



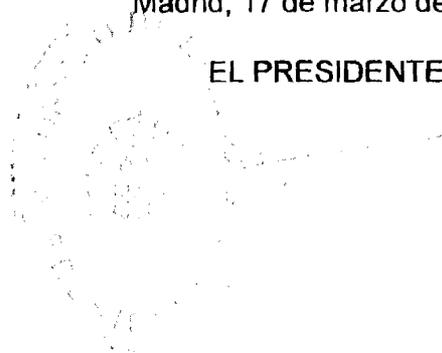
CONSEJO DE ESTADO

Núm.: 1.115/2015

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en el expediente de referencia, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del R. D. 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 17 de marzo de 2016

EL PRESIDENTE,



CONSEJO DE ESTADO
REGISTRO GENERAL

21 Mar. 2016

Número 1.115/2015 Hora 13:03

SALIDA

EXCMO. SR. MINISTRO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 1.115/2015

SEÑORES:

Romay Beccaría, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Fernández de la Vega Sanz
Alonso García
Villanueva Prieto
Velarde Fuertes
Escudero López
Peña Pinto
Madrugal Martínez-Pereda
Pau Pedrón
Silva de Lapuerta
Pendás García
Valcárcel Bernaldo de Quirós
Laborda Martín
Tocino Biscarolasaga
Silva Sánchez
Ortega y Díaz Ambrona
Palacio Vallelersundi
Cava de Llano y Carrió
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2016, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por mayoría, el siguiente dictamen:

“El Consejo de Estado ha examinado el anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, remitido por V. E. el 23 de octubre de 2015 (entrada en este Cuerpo Consultivo el día 27 siguiente).

De antecedentes resulta:

Primero.- Estructura del anteproyecto de Ley.

El anteproyecto de Ley consta de ciento veintiséis artículos, distribuidos en un título preliminar y ocho títulos. Además, incluye cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria única, siete disposiciones finales y diez anexos.



CONSEJO DE ESTADO

En concreto, la estructura del anteproyecto es:

TÍTULO PRELIMINAR. Objeto de la ley y definiciones

ARTÍCULO 1. Objeto de la Ley

ARTÍCULO 2. Definiciones

ARTÍCULO 3. Nomenclatura

ARTÍCULO 4. Métodos para calcular el valor estimado de los contratos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición

TÍTULO I. Disposiciones generales

CAPÍTULO I. Ámbito de aplicación subjetiva

ARTÍCULO 5. Entidades sujetas a esta Ley

ARTÍCULO 6. Derechos especiales o exclusivos

CAPÍTULO II. Ámbito de aplicación objetiva

SECCIÓN 1ª. De las actividades reguladas

ARTÍCULO 7. Disposiciones comunes

ARTÍCULO 8. Agua

ARTÍCULO 9. Gas y calefacción

ARTÍCULO 10. Electricidad

ARTÍCULO 11. Servicios de transporte

ARTÍCULO 12. Puertos y aeropuertos

ARTÍCULO 13. Servicios postales

ARTÍCULO 14. Prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos

ARTÍCULO 15. Contratos mixtos

ARTÍCULO 16. Régimen jurídico de los contratos destinados a la realización de varias actividades

SECCIÓN 2ª Exclusiones



CONSEJO DE ESTADO

SUBSECCIÓN 1ª. Exclusión de actividades sometidas directamente a la competencia

ARTÍCULO 17. Exclusión de actividades sometidas directamente a la competencia

SUBSECCIÓN 2ª. Contratos excluidos

ARTÍCULO 18. Contratos excluidos por razón de su finalidad

ARTÍCULO 19. Exclusiones en los ámbitos del agua y la energía

ARTÍCULO 20. Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios y de concesión de servicios

ARTÍCULO 21. Contratos y concurso de proyectos relacionados con el ámbito internacional

ARTÍCULO 22. Contratos de servicios adjudicados sobre la base de un derecho exclusivo

ARTÍCULO 23. Contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad

ARTÍCULO 24. Contratos con empresas asociadas y con empresas conjuntas

SUBSECCIÓN 3ª. Sistemas de cooperación pública excluidos

ARTÍCULO 25. Encargos a medios propios personificados

ARTÍCULO 26. Convenios

CAPÍTULO III. Principios de contratación y confidencialidad

ARTÍCULO 27. Principios de la contratación

ARTÍCULO 28. Confidencialidad

ARTÍCULO 29. Conflictos de intereses

TÍTULO II. Capacidad y clasificación de los operadores económicos

CAPÍTULO I. Capacidad y solvencia de los licitadores

ARTÍCULO 30. Capacidad de los operadores económicos

ARTÍCULO 31. Agrupaciones de empresarios

CAPÍTULO II. Clasificación de las empresas

ARTÍCULO 32. Régimen de clasificación

ARTÍCULO 33. Sistema de clasificación propio



CONSEJO DE ESTADO

- ARTÍCULO 34. Publicidad del sistema de clasificación propio de las entidades contratantes
- ARTÍCULO 35. Criterios de clasificación
- ARTÍCULO 36. Requisitos relativos a capacidades de otras entidades
- ARTÍCULO 37. Información a los candidatos
- ARTÍCULO 38. Imparcialidad en la clasificación y relación de empresas clasificadas
- ARTÍCULO 39. Anulación de clasificaciones
- ARTÍCULO 40. Convocatoria de licitación por medio de un anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación

TÍTULO III. Preparación y documentación del contrato

- ARTÍCULO 41. Consultas preliminares del mercado
- ARTÍCULO 42. Delimitación del objeto del contrato
- ARTÍCULO 43. Pliegos de condiciones
- ARTÍCULO 44. Comunicación de las prescripciones
- ARTÍCULO 45. Prescripciones técnicas
- ARTÍCULO 46. Etiquetas
- ARTÍCULO 47. Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba
- ARTÍCULO 48. Normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental
- ARTÍCULO 49. Reconocimiento mutuo en cuanto a condiciones técnicas o financieras y en cuanto a certificados, pruebas y justificantes
- ARTÍCULO 50. Definiciones de las prescripciones técnicas
- ARTÍCULO 51. Instrucciones y reglamentos técnicos obligatorios



TÍTULO IV. Procedimientos de adjudicación de contratos

- CAPÍTULO I. Objeto, contenido mínimo y plazo de duración de los contratos
- ARTÍCULO 52. Objeto del contrato



CONSEJO DE ESTADO

ARTÍCULO 53. Contenido mínimo del contrato

ARTÍCULO 54. Plazo de duración de los contratos

CAPÍTULO II. Requisitos de los candidatos o licitadores

ARTÍCULO 55. Exigencia de solvencia

ARTÍCULO 56. Criterios de selección cualitativa de candidatos y licitadores

ARTÍCULO 57. Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para contratar

CAPÍTULO III. Procedimientos de adjudicación

SECCIÓN 1ª. Normas generales

ARTÍCULO 58. Principios generales

ARTÍCULO 59. Obligación de notificación y exclusión de actuaciones y prácticas restrictivas de la competencia

ARTÍCULO 60. Cómputo de plazos

ARTÍCULO 61. Normas aplicables a las comunicaciones

ARTÍCULO 62. Participación previa de candidatos o licitadores

ARTÍCULO 63. Invitación a los candidatos seleccionados

ARTÍCULO 64. Información a los candidatos y licitadores

ARTÍCULO 65. Contratos reservados

ARTÍCULO 66. Criterios de adjudicación del contrato

ARTÍCULO 67. Definición y cálculo del ciclo de vida

ARTÍCULO 68. Admisión de variantes

ARTÍCULO 69. Ofertas anormalmente bajas

ARTÍCULO 70. Preferencia de ofertas comunitarias en los contratos de suministro

ARTÍCULO 71. Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la entidad contratante

ARTÍCULO 72. Adjudicación de los contratos

ARTÍCULO 73. Perfección y formalización de los contratos

SECCIÓN 2ª. Publicidad de las licitaciones



CONSEJO DE ESTADO

ARTÍCULO 74. Perfil de contratante

ARTÍCULO 75. Plataforma de Contratación del Sector Público

ARTÍCULO 76. Anuncios periódicos indicativos

ARTÍCULO 77. Convocatoria de licitación

ARTÍCULO 78. Anuncios de licitación

ARTÍCULO 79. Anuncios de formalización de contratos

ARTÍCULO 80. Criterios y modalidades de publicación de los
anuncios

SECCIÓN 3ª. Tipos de procedimiento

ARTÍCULO 81. Procedimientos de adjudicación

ARTÍCULO 82. Procedimiento abierto

ARTÍCULO 83. Procedimiento restringido

ARTÍCULO 84. Procedimiento de licitación con negociación

ARTÍCULO 85. Procedimiento negociado sin publicidad

ARTÍCULO 86. Diálogo competitivo

ARTÍCULO 87. Asociación para la innovación

TÍTULO V. Técnicas de racionalización de la contratación y concursos de
proyectos

CAPÍTULO I. Centrales de compras

ARTÍCULO 88. Actividades de compra centralizada y centrales de
compras

ARTÍCULO 89. Contratación conjunta esporádica

ARTÍCULO 90. Contratación con intervención de entidades
contratantes de diferentes Estados miembros de la
Unión Europea

ARTÍCULO 91. Contratos y acuerdos marco celebrados con las
centrales de compras

CAPÍTULO II. Acuerdos marco

ARTÍCULO 92. Acuerdos marco

CAPÍTULO III. Sistemas dinámicos de adquisición



CONSEJO DE ESTADO

ARTÍCULO 93. Delimitación

ARTÍCULO 94. Implementación

ARTÍCULO 95. Incorporación de empresas al sistema

ARTÍCULO 96. Adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición

CAPÍTULO IV. Subastas electrónicas y catálogos electrónicos

ARTÍCULO 97. Subastas electrónicas

ARTÍCULO 98. Catálogos electrónicos

CAPÍTULO V. Concursos de proyectos

ARTÍCULO 99. Organización del concurso de proyectos

ARTÍCULO 100. Número de participantes

ARTÍCULO 101. Ámbito de aplicación del concurso de proyectos

ARTÍCULO 102. Publicidad del concurso de proyectos

ARTÍCULO 103. Comunicaciones en los concursos de proyectos

ARTÍCULO 104. Jurado del concurso de proyectos

TÍTULO VI. Ejecución y extinción de los contratos

CAPÍTULO I. De la ejecución del contrato

ARTÍCULO 105. Condiciones de ejecución del contrato

ARTÍCULO 106. Obligaciones relativas a las disposiciones en materia fiscal, de protección del medio ambiente, del empleo y de condiciones de trabajo

ARTÍCULO 107. Subcontratación

ARTÍCULO 108. Pagos a subcontratistas y suministradores y comprobación de los mismos

