limitada a los contratos sujetos a regulación armonizada, tratándose de contratos de obras, de servicios, de suministros, de concesión de obras o de concesión de servicios que superen determinados umbrales en cuanto al valor estimado de los mismos —arts. 19 y ss.— y que, en función de la actividad propia de las organizaciones, parecen ceñirse a los casos contemplados en la disposición adicional 37 y su correlativo anexo IV.

En definitiva, como se ha expuesto en las observaciones generales el CES no comparte la relevancia dada al precepto en la exposición de motivos del Anteproyecto tanto por la provocación de sospechas in-

fundadas como por lo recogido en esta observación particular.

#### **Artículo 5. Convenios**

Entre las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos del ámbito de aplicación del presente Anteproyecto de Ley, se encuentran, tal y como recoge el apartado 1 del artículo 5, 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 excepciones.

A este respecto, el CES entiende que, estando incluidas las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del sector público, al igual que las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, dicha sujeción únicamente debe producirse cuando las mutuas celebren contratos con centros privados y no cuando suscriban convenios de colaboración con la Administración pública sanitaria, en el ejercicio de sus funciones relativas a la prestación de asistencia sanitaria a los trabajadores cubiertos por estas entidades. Por tanto, a juicio de este Consejo, el presente artículo debería incluir entre los convenios excluidos, aquellos que celebre la Administración General del Estado con las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

#### **Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles**

Este artículo regula el recurso especial en materia de contratación que podrá interponerse contra los contratos especificados en el presente Anteproyecto, siempre que se encuentren sujetos a regulación armonizada. Se podrá interponer, igualmente, contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, y modificaciones contractuales y encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en el Anteproyecto.

En el apartado 6 del Anteproyecto se establece, como novedad, el carácter obligatorio del recurso especial en materia de contratación respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, el CES entiende que debería mantenerse el carácter potestativo del recurso especial, tal y como contempla la normativa actual y, considera que, en cualquier caso, la interposición de dicho recurso debería ser gratuito para los recurrentes, evitando tasas o impuestos disuasorios.

#### **Artículo 58. Indemnizaciones y multas**

En este artículo se regula la posibilidad de que el órgano de recursos contractuales competente, a solicitud del interesado, imponga a la entidad contratante la obliga-

ción de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios causados por la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, así como el establecimiento de una multa para el caso de apreciarse temeridad o mala fe en su interposición o en la solicitud de medidas cautelares.

La cuantía de la multa puede ascender hasta 30.000 euros, elevándose así al doble de la cuantía prevista en el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público, que establecía el límite en 15.000 euros.

De forma adicional, en el segundo párrafo del primer apartado, se faculta al órgano encargado de resolver el recurso para imponer al recurrente el pago de una indemnización por daños cuando el recurso sea desestimado.

El CES no comparte la necesidad de aumentar el límite existente relativo a la cuantía máxima de la multa ni de establecer una nueva indemnización que atiende al principio del vencimiento, al entender que ello puede obstaculizar el ejercicio del derecho de acceso al recurso a los interesados.

#### **Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses**

Como se ha puesto de relieve en las observaciones generales, el CES comparte la preocupación por garantizar que los procedimientos

contractuales se desarrollen con las máximas garantías de transparencia e igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores para evitar el fraude, el favoritismo y la corrupción. Sin embargo, este precepto se limita a trasladar de manera genérica a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas oportunas para prevenir, detectar y solucionar los posibles conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación entre el personal al servicio del órgano de contratación y los licitadores.

El CES entiende que, para evitar que el precepto quede reducido a una mera declaración de intenciones, y sin perjuicio de las previsiones normativas que a este respecto se incluyen en otras partes de la norma, así como en otras Leyes, sería necesario introducir mucha mayor concreción y regular expresamente el tipo de medidas que los órganos de contratación deben arbitrar para evitar estas situaciones.

En particular, la norma debiera establecer de manera reglada y expresa los supuestos de prohibiciones para formar parte de los órganos de contratación, de manera que se excluya de participar en el procedimiento, en todas sus fases, a los cargos políticos o empleados públicos que incurran en conflicto de intereses.