CAPÍTULO II. De la modificación de los contratos

ARTÍCULO 109. Supuestos de modificación

ARTÍCULO 110. Modificaciones previstas en el pliego de condiciones

ARTÍCULO 111. Modificaciones no previstas en el pliego de condiciones



CONSEJO DE ESTADO

ARTÍCULO 112. Procedimiento y publicidad de las modificaciones

CAPÍTULO III. De la resolución de los contratos

ARTÍCULO 113. Resolución de contratos

TÍTULO VII. Invalidez, reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos

CAPÍTULO I. Régimen de invalidez

ARTÍCULO 114. Supuestos de invalidez

ARTÍCULO 115. Causas de nulidad de derecho administrativo

ARTÍCULO 116. Causas de anulabilidad de derecho administrativo

ARTÍCULO 117. Efectos de la declaración de nulidad

ARTÍCULO 118. Causas de invalidez de derecho civil

CAPÍTULO II. Reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos

ARTÍCULO 119. Objeto de reclamaciones

ARTÍCULO 120. Órgano competente para la resolución de la reclamación

ARTÍCULO 121. Régimen jurídico de la reclamación

ARTÍCULO 122. Efectos de la resolución de la reclamación en materia de contratación

CAPÍTULO III. Solución extrajudicial de conflictos

ARTÍCULO 123. Arbitraje

TÍTULO VIII. Obligaciones de información y organización administrativa

ARTÍCULO 124. Información sobre los contratos

ARTÍCULO 125. Registros de Contratos

ARTÍCULO 126. Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

DISPOSICIONES:



CONSEJO DE ESTADO

Disposición Adicional Primera. Prohibiciones de contratar
Disposición Adicional Segunda. Cláusula de trato no menos favorable
Disposición Adicional Tercera. Impuesto sobre el Valor Añadido
Disposición Adicional Cuarta. Responsabilidad del personal al servicio de las entidades contratantes pertenecientes al sector público
Disposición Adicional Quinta. Accesibilidad

Disposición Transitoria única

Disposición Derogatoria única

Disposición Final Primera. Justificación de esta Ley
Disposición Final Segunda. Títulos competenciales y carácter de la legislación
Disposición Final Tercera. Actualización de cifras fijadas por la Unión Europea
Disposición Final Cuarta. Actualización de plazos
Disposición Final Quinta. Modelos de notificación de adjudicación de contratos.
Disposición Final Sexta. Desarrollo reglamentario
Disposición Final Séptima. Entrada en vigor

ANEXOS:

- ANEXO I. Servicios a que se refieren los artículos 1.a)
- ANEXO II. Actividades a que se refiere el artículo 2.b) relativo al contrato de obras
- ANEXO III. Información que debe figurar en los anuncios sobre la existencia de un sistema de clasificación.
- ANEXO IV. Requisitos relativos a las herramientas y a los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, de las solicitudes de participación de las solicitudes de clasificación o de los planos y proyectos en los concursos
- ANEXO V. Contenido de las invitaciones a presentar una oferta, a participar en el diálogo o a negociar previstas en el artículo 63
- ANEXO VI. Información que debe figurar en los anuncios periódicos indicativos y en los anuncios de publicación en el perfil de contratante
- ANEXO VII. Información que debe figurar en los anuncios de licitación

Q



CONSEJO DE ESTADO

- ANEXO VIII. Información que debe figurar en los anuncios de formalización
- ANEXO IX. Información que debe figurar en los anuncios de los concursos de proyectos
- ANEXO X. Información que debe figurar en los anuncios de modificación de los contratos durante su vigencia

Segundo.- Contenido del anteproyecto

El título preliminar se refiere al objeto y las definiciones correspondientes a los conceptos utilizados en el texto conforme a las previsiones de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Se regulan los procedimientos de adjudicación convocados por las "entidades contratantes" de contratos de concesión de obras o de servicios en los sectores de energía, los transportes y los servicios postales.

El título I ("Disposiciones generales") se divide en tres capítulos.

El capítulo I define el ámbito de aplicación subjetiva que comprende los poderes adjudicadores, las empresas públicas y las entidades privadas que tengan atribuidos derechos especiales o exclusivos, exceptuándose las Administraciones públicas –que quedan sujetas a la regulación contenida en la Ley de Contratos del Sector Público-.

El capítulo II delimita el ámbito objetivo de la Ley, determinando la naturaleza de los contratos regulados y su contenido material. En comparación con la Ley 31/2007, el anteproyecto contiene una regulación más amplia y detallada de las exclusiones de su ámbito objetivo, de los contratos mixtos y de los destinados a la realización de determinadas actividades. Además, se regulan, por primera vez, los encargos a medios propios personificados por parte de las entidades contratantes que sean poderes adjudicadores y los convenios celebrados entre entidades pertenecientes al sector público.



CONSEJO DE ESTADO

El capítulo III recoge los principios que rigen la contratación, con especial referencia a los de garantía de unidad de mercado y de libre competencia y disciplina el tratamiento de la confidencialidad y de los conflictos de intereses. Entre las regulaciones establecidas, destaca la imposición a las entidades de contratación de la obligación de adoptar medidas para garantizar que sus empresas contratistas cumplen las obligaciones de índole medioambiental, social y laboral que resulten aplicables.

El título II ("Capacidad y clasificación de los operadores económicos") se divide en dos capítulos. El capítulo I regula la capacidad y solvencia de los licitadores, introduciéndose como novedad que el régimen de prohibiciones para contratar contenido en la Ley de Contratos del Sector Público resulta de aplicación a todas las entidades contratantes y no solo a los organismos de derecho público y a las empresas públicas como se establece en la Ley 31/2007. El capítulo II, por su parte, regula la clasificación de las empresas, estableciendo un sistema potestativo de contratistas cuya finalidad será determinada por la entidad contratante.

El título III ("Preparación y documentación del contrato") regula la materia indicada en su rúbrica. Introduce como novedad las consultas preliminares del mercado con las correspondientes cautelas para asegurar una libre y leal competencia. Además, regula las etiquetas con la finalidad de acreditar que los bienes, productos y servicios se ajustan a las características medioambientales, sociales o de innovación establecidas en el pliego de condiciones.

El título IV ("Procedimientos de adjudicación de los contratos") se estructura en tres capítulos. El capítulo I regula el objeto, contenido mínimo y el plazo de duración de los contratos. En cuanto al objeto, exige su determinación, prohibiendo su fraccionamiento con ánimo de defraudar y establece las condiciones en que puede limitarse o realizarse su división en lotes, con expresa referencia a las ofertas integradoras. El capítulo II regula los requisitos de los candidatos o licitadores e introduce la declaración



CONSEJO DE ESTADO

responsable como prueba preliminar de la acreditación del cumplimiento de los requisitos para contratar. El capítulo III, finalmente, está dividido en tres secciones. Impone la obligación de rechazar las ofertas anormalmente bajas o que no cumplan las obligaciones medioambientales, sociales o laborales aplicables. Introduce también la obligación de las entidades contratantes de dar traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o a la autoridad autonómica competente cuando aprecieren la eventual existencia de indicios fundados en conductas colusorias apreciadas con ocasión de la tramitación de los procedimientos de contratación. Regula de manera precisa los procedimientos abierto, restringido y negociado e introduce los de diálogo competitivo y asociación para la innovación.

El título V ("Técnicas de racionalización de la contratación y concursos de proyectos") consta de cinco capítulos. Regula las centrales de compra, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas y los catálogos electrónicos, así como los concursos de proyectos. En concreto, se disciplinan las técnicas de contratación relacionadas con las nuevas formas electrónicas de compra. Además, norma por primera vez la contratación conjunta esporádica entre dos o más entidades contratantes y la contratación con intervención de entidades de diferentes Estados miembros de la Unión Europea.

El título VI ("Ejecución y extinción de los contratos") se subdivide en tres capítulos. El capítulo I regula la ejecución del contrato de forma análoga a la contenida en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Impulsa la incorporación de consideraciones sociales, laborales, medioambientales y de innovación y desarrollo en las condiciones de ejecución. Regula de manera detallada la subcontratación, los pagos a subcontratistas y suministradores y su comprobación conforme a los mismos criterios que los establecidos en la ya citada Ley de Contratos del Sector Público. El capítulo II disciplina la modificación de los contratos, introduciendo por primera vez límites a las que se pueden llevar a efecto y estableciendo la obligatoriedad de darles publicidad en algunos casos. El capítulo III regula finalmente la resolución de los contratos.





CONSEJO DE ESTADO

El título VII (“Invalidez, reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos”) consta de 3 capítulos. La regulación proyectada se acomoda en términos generales a la contenida en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Permite la solución extrajudicial de conflictos, amplía las causas de nulidad, incluyendo entre ellas el incumplimiento del derecho de la Unión Europea, el incumplimiento de las condiciones exigidas para la modificación de los contratos y la realización de encargos o la celebración de contratos con empresas asociadas o conjuntas cuando no se cumplan los requisitos precisos.

El título VIII versa sobre las obligaciones de información y organización administrativa. Establece un mecanismo de control más intenso de la actividad contractual por parte de la Administración a través de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Las disposiciones adicionales regulan las prohibiciones para contratar, la cláusula de trato no menos favorable, el impuesto sobre el valor añadido, la responsabilidad del personal al servicio de las entidades contratantes pertenecientes al Sector Público y la accesibilidad. La disposición transitoria regula la situación de los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la ley y que no están culminados. La disposición derogatoria abroga expresamente la Ley 31/2007, de 3 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Las disposiciones finales están referidas a la transposición de las directivas comunitarias, señalando que la ley incorpora la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, y lo que resulta de aplicación de 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; identifican los títulos competenciales a cuyo amparo se dicta la norma y el carácter de esta y que son la competencia estatal en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, establecida en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, y en consecuencia, es de aplicación general a

Q



CONSEJO DE ESTADO

todas las Administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. Señalan que no tendrán carácter básico los siguientes artículos: 23, 33.4, 57, apartados 2.f) y 5, 57.10, primer párrafo, 61, apartados 9.d) y 10, 69.3, párrafo tercero, 73 apartados 2 y 3, 107.9 y 126 y la disposición adicional segunda. Hacen referencia a la actualización de las cifras fijadas por la Unión Europea y de los plazos. Autorizan al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para establecer los modelos de notificación de la adjudicación de contratos. Habilitan al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la ley y disponen que la norma entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El anteproyecto contiene además diez anexos.

Tercero.- Al anteproyecto se acompaña el expediente instruido con ocasión de su elaboración y en el que se reflejan los trámites habidos. En él, constan:

a) Resolución de la Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se crea el Grupo de trabajo para la modificación de la legislación vigente de contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, a efectos de la transposición de las nuevas directivas comunitarias aprobadas en la materia.

b) Documentación de los primeros trabajos del anteproyecto del mes de enero de 2015, memoria del análisis de impacto normativo y tabla de correspondencias.

Observaciones formuladas por el Ministerio de Fomento el 11 de febrero de 2015 y por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, el 13 de abril de 2015.

c) Primer texto del anteproyecto de 5 de febrero 2015, la memoria del análisis de impacto normativo y la tabla de correspondencias.





CONSEJO DE ESTADO

Observaciones al primer texto del anteproyecto: observaciones formuladas por la Abogacía del Estado el 20 de marzo de 2015; por la Intervención General de la Administración del Estado el 19 de febrero de 2015; por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 26 de febrero de 2015 y su conformidad de 9 de marzo; por la SEPI de 5 de febrero de 2015 y su conformidad de 12 de marzo y por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, de 2 de marzo de 2015 y su conformidad de 12 de marzo.

d) Segundo texto del anteproyecto, de 6 marzo de 2015, la memoria del análisis del impacto normativo y la tabla de correspondencias.

Observaciones del Ministerio de Economía y Competitividad de 24 de marzo de 2015; del Ministerio de Fomento de 25 de marzo de 2015 y de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, sin fechar.

e) Tercer texto del anteproyecto, de 7 de abril de 2015 y su memoria del análisis de impacto normativo.

Observaciones del Ministerio de Fomento de 7 de abril de 2015 y de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, ambos de 9 de abril de 2015.

f) Texto tomado en consideración por el Consejo de Ministros en su reunión de 17 de abril de 2015.

g) Documentación acreditativa de la información pública y audiencia. Entre ella, se cuenta la Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, de 21 de abril de 2015, por la que se acuerda la apertura de un periodo de información pública del anteproyecto, publicada en el "Boletín Oficial del Estado" de 24 de abril; la certificación de publicación en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del trámite de información pública y la relación de escritos remitidos a asociaciones empresariales, Colegios profesionales, organizaciones diversas y Comunidades

9



CONSEJO DE ESTADO

Autónomas, comunicando la apertura de un periodo de información pública y modelo de escrito.

Escritos de alegaciones presentados por AEAS (Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamiento); AGA (Asoc. Española Empresas Gestoras de Servicios de Agua Urbana); AGBAR (Sociedad General de Aguas de Barcelona); ASAC (Agrupació de Serveis D'Aigua de Catalunya); Bahía de Bizkaia Gas, S. L.; CEOE (Confederación Española de Organizaciones Empresariales); CNC (Confederación Nacional de la Construcción); FENEBUS (Federación Nal. Empresarial Transporte en Autobús); Gas Natural Fenosa, SDG; Iberdrola España, S. A.; REDESA, S. A.; SEDIGAS (Asociación Española del Gas); Transports Metropolitans de Barcelona; Transportes Urbanos de Zaragoza; UNESA (Asociación Española de la Industria Eléctrica) y CTM (Consortio de Transportes de Mallorca); Comisiones Obreras (CC.OO.); Unión General de Trabajadores (UGT); y de los siguientes particulares: don Juan Carlos Gómez Guzmán.

Alegaciones presentadas por la Comunidad de Madrid (Consejería de Economía y Hacienda) el 27 de mayo; por la Generalidad de Cataluña (Consejería de Presidencia) el 21 de mayo y por la Junta de Andalucía (Consejería de Hacienda y Administración Pública y Comisión Consultiva de Contratación Pública).

h) Informes del Consejo General del Poder Judicial de 11 de junio de 2015; del Consejo Económico y Social de 25 de junio de 2015; del Tribunal de Cuentas de 6 de julio de 2015; de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2015; de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) de 14 de mayo de 2015, y de la Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) de 13 de julio de 2015.

i) Informe relativo a las alegaciones recibidas durante el trámite de información pública y audiencia.

j) Texto del anteproyecto de 14 de septiembre de 2015.



CONSEJO DE ESTADO

k) Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de septiembre de 2015, favorable a la aprobación de la norma elaborada.

l) Texto del anteproyecto de 21 de octubre de 2015.

m) Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 21 de octubre, en el que se informa favorablemente el texto elaborado.

n) Texto definitivo del anteproyecto sometido a dictamen del Consejo de Estado, memoria del análisis de impacto normativo y tabla de correspondencias entre la norma actualmente vigente y la elaborada.

Cuarto.- Memoria del análisis de impacto normativo

Acompaña al anteproyecto una extensa memoria del análisis de impacto normativo que da cuenta de su estructura, de la tramitación seguida para su elaboración y de su contenido.

Señala que el 28 de marzo de 2014 el "Diario Oficial de la Unión Europea" publicó la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, que debe ser incorporada a nuestro ordenamiento jurídico. A tal fin se ha elaborado el anteproyecto de Ley que, además, acomete una reforma de la vigente Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La memoria expresa que los principales objetivos que persigue esta reforma son: la transposición de las nuevas directivas; la mejora de la regulación actualmente existente, solventando las dificultades apreciadas hasta el momento; la mejora de la eficiencia en la contratación pública valiéndose de la contratación electrónica; la mejora de la integridad y la transparencia en la contratación pública; la simplificación y el abaratamiento de la gestión de los

9



CONSEJO DE ESTADO

procedimientos de contratación pública mediante la consecución y el establecimiento de procedimientos administrativos más ágiles y más accesibles para las pequeñas y medianas empresas y, en fin, el fomento de la utilización de la contratación en los sectores excluidos como herramienta de política de defensa de la competencia, social, laboral, medioambiental y de innovación y desarrollo.

La memoria expone el fundamento constitucional que habilita al Estado para dictarla -artículo 149.1.18ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica sobre contratos-.

En lo tocante a los impactos de la futura norma, examina exhaustivamente el económico-general. En concreto, señala que "mediante la aplicación de normas comunes de contratación, se abre a los operadores económicos un gran mercado en el que se garantizan la publicidad y concurrencia de las adquisiciones e inversiones en el ámbito del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que las denominadas "entidades contratantes" tienen intención de celebrar y se asegura un alto nivel de competencia entre los operadores para la obtención de las adjudicaciones y, en consecuencia, se concretan los efectos beneficiosos para la economía asociados a la existencia de un adecuado nivel de competencia". Añade que el anteproyecto profundiza en la previsión de la metodología que determina la adjudicación de un contrato a la oferta económicamente más ventajosa, a través del reforzamiento de dos elementos que deben tenerse en cuenta en el momento de la adjudicación que, por tanto, es el de la determinación del precio efectivo del contrato. En primer lugar, se enfatiza la necesidad de que los criterios de adjudicación permitan una comparación objetiva del valor ofertado que pueda determinar en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la económicamente más ventajosa. Y, por otro lado, se refuerza la exigencia de que la oferta económicamente más ventajosa se pueda evaluar desde criterios de coste-eficacia, no reteniendo exclusivamente el precio sino estimulando la valoración basada en otros criterios económicos, entre otros, el más relevante, del ciclo de costes en que incurre el bien o servicio adquirido a lo largo de su vida útil.

Q



CONSEJO DE ESTADO

En relación con los efectos sobre el empleo, se dice que el anteproyecto desarrolla los esquemas adecuados para promover el acceso de la PYME a los procesos de contratación pública. En la medida en que estas empresas son intensivas en el uso del factor trabajo, debe entenderse que el anteproyecto es proactivo en materia de creación de empleo.

En lo tocante a los efectos sobre la innovación, presta una especial atención a esta. En tal sentido configura un nuevo procedimiento de adjudicación, el *“procedimiento de asociación para la innovación”* que se estructura como un acuerdo de colaboración entre el órgano de contratación y uno o varios empresarios, cuando las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación. El procedimiento se desarrolla en fases sucesivas: selección de los empresarios que presentarán proyectos de investigación e innovación, formalización al efecto de un acuerdo de colaboración, negociación de las propuestas presentadas y adjudicación de los contratos derivados del acuerdo para la innovación.

La norma no introduce cargas administrativas nuevas, dice la memoria. Antes al contrario, se ha propiciado una simplificación del procedimiento mediante una reducción de los plazos de tramitación y mediante la introducción, con carácter general, de la declaración responsable en los procedimientos de contratación como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos para contratar por parte de las empresas.

Los mecanismos contenidos en la Ley implicarán una mejora de la contratación en los ámbitos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, una modernización de los procedimientos y correlativamente una reducción del gasto necesario para la obtención de prestaciones equivalentes con los dispositivos actuales. Igualmente como se ha puesto de manifiesto en epígrafes anteriores a este apartado, van a contribuir a la reducción de costes de gestión directos de las entidades contratantes.

Respecto del impacto en los Presupuestos Generales del Estado, se señala que la Directiva 2014/25/UE impone a los Estados unas obligaciones

Q



CONSEJO DE ESTADO

de supervisión de la aplicación de las normas de contratación pública y de información de sus resultados (artículo 99), la de realizar informes trienales sobre aplicación estratégica de los procedimientos de contratación en el ámbito nacional (artículo 99) y estadísticos (artículo 101), así como asumir unas exigencias específicas de cooperación administrativa entre Estados miembros en materia de contratación (artículo 102). El cumplimiento de estos objetivos requiere poner en marcha mecanismos que comportan un cierto coste presupuestario. No obstante, claras razones de eficiencia y de reducción de duplicidades recomiendan que la gobernanza prevista en las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE se articule a través de una organización única que se contempla en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, donde se cuantifica su coste presupuestario. Desde este punto de vista, el presente anteproyecto carece de impacto en el gasto público, dado que las medidas previstas en el mismo se llevarán a cabo sin incremento de retribuciones, ni de dotaciones, ni de otros costes de personal. Tampoco tiene impacto presupuestario en otras entidades territoriales.

El anteproyecto tiene un impacto por razón de género positivo ya que persigue objetivos en materia de género en la medida en que, entre los criterios cualitativos que podrán establecer las entidades contratantes en los pliegos de condiciones, se incluyen las características sociales y la eliminación de las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral.

El impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad es positivo ya que el anteproyecto contiene diversas previsiones dirigidas a garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como al ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad, como por ejemplo: los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción; los criterios cualitativos de adjudicación que podrán estar referidos a la accesibilidad y al diseño universal o diseño para todas las personas usuarias; la referencia a la accesibilidad universal y diseño para todas las personas entre las posibles prescripciones técnicas; o las condiciones especiales de ejecución de contratos que pueden establecer los órganos de contratación en los pliegos, tanto de tipo social como relativos al



CONSEJO DE ESTADO

empleo, con la finalidad de hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, o de promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, etc.

Y, en tal estado de tramitación, V. E. dispuso la remisión del expediente al Consejo de Estado para dictamen.

I

1. El anteproyecto de Ley sometido a consulta tiene por objeto primordial sustituir la regulación general de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, actualmente contenida en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, al socaire de la incorporación de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

2. El Consejo de Estado emite su consulta con carácter preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que previene que el Pleno de este Cuerpo Consultivo debe ser consultado en el caso de "anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo (...) del derecho comunitario europeo".