Por otro lado, en línea con las recomendaciones de la Comisión Europea<sup>11</sup>, para garantizar la máxima transparencia de los procesos de contratación pública, la norma

<sup>11</sup> Véase en el mismo sentido COM (2011) 15 final. *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, págs. 52 y ss.



debería establecer la obligación de dar publicidad a las deliberaciones y los informes de los órganos de contratación, omitiendo en todo caso la información de las empresas licitadoras que pueda ser comprometida desde el punto de vista comercial. Atajar la opacidad que caracteriza estos procesos de toma de decisiones a través de la publicidad obligaría a objetivar los criterios de adjudicación y las baremaciones, así como a motivar las modificaciones contractuales, favoreciendo con ello la competencia de distintos operadores, facilitando la impugnación de las decisiones y, en general, permitiendo un mayor control democrático de todo el proceso.

Asimismo, junto con la publicidad de las deliberaciones de los órganos de contratación, deberían reforzarse las garantías de los empleados públicos que se designen para participar en el órgano de contratación, de manera que puedan desarrollar su trabajo con profesionalidad y ajustándose a derecho, es decir, que puedan sustraerse de eventuales presiones o indicaciones del poder político contrarias a la ley o al interés general, y estén protegidos, asimismo, cuando denuncien prácticas irregulares.

La introducción de este tipo de garantías contribuiría a garantizar una mayor autonomía de los órganos de contratación en sus deliberaciones.

### **Artículos 71 y siguientes. Prohibiciones de contratar**

En primer lugar, el CES quiere llamar la atención sobre la enorme dificultad que en-

traña la lectura y correcta interpretación de esta parte del articulado, debido a que el legislador recurre con profusión a remisiones normativas, tanto a preceptos de la propia norma como a disposiciones de otras leyes, en muchas ocasiones de manera encadenada. El CES considera que, en este caso, la utilización de la técnica de la remisión en aras de una mayor economía legislativa, va en detrimento de la claridad y la aplicabilidad de la norma, debiendo lograrse un mejor equilibrio entre ambos fines.

También en el terreno de la técnica legislativa y en aras de una mayor seguridad jurídica en un ámbito tan delicado de la regulación de la contratación pública, deberían evitarse las remisiones a las normas de desarrollo, como ocurre en el artículo 71.1.d) o en el artículo 72.5.

### **Artículo 87. Acreditación de la solvencia económica y financiera**

En este artículo se relacionan, sin que suponga una lista cerrada, los medios por los que podrá acreditarse la solvencia económica y financiera del empresario que concurra a una licitación. A este respecto, el CES estima necesario que para la acreditación de dicho extremo se debería requerir a los licitadores la aportación de los parámetros y fuentes documentales que reflejen de la manera más nítida posible su estado de solvencia a la fecha en que este concurra a la licitación.

El objetivo de la acreditación de la solvencia económica y financiera por el contratista es asegurar que posee y previsiblemente

conservará la capacidad necesaria para ejecutar el contrato, razón por la que el CES estima procedente que, con independencia de aquellos requisitos que puedan establecer los poderes adjudicadores, el precepto contemple la conveniencia de comunicar no solo los datos de los últimos estados financieros depositados en el Registro Mercantil, sino también los hechos más relevantes que le puedan afectar entre las últimas cuentas depositadas y la licitación.

El CES pretende con ello, en suma, una mayor garantía en la acreditación de la solvencia del contratista para concurrir a los procesos de licitación, sin menoscabo ni gravamen en el acceso de las pymes a los contratos públicos, en consonancia con el principio de simplificación administrativa que inspiran las Directivas que se transponen.

### **Artículo 99. Objeto del contrato**

En este artículo se regula la división por lotes de los contratos públicos para permitir que las pequeñas y medianas empresas participen en el mercado de la contratación pública. En este sentido, el artículo 99 exige al órgano de contratación que justifique debidamente su decisión cuando no se dividan los contratos en lotes y ofrece una serie de motivaciones por las que esa división puede no realizarse. Al respecto, el CES considera favorable que el Anteproyecto promueva la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, sin embargo, cree necesario apuntar que, para asegurar la ejecución correcta del contrato, la división por

lotes debería hacerse por unidades completas de producción y no por actividades productivas independientes.