La emisión del presente dictamen comporta la culminación del procedimiento de elaboración de la norma, a falta de su aprobación como proyecto de ley y ulterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación. Estas últimas determinaciones no son posibles al momento de la emisión de la consulta. El Gobierno se encuentra en funciones tras la celebración de las últimas elecciones generales. De acuerdo con lo establecido en el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, el Gobierno en funciones

9



CONSEJO DE ESTADO

no puede "presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado".

La referida previsión no incide por lo demás en las competencias propias de este Consejo de Estado. No existe obstáculo para la emisión del dictamen. Consulta que, por otra parte, resulta conveniente expedir toda vez que las directivas que se incorporan con el anteproyecto han de estarlo en el derecho interno antes del mes de abril de 2016. El incumplimiento del citado plazo puede comportar la incoación por parte de la Unión Europea del correspondiente procedimiento sancionador. Ahora bien, en virtud de una práctica de uso, la Comisión no lo hace cuando se ha culminado el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que, en el caso español, se considera producido al emitir su dictamen este Cuerpo Consultivo.

II

1. En relación con el procedimiento seguido con ocasión de la elaboración de la norma, se ha oído a las Comunidades Autónomas, a las organizaciones y asociaciones representativas de los sectores afectados, a los varios departamentos ministeriales y a la práctica totalidad de los órganos superiores del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Se acompaña al anteproyecto por otra parte el informe de la Secretaría General Técnica del citado Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 22.3 de la citada Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y la memoria del análisis de impacto normativo exigida.

Se ha recabado el informe del Consejo Económico y Social, al incidir la materia regulada en el ámbito del artículo 7.1.1 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, y se ha oído a la Federación Española de Municipios y Provincias. Obra también en el expediente el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y del Consejo General del Poder Judicial.

Consta en el expediente la memoria del análisis de impacto normativo, que integra la memoria justificativa, la memoria económica y el informe



CONSEJO DE ESTADO

sobre el impacto por razón de género exigidos por el artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, conforme con lo dispuesto en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, que entró en vigor el 1 de enero de 2010, tras la aprobación por el Consejo de Ministros, en su reunión de 11 de diciembre de 2009, de la Guía Metodológica para su elaboración. Dicha memoria recoge, como se ha señalado, minuciosamente su contenido, sus antecedentes, la tramitación habida, las alegaciones formuladas y el fundamento competencial en que se basa la norma y los efectos que la nueva regulación tendrá en el ámbito económico y en relación con el impacto de género. No se incluye, sin embargo, el efecto que tendrá la norma elaborada en relación con la familia en los términos exigidos legalmente (disposición adicional 10ª de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio).

Tampoco examina con el rigor exigible la memoria que acompaña al anteproyecto el impacto de género que producirá este. Se limita a consignar que el anteproyecto tiene impacto de género positivo ya que persigue objetivos en esta materia, además de regular el régimen de estos sectores especiales. En otros términos, no se ha realizado el estudio, minucioso y concreto, que debería haberse hecho sobre la cuestión a la vista de los trabajos elaborados por las instituciones internacionales sobre la materia.

Esta falta de examen de la cuestión también existe en relación con los objetivos de tipo social, medio ambiental, de innovación y de defensa de la competencia considerados por el anteproyecto. Nada dice sin embargo la memoria sobre el fomento de la contratación con empresas de mujeres. No se refiere a la variable de género que, en condiciones de igualdad entre empresas, podría contemplarse y que pudiere tenerse en cuenta como criterio de fomento en lo relativo a la participación y acceso al mercado de la contratación pública en consonancia con lo dicho –como instrumento preferente de desempate-. En este sentido, el Consejo de Estado se remite a las consideraciones formuladas en relación con el mismo asunto en el dictamen número 1.116/2015, tanto de carácter general como específico –en relación con los artículos 155 y 200 del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y que, en el caso presente, estaría referido al artículo 66-.

9



CONSEJO DE ESTADO

En síntesis, la memoria resulta insuficiente en lo tocante al estudio del impacto de género del anteproyecto.

El Consejo considera que se han cumplido las exigencias legales establecidas, siendo reproducible lo dicho en relación con esta materia en el dictamen emitido en el expediente número 1.116/2015, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

2. En lo tocante a la técnica normativa del anteproyecto, se ajusta a las reglas generales señaladas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1990, de 4 de octubre. También en este punto el anteproyecto informado participa de las mismas características que su parejo, el que versa sobre los contratos del sector público. Las mismas consideraciones que se hacen respecto de este último pueden predicarse del ahora analizado.

3. En el caso objeto del presente dictamen, el anteproyecto se funda primariamente en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar la "legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas", en cuanto afecta al régimen de contratación de Entidades públicas. Ello no obstante, el singular régimen de las normas sobre contratación en los sectores especiales del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, aplicable no solo a las Administraciones Públicas en un sentido amplio, sino también a entidades contratantes de naturaleza privada, hace que en él confluyan otra pluralidad de títulos competenciales, como son los derivados de la "legislación mercantil" y "legislación procesal" (artículo 149.1.6ª y 8ª), en la medida en que se disciplina la materia de contratación no solo de las Administraciones públicas, e incide sobre el tráfico jurídico civil y mercantil, así como sobre el régimen de defensa de la competencia, lo que también revela la competencia estatal para su regulación (Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1987, de 30 de noviembre).

Así las cosas, la regulación de la materia objeto del anteproyecto es competencia del Estado, sin incidir el anteproyecto sobre las competencias de las Comunidades Autónomas. Conviene precisar, sin embargo, que el título

9



CONSEJO DE ESTADO

competencial enunciado en la disposición final segunda ("régimen jurídico de las Administraciones Públicas", artículo 149.1.18ª) tiene la condición de legislación básica del Estado. El resto de los citados en el párrafo anterior (artículo 149.1.6ª y 8ª), atribuye al Estado competencia en su plenitud, sin que el título constitucional se circunscriba a la facultad para dictar únicamente las normas básicas.

III

Como se ha señalado, el anteproyecto tiene por objeto, de una parte, incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE y, de otro lado, introducir diversas modificaciones en la legislación actualmente vigente.

El derecho de la Unión Europea ha venido construyendo desde hace años un grupo normativo específico encaminado a asegurar, primero, los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación propios de la contratación pública y, luego, de transparencia y uniformidad en los criterios de adjudicación y en determinadas facetas de la ejecución, en el ámbito de la actividad en que los agentes contratantes tienen derechos exclusivos y, por consiguiente, se encuentran en una posición dominante. Esto es típico de los sectores regulados. Lo que prima a la hora de determinar el ámbito de aplicación de este grupo normativo es el poder de mercado atribuido a ciertos operadores que pueden tener –y de hecho tienen en múltiples ocasiones– y cuya configuración jurídica, institucional y organizativa es diversa. La singular posición de estos sujetos en el mercado a resultas de la gestión o explotación de una red o la producción de bienes y servicios en régimen de acceso restringido ha justificado la articulación de unos criterios y medidas encaminadas a evitar situaciones de abuso que deriven de aquella singular posición.



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado ya examinó con carácter general los antecedentes y razones justificativas de este singular grupo normativo en el dictamen número 464/98, de 26 de marzo, emitido con ocasión del entonces anteproyecto de ley de lo que posteriormente sería la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de contratación en los sectores excluidos. Las consideraciones allí formuladas siguen siendo válidas y a ellas procede remitirse.

En todo caso, conviene recordar que la regulación de las Directivas está inspirada en la necesidad de garantizar una verdadera apertura del mercado. Para lograr dicho objetivo, las Directivas obligan a la publicidad de los contratos, la transparencia de las decisiones, la igualdad de oportunidades y la no discriminación de los contratistas. El instrumento del que se sirven es el establecimiento de unos procedimientos de contratación que aseguren la publicidad y la igualdad de los posibles suministradores, contratistas y prestadores de servicios. Los principios de publicidad y transparencia imponen a las empresas facilitar información y dar notoriedad a los contratos a celebrar. Las Directivas regulan minuciosamente la información que deben contener los pliegos de condiciones del contrato, su publicación en el "Diario Oficial de las Comunidades", el plazo para insertarlos, los gastos de publicación y otras determinaciones menores. La minuciosidad de la regulación pone de manifiesto que las Directivas hacen de la publicidad y la transparencia el instrumento fundamental que asegurar la vigencia de los criterios de igualdad de oportunidades y no discriminación de los eventuales licitadores.

El principio de igualdad y de no discriminación está acogido en la regulación comunitaria al establecer que las entidades contratantes velarán por que los suministradores, los contratistas o los prestadores de servicios no sean objeto de discriminación. Y ello se concreta en la obligación de fijar las condiciones técnicas de los contratos de tal suerte que no constituyan un obstáculo para las empresas eventualmente licitadoras, en la aplicación de unos criterios y requisitos previos de contratación que no comporten en modo alguno discriminación y en la determinación objetiva de los criterios de adjudicación.

Q



CONSEJO DE ESTADO

Los principios indicados son comunes a los que informan la regulación de la contratación pública. Hay, sin embargo, uno radicalmente distinto: el de libertad de elección de las entidades contratantes.

En la disciplina de la contratación pública, la selección del contratista aparece restringida para las organizaciones insertas en el sector público. Sin embargo, en el caso de las empresas gestoras de los servicios de interés general a los que se refiere el anteproyecto de Ley, el criterio informador es diametralmente opuesto. Las entidades contratantes pueden libremente elegir a sus contratistas, suministradores y prestadores de servicios, a fin de asegurar su gestión autónoma. Lo que es preciso asegurar es que haya transparencia especialmente en la selección del contratista.

A fin de asegurar dicha transparencia, los procedimientos de contratación aparecen taxativamente determinados. La autonomía de la voluntad de las empresas contratantes en orden a determinar sus procedimientos de selección de los contratistas se ve menoscabada y sustituida por unas normas rígidas que disciplinan diversos métodos, a similitud de los establecidos para los poderes adjudicadores del sector público.

IV

El Consejo de Estado valora positivamente el anteproyecto sometido a consulta considerado en su conjunto. No obstante, formula las siguientes consideraciones y sugerencias:

- Exposición de motivos, párrafos segundo y sexto

El párrafo segundo de la parte expositiva debiera mencionar de forma correcta, incluyendo su título completo, la fecha y los órganos competentes para aprobarlas, las tres Directivas a que hace referencia: p. ej. la *Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga*



CONSEJO DE ESTADO

la *Directiva 2004/17/CE* (debiendo añadir las menciones que se han remarcado). Además, debe mejorarse la expresión: “Aparecen así tres nuevas Directivas comunitarias...” con que comienza el párrafo. En lugar de que aparecen tales Directivas, ha de decirse que se aprueban. Y de otra parte, son Directivas de la Unión Europea, como reza su propio título y de acuerdo a la denominación exigida por el artículo 2.2.a) del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

En otro orden de cosas, el párrafo sexto vuelve a mencionar las recientes Directivas de contratación, ahora correctamente de forma abreviada, pero debiera revisarse la redacción que es confusa y reiterativa: “La presente Ley transpone al ordenamiento jurídico nacional la Directiva 2014/25/UE, así como la Directiva 2014/23/UE, norma ésta última que ha sido objeto de transposición en dos leyes, como son esta Ley y la Ley de Contratos del Sector Público, en la que se transpone, además de la Directiva 2014/23/UE, la Directiva 2014/24/UE”.

- Sentido general del Título Preliminar (“Objeto de la Ley y definiciones”) y del Título I (“Disposiciones generales”) del anteproyecto

En el título preliminar se trata del objeto de la Ley, que es la “regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios, cuando contraten las entidades públicas y privadas que se refiere el artículo 5.1, en el ámbito de una o más actividades contenidas en los artículos 8 a 14 de esta Ley” (superando las cuantías que se indican en el artículo 1), y se contienen las definiciones en esta materia, que han sido objeto de ampliación y precisión por la citada Directiva 2014/25/UE.

El sentido original de esta regulación, como recordó el dictamen número 1.209/2006, de 20 de julio –emitido en relación con el entonces anteproyecto de lo que después fue la Ley 31/2007-, era el de flexibilizar la regulación en los sectores afectados, sobre la base de la identificación como poderes adjudicadores de entidades tanto públicas como privadas y también por otros dos motivos que impedían la apertura a la competencia a escala europea: uno, el carácter cerrado de los mercados en los que actúan, debido a



CONSEJO DE ESTADO

la concesión por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos para la explotación de redes o la prestación de servicios; otro, el hecho de que las autoridades nacionales pueden influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión.

Posteriormente, la Directiva 2004/17/CE supuso un avance en esta misma línea, alteró la delimitación de los sectores objeto de esta regulación (excluyendo los servicios de telecomunicaciones e incluyendo los postales) y redefinió en parte la noción de derechos especiales o exclusivos.

El apartado II de la parte expositiva del anteproyecto sigue, en esencia, refiriéndose a los motivos apuntados como motores de esta normativa, bajo la vigente Directiva 2014/25/UE, y concluye que: "La regulación de la contratación en estos sectores persigue garantizar su apertura a la competencia".

En efecto, como se verá con detalle en las observaciones que se formulan a los preceptos del Título I del anteproyecto, el núcleo de esta regulación sigue siendo la concesión de derechos especiales o exclusivos a las entidades contratantes en sectores que no se hayan abierto a la competencia (actividades reguladas en los artículos 8 a 14), siendo así que los derechos que se hayan concedido mediante la adecuada publicidad y con arreglo a criterios objetivos y no contrarios al Derecho de la Unión Europea no constituyen derechos especiales o exclusivos a los efectos de esta Ley (*cf.* artículo 6.2 del anteproyecto) y que esta no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible la prestación de una de las mencionadas actividades siempre que esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado (*cf.* artículo 17.1).

- Artículo 1, apartados 1 y 2. Objeto de la Ley.

La expresión de las cuantías de este precepto sería preferible hacerla con la denominación completa "euros" en lugar de con la abreviatura "EUR" (ej. 1.000.000 de euros, en el artículo 1.1.a)).



CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 1.2.c)

El artículo 1.2 del anteproyecto establece, en su primer párrafo, qué contratos de concesión de obras o servicios están sometidos a la ley. Y en su segundo párrafo y posteriores se refiere a ciertos contratos de estos tipos que “quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Ley”.

Uno de estos últimos supuestos es el que se regula por el artículo 1.2.c), el cual establece que quedan fuera de dicho ámbito de aplicación: “Los contratos de concesión de servicios que sean adjudicados por una entidad contratante a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo del que dicho operador goce con arreglo a una norma, reglamento o disposición administrativa que resulte de aplicación y cuya concesión se ajuste al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a los actos jurídicos de la Unión Europea que establecen normas comunes de acceso al mercado aplicables a *las actividades contempladas en el anexo XI*”. Y en su tercer párrafo dispone: “Cuando una entidad contratante conceda a un operador económico *un derecho exclusivo para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el anexo XI*, deberá informar de ello a la Comisión Europea en el plazo de un mes contado a partir del día en que se concedió dicho derecho”.

La cita del anexo XI es incorrecta. No puede tratarse de un anexo de la Ley porque no existe anexo undécimo. En tanto que el anexo XI de la Directiva 2004/25/UE hace referencia a una cuestión distinta, cual es la de la información que debe figurar en los anuncios de licitación. Tampoco el anexo XI de 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, se refiere a la cuestión regulada, sino a cierta información que debe figurar en los anuncios de modificación de concesiones durante su vigencia.

Q

La cuestión a la que sustantivamente se hace referencia en el artículo 1.2.c) del anteproyecto está regulada en el artículo 10.1, segundo párrafo, y 10.2 de esta última Directiva, la de concesiones, y este precepto remite a su vez al *Anexo II* de dicha Directiva, el cual se refiere a las actividades



CONSEJO DE ESTADO

ejercidas por las entidades adjudicadoras mencionadas en el artículo 7 de la misma.

Ciertamente la cuestión no es sencilla, porque esa lista de actividades, a la que remite la Directiva 2014/23/UE para definir el concepto de entidad adjudicadora, comprende ampliamente las obras, suministros y servicios que, precisamente, constituyen de forma mayoritaria el ámbito objetivo del anteproyecto sometido a consulta (artículos 9 a 14, quedando sólo fuera lo relativo a las actividades de suministro y producción de agua potable así como proyectos de ingeniería en ese ámbito a que se refiere el artículo 8 del anteproyecto). Cabría, pues, además de la solución obvia de introducir un anexo con tal contenido, una de estas dos opciones para sustituir la cita incorrecta de un "Anexo XI", a saber: bien remitir directamente al Anexo II de la Directiva 2014/23/UE; bien remitir, con las matizaciones que sean necesarias, a las actividades reguladas en los artículos 9 a 14 de la Ley en proyecto.

- Artículo 2.c). Definiciones. Definición de obra

Este artículo establece la siguiente definición:

"«Obra»: el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

También se considerará "obra" la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo o mejora del medio físico o natural".

Por su parte, el artículo 2.3 de la Directiva 2014/25/UE define «obra» como "el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica" (y en idénticos términos lo hace el artículo 5.8 de la Directiva 2014/23/UE).



CONSEJO DE ESTADO

Así pues, se introducen dos diferencias respecto a esta noción en el anteproyecto. Una de ellas amplía el ámbito del concepto, la del párrafo segundo del artículo 2.c) y nada cabe objetar a ella (salvo un error de redacción, por lo que debería decir: "... la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo o *que comporten la mejora del medio físico o natural*").

La otra, en cambio, restringe el concepto de obra de las citadas Directivas al referirlo al conjunto de trabajos de construcción o ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica *que tenga por objeto un bien inmueble*.

Este último matiz se aparta de lo que dispone al respecto el vigente artículo 2.1.b) *in fine* de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y tampoco responde más propiamente al concepto de arrendamiento de obras en el Derecho español, el cual si bien es cierto que comprende normas dirigidas de forma eminente a ser aplicadas a obras sobre bienes inmuebles (artículos 1591 y 1593 del Código Civil y ampliamente la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación), no exige tal delimitación sino que por el contrario ofrece una regulación general de la figura e incluso prevé expresamente reglas para la obra sobre bienes muebles (artículos 1588 a 1600, y específicamente este último respecto del derecho de retención en prenda sobre la cosa).

Por tanto debería suprimirse el último inciso del primer párrafo del artículo 2.c) del anteproyecto.

- Artículo 2, apartados f), g) y h). Definiciones de concesión de obras y de servicios

El artículo 2 define concesión de obras y concesión de servicios en sus apartados f) y g) respectivamente. En ambos supuestos termina estableciendo que: "En todo caso el derecho a explotar la obra [o el servicio]

Q



CONSEJO DE ESTADO

deberá implicar la transferencia al concesionario del riesgo operacional en el sentido definido en la letra h) de este artículo”.

Por su parte, este último apartado reza así: “«Riesgo operacional»: el riesgo cuya asunción por el concesionario implica que este último no tiene garantizados, en condiciones normales de mercado, ni la recuperación de las inversiones realizadas ni la cobertura de los costes en que hubiera incurrido el mismo como consecuencia de la explotación de las obras o de los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Estas reglas incorporan con fidelidad las previsiones al respecto del último párrafo del artículo 5.1 de 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. Los considerandos 18 a 20 encarecen la importancia de la transferencia del riesgo operacional como la “característica principal de una concesión” y señalan que, con ello, se tratan de superar “las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público [que] han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (considerando 18).

Esta relevancia ya había sido puesta de manifiesto por el dictamen de este Consejo número 660/2014, de 17 de diciembre: “Las previsiones de la Directiva [de concesiones] inciden notablemente en la regulación española. Esta hace pivotar la figura concesional en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra y la prestación del servicio y el derecho al equilibrio económico-financiero de la concesión. Sin embargo, la nueva regulación va mucho más allá al tomar como gozne de la institución concesional el riesgo operacional. La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico-financiero de la concesión en el derecho español –de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la



CONSEJO DE ESTADO

vida del otorgamiento- choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes”.

Por la importancia de este cambio, se ve conveniente que la exposición de motivos del anteproyecto se haga eco de él.

- Artículo 2.l). Definición de pliegos de condiciones

Puede mejorarse la definición de “pliegos de condiciones” contenida en este precepto, que por lo demás no transpone ninguna previsión al respecto de la Directiva 2014/25/UE. Se definen como “todos los documentos elaborados o mencionados por la entidad contratante para describir o determinar elementos de la contratación o el procedimiento, en particular el anuncio de licitación, el anuncio periódico indicativo o los anuncios sobre la existencia de un sistema de clasificación que sirvan de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. La presente definición se utilizará únicamente con fines de simplificación del texto”.

Además de que el último inciso es en buena parte superfluo, pues todas las definiciones normativas delimitan o simplifican un concepto a efectos de su uso en la norma que las contiene (y en tal sentido, no solo definen sino que regulan en sentido propio), habría de mejorarse el contenido de esta definición.

Se trata de una enumeración muy amplia, que incluye el anuncio de licitación, el anuncio periódico indicativo, los anuncios sobre clasificación, las especificaciones técnicas, las condiciones del contrato y “todos los documentos elaborados o mencionados por la entidad contratante para describir o

Q



CONSEJO DE ESTADO

determinar elementos de la contratación o el procedimiento” (primer inciso) así como “cualquier documento adicional” (último inciso, que debería especificarse más: cualquier documento adicional *en estas materias o con valor descriptivo, preparatorio o de publicidad del contrato*). Sin embargo, quizá para evitar el riesgo de que la definición incluya el término que se trata de definir, no se mencionan los pliegos de condiciones.