### **Artículos 103 a 105. Revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público**

Estos artículos conforman el capítulo II del título III del Anteproyecto, que recoge los términos en que los precios de los contratos del sector público podrán estar sujetos a revisión. Dicho capítulo supone, en la mayoría de los casos, una supresión del sistema de revisión de precios que ha venido funcionando hasta la fecha. Esta supresión encuentra su justificación en la Ley 2/2015 de 30 de marzo, de Desindexación de la economía española.

El CES considera que el texto del Anteproyecto debería tener en cuenta un sistema de revisión de precios de los contratos que, previendo la parte de riesgo empresarial que debe asumir el adjudicatario, mantenga el razonable equilibrio económico de las prestaciones en los contratos públicos de larga duración, de manera que se eviten situaciones poco deseadas o complicadas por las alteraciones que se puedan producir en los costes imputados en ellos.

### **Artículo 130. Información sobre condiciones de subrogación en contratos de trabajo**

Este artículo establece que, cuando el correspondiente convenio colectivo im-

ponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

En primer lugar, el CES considera que, en aras de la transparencia, la información a la que hace referencia este artículo deberá constar en todo caso en el pliego.

En segundo lugar, en opinión de este Consejo, lo dispuesto en este precepto debería ser también de aplicación a los socios trabajadores en los supuestos en que el contratista saliente sea una cooperativa. Con ello se pretende salvaguardar los derechos de los socios trabajadores cuyos contratos se subrogan, al vincular al nuevo adjudicatario de la concesión en el respeto y la garantía de los derechos, que como socios tenían en sus cooperativas, en cumplimiento del artículo 86.2 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

En tercer lugar, el texto contempla la imposición de penalidades al contratista para el supuesto de incumplimiento de la obligación prevista en este artículo. A este respecto, el CES considera que, en dicho supuesto, la norma debería establecer la posibilidad de declarar nulo el contrato de licitación.

Finalmente, se señala que el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará la obligación del contratista de responder a los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación y que, en caso de que se produzca ese impago, la Administración podrá proceder a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, así como a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos.

A juicio de este Consejo, la norma debe garantizar el cumplimiento de las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación, de modo que, cuando se produzca un impago de salarios, la Administración deberá proceder en todos los casos a la retención de las cantidades debidas al contratista. Por tanto, el CES estima que el texto de la norma debería sustituir la previsión de “podrá proceder” por “deberá proceder”.

### **Artículo 147. Ofertas anormalmente bajas**

En este artículo se contempla el régimen jurídico al que estarán sujetas las ofertas anormalmente bajas que hayan sido identificadas como tal por el órgano de contratación o la mesa de contratación. A este respecto, el CES considera necesario que en este punto del presente Anteproyecto se establezca explícitamente que en ningún caso se adjudicarán contratos públicos a

ofertas temerarias o que se presuman que no se van a ejecutar.

Este precepto, en su apartado cuarto, establece que la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación al licitador o licitadores de la oferta u ofertas incursas en presunción de anormalidad sobre aquellas condiciones de la mismas que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de estas y, en particular, en lo que se refiere a una serie de valores, entre los que se encuentran los relativos al respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral (letra d); y a la posible obtención de una ayuda de Estado (letra e).

En relación con el valor relativo al respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, el CES considera que el mismo, en ningún caso, debería constituir una condición o elemento de la oferta que sea susceptible de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma. En opinión de este Consejo, el respeto de las obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral deben estar siempre y en todo caso garantizadas plenamente en la oferta presentada por el licitador.

### **Artículos 201 a 205. Modificación de los contratos**

Estos artículos del Anteproyecto recogen las características y condiciones que se deben cumplir para la modificación de los

contratos, haciéndose una relación prolija de cómo se debe llevar a cabo, diferenciando entre las modificaciones previstas y las no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y, dentro de estas últimas, diferenciando entre las modificaciones por cuestiones adicionales, por circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles, y las que no sean sustanciales.