Por todo ello, es preferible que el concepto a definir en el artículo 2.1) del anteproyecto sea el de “documentos preparatorios, descriptivos o de publicidad del contrato” y que, en esa definición, el primer término incluido sea precisamente el de pliegos de condiciones.

- Artículo 2.w). Definición de envío postal

Este apartado del artículo 2 define “envío postal” como “todo objeto destinado a ser expedido a la dirección indicada por el remitente sobre el objeto mismo o sobre su envoltorio, una vez presentado en la forma definitiva en la cual debe ser recogido, transportado y entregado”.

El artículo 13.2.a) de la Directiva incorporada lo define más sencillamente como “el envío con destinatario, constituido en la forma definitiva en la que deba ser transportado, cualquiera que sea su peso”. Y el artículo 3.2.a) de la Ley 31/2007 contiene idéntica definición.

Estas últimas definiciones se estiman mejores que la que se emplea por el anteproyecto. Son más concisas y están dotadas de mayor precisión (“envío con destinatario” parece más atinado jurídicamente que “objeto destinado a ser expedido a la dirección indicada por el remitente” y la “forma definitiva en la que deba ser transportado” parece suficiente para definir, sin necesidad de añadir recogido y entregado) y puntualizan, además, que es indiferente el peso del envío.

Se aconseja, por ello, mantener la definición vigente y sustituir la del anteproyecto por aquella.

Q



CONSEJO DE ESTADO

- Artículos 15.3 y 23.2. Contratos mixtos y contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad

Estos preceptos regulan dos cuestiones diferentes relativas al encaje entre lo dispuesto en esta Ley y lo previsto por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (la cual, a su vez, incorporó a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad). La exposición de motivos y la memoria del análisis de impacto normativo subrayan varias veces que el anteproyecto tiene también, entre otras finalidades, la de ajustar las reglas en esta materia a lo previsto por la citada Ley 24/2011 que no estaba en vigor en el momento de aprobarse la vigente Ley 31/2007.

Por su parte, la Directiva 2014/25/UE se refiere también a esta cuestión –encaje entre la misma y la Directiva 2009/81/CE- en sus artículos 25 y 26, que respectivamente tratan de: “Contratación mixta que abarque la misma actividad y conlleve aspectos de defensa y seguridad” y “Contratación relativa a varias actividades y que conlleve aspectos de defensa y seguridad”. Además, su artículo 27 regula los contratos y concursos de proyectos que conlleven aspectos de defensa y seguridad que se adjudiquen u organicen en virtud de normas internacionales, para excluirlos de su ámbito de aplicación.

El problema no es sencillo y fue ya abordado por el dictamen de este Consejo número 209/2011, de 14 de marzo, al anteproyecto de la que sería la Ley 24/2011. A propósito de los artículos 4.2 y 4.3 de tal anteproyecto y de dicha ley, aquel dictamen afirmó, en primer lugar, que esta es una cuestión de régimen jurídico aplicable (rúbrica del artículo 4 de la Ley 24/2011) y no de contratos mixtos, pues “estas reglas responden a una problemática parcialmente distinta a la que plantean los llamados contratos mixtos en nuestro Derecho (que toman prestaciones propias de contratos de uno y otro tipo: obras, servicios, etc.)”. Por el contrario, lo que se presenta en estos casos “es una cuestión de delimitación entre dos o más ámbitos jurídicos, o bloques



CONSEJO DE ESTADO

normativos, distintos: el de la propia ley [24/2011] y [el texto refundido de] la Ley de Contratos del Sector Público y Ley 31/2007, de un lado (artículo 4.2); y el de cualquiera de las mencionadas leyes y otros regímenes diferentes, normalmente excluidos del ámbito de aquéllas –vg. los derivados de tratados internacionales de Defensa celebrados por España-, de otro (artículo 4.3)”. Las respuestas son también por ello distintas: aplicación de la Ley 24/2011 en el primer caso e inaplicación de ella en el segundo, y en ambos “siempre que razones objetivas justifiquen la adjudicación de un solo contrato”.

En este contexto debe analizarse: i) lo que establece el anteproyecto en sus artículos 15.3 y 23.2; y ii) cómo puede mejorarse esta regulación.

i) El anteproyecto adopta el siguiente enfoque:

- En el artículo 15.3 establece: “Cuando un contrato mixto contenga prestaciones propias de un contrato sujeto a esta Ley y prestaciones de contratos que no lo estén, se aplicará la presente Ley, con la excepción de los contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad a que se refiere el artículo 23”.

- Y en el artículo 23, que en general regula los contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad como contratos excluidos, determina en su apartado 2 que:

“Las exclusiones que establece el apartado anterior en sus letras b) y c) se aplicarán igualmente en los siguientes casos:

a) En el caso de un contrato mixto que tenga por objeto, por una parte, prestaciones propias de contratos sujetos a esta Ley y, por otra parte, prestaciones propias de contratos sujetos bien a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, bien al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o bien a la referida Ley 24/2011 y al artículo 346 del citado tratado.

Q



CONSEJO DE ESTADO

b) En el caso de un contrato que esté destinado, por una parte, a la realización de una actividad que esté sujeta a la presente Ley y, por otra parte, a la realización de una actividad o actividades que estén sujetas bien a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, bien al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o bien a la referida Ley 24/2011 y al artículo 346 del citado Tratado.

Con carácter previo a la aplicación de lo establecido en los dos párrafos anteriores la entidad contratante deberá justificar con razones objetivas la adjudicación de un solo contrato. Esta decisión en ningún caso podrá tomarse con el fin de excluir los contratos de la aplicación de la presente Ley".

Así pues, con las normas previstas por el anteproyecto, de manera simplificada podría decirse que la regulación resultante sería esta:

a) Establecimiento de una regla especial de contratos mixtos, que en rigor no son tales, sino aquellos en que unas *prestaciones* están bajo el ámbito de la Ley de sectores excluidos y otras bajo el ámbito de la Ley de contratos en materia de defensa y seguridad o las previsiones del artículo 346 del TFUE (artículos 15.3 y 23.2.a)), en transposición del artículo 25 de la Directiva 2014/25/UE (este precepto dispone que, cuando una parte del contrato esté regulada por la Directiva 2009/81/CE –i. e., en Derecho interno, por la Ley de contratos en materia de defensa y seguridad- podrá adjudicarse un solo contrato bajo estas reglas; y que, cuando una parte de un contrato esté regulada por el artículo 346 del TFUE, podrá adjudicarse sin aplicar la Directiva 2014/25/UE, esto es, sin aplicar tampoco el anteproyecto de ley sometido a consulta);

b) Otra regla especial de régimen mixto del contrato, en este caso porque unas *actividades* están bajo el ámbito de la Ley de sectores excluidos y otras bajo el ámbito de la Ley de contratos en materia de defensa y seguridad o las previsiones del artículo 346 del TFUE (artículo 22.3.b) del anteproyecto), en transposición del artículo 26 de la Directiva 2014/25/UE (que en esencia determina la misma consecuencia jurídica que antes se vio para el artículo 25



CONSEJO DE ESTADO

de la citada Directiva: adjudicación de un solo contrato bajo las reglas especiales de contratación en materia de defensa; adjudicación del contrato con exclusión de todas las reglas de contratación siempre que haya elementos en presencia del artículo 346 del TFUE);

c) Tanto en los supuestos que se acaban de describir bajo la letra a) como en los de la letra b), cuando se trata de adjudicar un solo contrato, la consecuencia prevista actualmente por el artículo 4.2 de la Ley 24/2011 es que el contrato se adjudicará y registrará por lo dispuesto en dicha ley, siempre que razones objetivas justifiquen la adjudicación de un solo contrato. Pues bien, el último párrafo del artículo 22.3 del anteproyecto sometido a consulta precisa un poco más esta última regla –que es el núcleo del Derecho europeo en la cuestión- y dispone que la adjudicación en un solo contrato se justificará siempre en razones objetivas y no podrá tomarse con el fin de excluir los contratos de la aplicación de la presente Ley; y

d) Finalmente, no se recoge por el anteproyecto el supuesto previsto por el artículo 27 de la Directiva 2014/25/UE, que ya está incorporado en nuestro Derecho en el artículo 4.3 de la Ley 24/2011 con la consecuencia que este establece: exclusión de dicho régimen y de todas las leyes en materia de contratación pública.

ii) A la vista de lo anterior, se formulan dos observaciones:

- Una es la relativa a que debería mejorarse la redacción del artículo 15.3. Es una cuestión fundamentalmente terminológica. Tras establecer que la regla para los contratos mixtos es que se aplicará esta Ley de sectores excluidos, y en lugar de finalizar con el simple inciso "... con la excepción de los contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad a que se refiere el artículo 23", debería precisarse mejor la mezcla de regímenes que se da en materia de defensa y seguridad. En efecto, el artículo 23 al que remite habla no sólo prestaciones de un tipo u otro, sino también de contratos que en parte están destinados a la realización de actividades previstas en esta Ley y en otra a la realización de actividades bajo la Ley 24/2011. Por tanto, en lugar del inciso final ("con la excepción...") sería mejor establecer una regla de este o similar



CONSEJO DE ESTADO

tenor: *“En los contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, con prestaciones propias de contratos sujetos a esa normativa o destinados a la realización de actividades sujetas a la misma y con prestaciones propias de contratos sujetos a esta Ley o destinados a la realización de actividades sujetas a esta Ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 23.2”.*

- El problema del artículo 23.2, apartados a) y b), es que no se determina su consecuencia jurídica de forma completa. Se dice que los contratos están excluidos de esta Ley de sectores excluidos, pero no a qué régimen quedan sometidos.

A su vez, tal consecuencia depende de lo que establecen los artículos 25 y 26 de la Directiva 2014/25/UE.

Cuando la mezcla es de prestaciones o actividades de la Ley de sectores excluidos y de la Ley 24/2011, entonces la consecuencia –debe añadirse, porque no está establecida- es que se aplicará esta última. Esto es, debería decirse para ese caso, tanto en el artículo 23.2.a) como en el 23.2.b): *En el caso de un contrato que esté destinado, por una parte, a la realización de una actividad que esté sujeta a la presente Ley y, por otra parte, a la realización de una actividad o actividades que estén sujetas a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, se adjudicará y registrará por lo dispuesto en la Ley 24/2011.*

Cuando la mezcla es de prestaciones o actividades de la Ley de sectores excluidos y, según la farragosa redacción tanto del anteproyecto como de las Directivas, *bien* de la Ley 24/2011 y el artículo 346 del TFUE o *bien* únicamente del artículo 346 del TFUE (en otros términos, siempre que se esté en presencia de la regla especial prevista por este último precepto), la consecuencia es que se excluye la aplicación de esta Ley, la de sectores excluidos, y parece que también la aplicación de las reglas de contratación en materia de defensa y seguridad, habida cuenta de la fuerte especialidad y restricción a la libre concurrencia en que consisten tales reglas (establece el artículo 346.1 TFUE: “1. Las disposiciones de los Tratados no obstarán a las normas siguientes: a) ningún Estado miembro estará obligado a facilitar



CONSEJO DE ESTADO

información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad; b) todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares"). En todo caso, en este anteproyecto bastaría con hacer mención a que se excluyen las reglas previstas por él, para estos supuestos, en estos o similares términos: *En el caso de un contrato mixto que tenga por objeto, por una parte, prestaciones propias de contratos sujetos a esta Ley y, por otra parte, prestaciones propias de contratos sujetos al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o bien a la referida Ley 24/2011 y al artículo 346 del citado tratado, podrá adjudicarse sin aplicar el régimen de esta Ley.*

- Artículo 25. Encargos a medios propios personificados

La memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto destaca que este incorpora una serie de medidas destinadas a garantizar la transparencia y a evitar los posibles actos de corrupción, entre ellas la regulación por primera vez en este ámbito de los encargos a medios propios personificados por parte de entidades contratantes que sean poderes adjudicadores y los convenios que se celebren entre entidades pertenecientes al sector público.

La Subsección 3ª de la Sección dedicada a las exclusiones (Sección 2ª del Capítulo II del Título I del anteproyecto, sobre el ámbito de aplicación objetiva) lleva por rúbrica la de "sistemas de cooperación pública excluidos". Sigue en esta materia la terminología del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, remitido en consulta a este Consejo de Estado en paralelo al texto ahora dictaminado, que distingue entre una cooperación vertical (encargos a medios propios personificados) y una llamada cooperación horizontal entre entes del sector público previa celebración de los correspondientes convenios.



CONSEJO DE ESTADO

Respecto al encargo a medios propios personificados, el artículo 25 del anteproyecto, que es transposición del artículo 28 de la Directiva 2014/25/UE, remite ampliamente en esta materia a los artículos 32 y 33 del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, aunque únicamente –a diferencia de aquel- para el caso de que las entidades contratantes sean poderes adjudicadores.

Acerca de esta regulación cabe hacer las siguientes observaciones:

- Ante todo, debe cohonestarse este régimen con el establecido en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (“Medio propio y servicio técnico”), y en especial con lo previsto en su apartado 2 conforme al cual: “Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”.

- También cabe reiterar aquí, en la medida en que el anteproyecto se remite al precepto correspondiente, las observaciones que en el dictamen de este Consejo número 1.116/2015 se formularon al artículo 32.6.b) del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Por ello se sugiere que la regla prevista en el artículo 32.6.b), primer párrafo, del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público según la cual “el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 60% de la cuantía del encargo” (poniendo un límite a la facultad que, a lo largo de este expediente, se ha denominado de subcontratación aunque no sea propiamente tal) se fije en un porcentaje menor toda vez que, se ha dicho, “desde un punto de vista de competencia y de eficiencia en la asignación de los recursos públicos resulta preferible, en estas situaciones, no optar por el



CONSEJO DE ESTADO

encargo y realizar la licitación de la prestación". Por las mismas razones se aconseja suprimir la regla que exceptúa de toda limitación la contratación de medios propios con terceros en el caso de los "contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios" (artículo 32.6, último párrafo, del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público).

- Artículo 26. Convenios

En esta llamada forma de cooperación horizontal, el artículo 26 del anteproyecto establece en sus tres párrafos lo que sigue:

"Los convenios que se celebren entre *entidades contratantes que pertenezcan al Sector Público* y que sean independientes entre sí por no existir entre ellos relación alguna de control directo o indirecto, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley salvo que por su contenido y causa merezcan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, en cuyo caso deberán considerarse como tales, aplicándose las prescripciones de esta norma.

Las entidades contratantes a que se refiere el párrafo anterior deberán realizar en el mercado abierto prestaciones que representen menos del 20 por ciento del total de actividades objeto del convenio. El cálculo de este porcentaje se hará de conformidad con lo establecido en el artículo 32.2.b) de la Ley de Contratos del Sector Público para el cálculo del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario de un encargo.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, las entidades contratantes pertenecientes al Sector Público participantes en el convenio efectuarán una declaración responsable que formará parte de la documentación del convenio a suscribir".

Aun cuando el artículo 28 de la Directiva 2014/25/UE establece normas en esta materia únicamente para poderes adjudicadores (su misma rúbrica delimita este contenido: "contratos entre poderes adjudicadores"), el artículo 26 del anteproyecto ha extendido la regla de los convenios, y de su



CONSEJO DE ESTADO

exclusión de la aplicación de la Ley en los términos que se verán, para todos los convenios celebrados por entidades contratantes que pertenezcan al sector público. No cabe objetar esta extensión, aunque sí, como pasa a estudiarse, que el régimen que resulta para los poderes adjudicadores sea excesivamente amplio en relación con lo previsto por la Directiva 2014/25/UE y por la Directiva de concesiones.

En efecto, sustancialmente lo que viene a establecer este artículo 26 del anteproyecto es:

- Que las entidades contratantes deben ser independientes entre sí sin que exista entre ellas relación alguna de control directo o indirecto;
- Que los convenios que celebren quedarán excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley "salvo que por su contenido y causa merezcan la consideración de contratos sujetos a esta Ley" (lo que es una tautología que apenas añade nada a la delimitación, objeto y sentido de los convenios que podrán quedar excluidos); y
- Que tales entidades realicen en el mercado abierto prestaciones que representen menos del 20 por ciento del total de actividades objeto del convenio (lo que se calculará conforme a lo previsto en la Ley de Contratos del Sector Público), debiendo formular una declaración responsable sobre este extremo a incluirse en la documentación del convenio.

Pues bien, este régimen –se insiste, cuando se trate de convenios entre poderes adjudicadores- es claramente insuficiente a la vista de las reglas que se establecen al respecto por los artículos 28.4 de la Directiva 2004/25/UE y 17.4 de la Directiva 2014/23/UE que, en términos muy similares y de acuerdo a la redacción del primero, establecen:

"Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:



CONSEJO DE ESTADO

a) el contrato establece o lleva a cabo una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes *con el objetivo de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;*

b) *que la aplicación de dicha cooperación se base únicamente en consideraciones relacionadas con el interés público;*

c) *que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades de que se trate mediante la cooperación".*

Los dos incisos remarcados, por resultar esenciales en la determinación de la naturaleza convencional –no contractual- de la figura, deben quedar expresamente reflejados en el artículo 26 del anteproyecto para los casos en que se trate de convenios entre poderes adjudicadores, a saber: que el convenio se dirija a establecer una cooperación entre ellos para garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común, y que la aplicación de dicha cooperación se base únicamente en consideraciones relacionadas con el interés público.

Estos dos extremos deben incluirse en el artículo 26 del anteproyecto para determinar la consecuencia de que los convenios entre poderes adjudicadores queden excluidos del ámbito de aplicación de la Ley (bien añadiéndolos a los requisitos que ya existen, o bien sustituyendo el relativo a que los convenios están excluidos de tal aplicación "salvo que por su contenido y causa merezcan la consideración de contratos sujetos a esta Ley").

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo previsto por el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.



CONSEJO DE ESTADO

- TÍTULO II: Capacidad y clasificación de los operadores económicos

El Título II del anteproyecto comprende los artículos 30 a 40, distribuidos en dos capítulos, relativos a la capacidad y solvencia de los licitadores y a la clasificación de los operadores económicos.

En el artículo 30, referido a la capacidad de los operadores económicos, existe una reiteración de la exigencia de que los candidatos o licitadores no estén incurso en alguna de las prohibiciones para contratar que establece la Ley de Contratos del Sector Público, lo que se dice, en distintos términos, en sus apartados 1 y 4. Se sugiere, por tanto, la refundición de ambas normas, salvo que se pretenda establecer exigencias distintas en una y otra, en cuyo caso sería necesaria alguna precisión.

Por último, cabe notar que en el artículo 38.2 se incorpora lo previsto en el artículo 77.4 de la Directiva 2014/25, si bien en esta última se exige el carácter escrito del registro, lo que debería precisarse en la norma española (nótese que tanto la norma europea como la proyectada incluyen la definición de "escrito" en sus respectivos artículos 2).

- TÍTULO III. Preparación y documentación del contrato

El Título III, relativo a la preparación y documentación del contrato incluye los artículos 41 a 50, sobre los que ha de hacerse alguna observación.

- Artículo 45. Prescripciones técnicas

El artículo 45 se refiere a las prescripciones técnicas y su apartado 2.a) se orienta a incorporar lo previsto en los dos últimos párrafos del artículo 60.1 de la Directiva 2014/25. Sin embargo, al margen de que el mandato de la norma europea se refiere a las contrataciones "*cuyo objeto esté destinado a ser utilizado por personas físicas*" (lo que podría precisarse en el texto proyectado), ha de notarse que el último párrafo del artículo 60.1 de la Directiva se refiere al caso de que "*se adopten requisitos de accesibilidad obligatorios mediante un*



CONSEJO DE ESTADO

acto jurídico de la Unión" (lo que parece referido a los requisitos que debe cumplir el objeto del contrato de que en cada caso se trate), mientras que la norma proyectada se remite al caso de que "*un acto jurídico de la Unión Europea obligue a que las prescripciones técnicas se definan por referencia a estos criterios*" (*i. e.*, un mandato directamente referido a las prescripciones técnicas), que es un supuesto evidentemente distinto del contemplado en la Directiva (y, en cierto sentido, redundante); nótese, en relación con ello, que el último párrafo del artículo 60.1 no establece una salvedad respecto a lo previsto en el anterior (a diferencia del texto proyectado, que parece configurar el último inciso –con un "*sin embargo*"– como excepción al inciso inmediatamente anterior). En suma, es necesaria una mejor adecuación entre el artículo 45.2.a) del anteproyecto y los dos últimos párrafos del artículo 60.1 de la Directiva 2014/25.

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

- Artículo 46. Etiquetas

El artículo 46 del anteproyecto se refiere a las etiquetas, siguiendo muy de cerca lo dispuesto en el artículo 61 de la Directiva de repetida referencia. Sin embargo, suscita algunas dudas el segundo párrafo del artículo 46.3, en el que se quiere incorporar lo previsto en el último párrafo del artículo 61.1 de la Directiva. En él se contempla un supuesto en el que la entidad adjudicadora "*aceptará otros medios adecuados de prueba, como por ejemplo un expediente técnico del fabricante*". La norma proyectada recoge ese supuesto, indicando que la entidad contratante "*aceptará otros medios adecuados de prueba, incluidos los mencionados en el artículo 47*", lo que puede explicarse por el hecho de que este artículo 47 menciona, en su apartado 2, el "*informe técnico del fabricante*". Ahora bien, los medios de ese apartado 2 del artículo 47 solo pueden utilizarse, según expresamente indica el mismo, con carácter supletorio (*i. e.*, cuando el empresario no tenga acceso a los medios del apartado 1 ni la posibilidad de obtenerlos, y siempre que la falta de acceso no sea imputable al mismo), lo que limita en gran medida la virtualidad del informe técnico del fabricante (frente a lo previsto en la norma europea). Debe



CONSEJO DE ESTADO

notarse, en relación con todo ello, que el artículo 61.1 de la Directiva no remite a su artículo 62 (que el artículo 47 incorpora casi literalmente), sino que sustituye esa remisión en bloque por la mención exclusiva, aunque a título de ejemplo, del expediente técnico del fabricante. A juicio del Consejo de Estado, así debería hacerse también en el artículo 46.3 proyectado.