No obstante, los requisitos que se establecen para cada uno de los casos van más allá de lo establecido en el artículo 72 y los considerandos de la Directiva 2014/24/UE, haciendo más compleja la puesta en marcha de una modificación de un contrato por cuestiones adicionales. El CES considera que sería conveniente, para evitar interpretaciones, dudas o desajustes de nuestra normativa con la Directiva comunitaria, intentar buscar una redacción más acorde con la norma europea, tratando de aclarar más su artículo 72, simplificando su redactado y teniendo en cuenta que el régimen de modificados permite el desenvolvimiento ágil de un contrato y evita complicaciones o resoluciones indeseadas, favorece la ejecución de la prestación y está, en todo caso, bajo la supervisión tanto del órgano de contratación como de la Intervención competente. Sin embargo, y sin que ello suponga un impedimento para una redacción más acorde con la Directiva comunitaria, el CES también considera conveniente que se establezcan unos requisitos más sólidos y rigurosos para la modificación de los contratos, de manera

que las licitaciones se realicen sobre proyectos que sean lo más fieles posibles a los resultantes de la posterior introducción de los modificados.

## **Artículos 213 y siguientes.**

### **Subcontratación**

En estos artículos se establecen las condiciones en los que el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, los requisitos que la celebración de los subcontratos deberá cumplir, las obligaciones del contratista en relación a los pagos a subcontratistas y suministradores, y la posibilidad de comprobación por parte de los órganos de contratación del cumplimiento estricto de dichos pagos.

A juicio del CES, las obligaciones para el licitador recogidas en estos artículos pueden suponer una complicación en la organización de las empresas, pudiendo dificultar el desarrollo de sus actividades.

Asimismo, la Directiva 2014/24/UE posibilita a los Estados la disposición de normas específicas que aseguren que los subcontratistas cumplan con el derecho medioambiental, social y laboral, así como la posibilidad, contemplada en el considerando 105 y en el artículo 71.7, de pago directo a los subcontratistas, en los términos de lo dispuesto en el artículo 1.597 de nuestro Código Civil relativo a la acción directa del subcontratista.

En este sentido, el CES considera que se deberían estudiar vías aplicables a las

Administraciones, organismos y entidades mercantiles públicas que operan, en tanto que entes adjudicadores, como dueños de la obra; no obstante, consciente de las dificultades que ello representa, fundamentalmente debido a la disparidad de plazos existente entre la contratación administrativa y la mercantil y a la aún persistente morosidad del sector público en los pagos, a juicio del CES deberían articularse asimismo vías encaminadas a conseguir que los plazos de pago se respeten en todos los escalones de la cadena productiva, de modo que el conjunto de los intervinientes en un contrato público reciban la contraprestación a sus servicios debidamente y en plazo, de modo que no se ponga en peligro la viabilidad de las empresas.

### **Artículo 226. Creación de centrales de contratación por las comunidades autónomas y entidades locales y artículo 227. Régimen general de la contratación centralizada en el ámbito estatal**

Respecto a la posibilidad de contratación centralizada de los suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas a que hace referencia este artículo, el CES considera que debería garantizarse la cooperación entre todas las administraciones participantes, ya que resultaría más eficaz y acorde con el Estado de las Autonomías.

### **Artículos 268 y 288. Responsabilidad patrimonial de la Administración en el sistema de concesiones**

El artículo 268 del presente Anteproyecto recoge los casos en que el contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico. Por su parte, el artículo 288 indica aquellos casos en que el contrato de concesión de servicios podrá ser modificado por la Administración y, dentro de estos casos, aquellos en que se deberá mantener el equilibrio económico del contrato. En ambos artículos se suprime el supuesto de “causas imprevisibles” como uno de los escenarios que justificaría el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

El CES considera que para continuar con un régimen jurídico adecuado en las concesiones administrativas, sería conveniente prever un sistema para restablecer el equilibrio económico del contrato en caso de producirse causas imprevisibles, pues, por una parte, este tipo de contrato se prolonga mucho en el tiempo y, por otra, se hace necesario un cierto respaldo por parte de la Administración para obtener la financiación adecuada para acometer este tipo de proyectos que ya de por sí son muy costosos, no solo en trabajo, en proyecto y en ejecución, sino también en gestión y financiación a lo largo de toda su vida.

## **5. Conclusiones**

El CES remite las conclusiones del presente dictamen a las que se desprenden de

lo expresado en las observaciones generales y particulares contenidas en el mismo.

Madrid, 25 de junio de 2015

*V.º. B.º El Presidente*  
Marcos Peña Pinto

*La Secretaria General*  
Soledad Córdova Garrido