- Artículo 50. Definiciones de las prescripciones técnicas

Por último, y en relación con el artículo 50, en el que se recogen diversas definiciones relativas a las prescripciones técnicas que incluye el Anexo VIII de la Directiva 2014/25, cabe notar que una misma expresión ("*incluida la accesibilidad de las personas con discapacidad*") se sustituye por otra distinta en el apartado 1.a) y se mantiene en sus mismos términos en el apartado 1.b) (en el que, además, no se cierra el paréntesis, distorsionando su correcta comprensión). Asimismo, si la expresión "*especificación técnica*" es traducida por "*prescripción técnica*" (incluso, en su misma definición: artículo 50.1), lo coherente es mantener esa terminología a lo largo de todo el texto (frente a lo que se hace en los artículos 50.2 y 50.4, como también en los artículos 45.7 y 46.2).

- Título IV: Procedimientos de adjudicación de contratos

El contenido de este título se estructura en tres capítulos que regulan, respectivamente, el "objeto, contenido mínimo y plazo de duración de los contratos", los "requisitos de los candidatos y licitadores" y los "procedimientos de adjudicación".

9

La primera observación que cabe formular es una observación de carácter formal a la rúbrica de este título pues parece más correcto referirse a "adjudicación de los contratos" o a "procedimientos de adjudicación de los contratos".



- Capítulo I. Objeto, contenido mínimo y plazo de duración de los contratos. Artículos 52 a 54

- Artículo 52. Objeto del contrato

El artículo 52 del anteproyecto define el objeto de los contratos y regula la división de lotes, incorporando lo dispuesto en el artículo 65 de la Directiva 2014/25/UE. Debe hacerse notar que este precepto, a diferencia de lo establecido en el artículo 46.1, segundo párrafo, de la Directiva 2014/24/UE, no establece la obligación para los poderes adjudicadores de indicar, en los pliegos de la contratación o en el informe específico sobre el procedimiento de adjudicación, "las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes".

La regulación propuesta no suscita objeción alguna, si bien procede revisar la redacción del primer párrafo del apartado 4, que se refiere a una "oferta integradora", término que únicamente aparece en el precepto comentado. De su tenor literal resulta que dicha "oferta integradora" es aquella en la que cabe la adjudicación de más de un lote al mismo licitador.

A juicio de este Consejo, parece innecesario acuñar una expresión específica que no aparece en ningún otro precepto de la futura Ley, y bastaría con decir: "cuando la entidad contratante hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato, podrá adjudicarse más de un lote al mismo licitador siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:".

Por último y con carácter meramente formal deben hacerse las siguientes indicaciones: en primer lugar, en el primer párrafo del apartado 3 debe corregirse la fórmula "asimismo las mismas podrán..."; en segundo lugar, han de ubicarse correctamente los dos últimos párrafos de este apartado que parecen estar incorporados a la letra b) cuando el primero de ellos es también aplicable a las limitaciones previstas en la letra a); en fin, en la letra c) del apartado 4 sobra una coma en la oración "con respecto a dichos lotes que las ofertas...".



- Artículo 53. Contenido mínimo del contrato

El proyectado artículo 53 exige un contenido mínimo para los contratos, habiéndose apuntado en el expediente que excede de lo previsto en la Directiva 2014/25/UE y entra en el ámbito privado de la regulación contractual.

Es cierto que la mencionada Directiva no incorpora exigencias similares, pero ello no es óbice para que el anteproyecto incluya tal regulación, cuyo objetivo, indica el órgano proponente, es garantizar el principio de transparencia y evitar que a través del documento contractual se modifique sustancialmente lo establecido en el pliego de condiciones. Debe hacerse notar, por lo demás, que análoga regulación ya se contiene en el artículo 26 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (y se reproduce en el artículo 35 del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público). En todo caso, debería incluirse entre dicho contenido la necesidad de consignar el valor estimado del contrato, habida cuenta de la relevancia del concepto en el sistema legalmente definido.

Con todo y aun compartiendo este Consejo de Estado dicho objetivo, no hay que olvidar que el ámbito subjetivo de la futura Ley "se proyecta –indica la memoria- sobre los poderes adjudicadores, las empresas públicas y las entidades privadas que tengan atribuidos derechos especiales o exclusivos, exceptuándose sin embargo las Administraciones Públicas, que quedan sujetas a la regulación más estricta de la Ley de Contratos del Sector Público por razones de disciplina y control de su funcionamiento...". Esta circunstancia pudiera aconsejar una mayor flexibilidad en cuanto a la determinación de los puntos concretos que han de integrar ese contenido mínimo.

En segundo lugar, debe revisarse la redacción del apartado 2 y estructurar su contenido en dos párrafos:



CONSEJO DE ESTADO

- El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos de condiciones.

- Tales derechos y obligaciones se concretarán, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario o resultarán de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento.

Por último y como observación de carácter formal, en el apartado 3 debe decir "podrá" y no "podrán".

**- Capítulo II. Requisitos de los candidatos y licitadores.
Artículos 55 a 57**

En este capítulo se aborda la transposición de diversos preceptos europeos (en especial, artículos 76 a 80 de la Directiva 2014/25/UE y artículos 30, 37 y 38 de la Directiva 2014/23/UE), que en líneas generales se considera correctamente efectuada. Cabe destacar la introducción de una declaración responsable como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos para contratar.

- Artículo 55. Exigencia de solvencia

A los efectos de determinar los medios de prueba admisibles para acreditar la solvencia de la entidad contratante, el proyectado artículo 55 emplea una fórmula flexible pues, además de los establecidos en la propia Ley y en la Ley de Contratos del Sector Público, establece que se podrán admitir cualesquiera otros siempre que sean válidamente admitidos en derecho.

En particular, se destaca en el expediente la posibilidad de utilizar, como medio de prueba de la solvencia económica, el dato del periodo medio de pago a proveedores. Podría incorporarse la mención expresa de este medio y la

9



CONSEJO DE ESTADO

remisión a la Ley de Contratos del Sector Público habría de completarse con una mención de sus concretos artículos.

- Artículo 57. Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para contratar

El artículo 57 del anteproyecto, al enumerar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para contratar, establece (apartado 2.c)) que en los procedimientos abiertos la declaración responsable habrá de incluir la manifestación del licitador de que no está incurso en ninguna de las prohibiciones para contratar que establece la Ley de Contratos del Sector Público. Y precisa que esa declaración incluirá, entre otros contenidos, "la manifestación de cumplir la obligación de contar con un 2 por cien de trabajadores con discapacidad o de adoptar las medidas alternativas correspondientes, en virtud de la legislación vigente sobre derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social". Dicha obligación se encuentra regulada en el artículo 42 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

A juicio de este Consejo sería más acertado definir tal obligación con una remisión a lo dispuesto en el precepto últimamente mencionado para evitar expresiones tan imprecisas como la de "adoptar las medidas alternativas correspondientes". Por lo demás, la previsión comentada debiera ir precedida de la locución "en su caso", habida cuenta de que dicha obligación sólo es aplicable a "las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores".

Como observación de carácter formal en la letra c) debe decir "incurso" y no "incursa".

Por otra parte, en el apartado 9 del artículo 57 se señala que "cuando la entidad contratante aprecie defectos subsanables en la declaración responsable, ésta dará un plazo suficiente al empresario para que los corrija".



CONSEJO DE ESTADO

Se considera que debiera precisarse en lo posible qué debe entenderse por "plazo suficiente". Sería conveniente prever su concreción en sede legal o, cuando menos, vincular expresamente su determinación, tal y como establece el artículo 76.4 de la Directiva 2014/25/UE, a que la petición de subsanación se realice "cumpliendo totalmente los principios de igualdad de trato y transparencia".

Por lo demás, se formulan dos observaciones de carácter formal: en el apartado 9 del artículo 57 ha de eliminarse el pronombre "ésta"; y en el apartado 11 de ese mismo artículo debe decir "o aquellos otros que pudieran obtenerse de forma directa y gratuita...".

- Capítulo III. Procedimientos de adjudicación

En este extenso capítulo, cuyo contenido se estructura en tres secciones, se aborda la transposición de diversos preceptos de las Directivas 2014/23/UE y 2014/25/UE, a los que se hará referencia, en su caso, al hilo de las distintas observaciones que suscite la regulación proyectada.

- Sección 1ª. Normas generales

- Artículo 58. Principios Generales

Una observación similar a la que se acaba de formular al proyectado artículo 57.9 se realiza al artículo 58.1. Si bien es cierto que en este caso sí se incluye una referencia al cumplimiento de los principios básicos de la contratación, lo más acertado sería concretar el plazo de subsanación. Además, se alude a un "plazo adecuado" (en el artículo anterior, a un "plazo suficiente"), resultando aconsejable, para evitar dudas interpretativas, homogeneizar la terminología empleada.



CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 59. Obligación de notificación y exclusión de actuaciones y prácticas restrictivas de la competencia

El título del artículo 59 del anteproyecto es el siguiente: "Obligación de notificación y exclusión de actuaciones y prácticas restrictivas de la competencia".

Bastaría con que hiciera referencia únicamente a la exclusión de actuaciones y prácticas restrictivas de la competencia. La mención de la "obligación de notificación", situada además en primer término, induce a confusión.

Se alude con esa referencia a la obligación que se impone a las entidades contratantes, a los órganos consultivos en materia de contratación pública y a los órganos competentes para resolver las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos de notificar a las autoridades de competencia los hechos que pudiesen constituir una conducta colusoria.

En realidad, se trata más bien de una obligación de comunicación, cuya mención expresa en el título parece innecesaria; de mantenerse, habría de formularse en otros términos.

- Artículo 60. Cómputo de plazos

El artículo 60 del proyecto establece una serie de reglas aplicables con carácter general al cómputo de plazos, incorporando esencialmente lo dispuesto en el artículo 66 de la Directiva 2014/25/UE y en el artículo 39 de la Directiva 2014/23/UE.

El apartado 3 de este precepto prevé el establecimiento de plazos para la presentación de ofertas superiores a los establecidos para cada procedimiento con carácter general (artículos 82 a 87 del anteproyecto) en aquellos casos en que las ofertas sólo puedan realizarse después de visitar los lugares o previa consulta *in situ* de los documentos que se adjunten a los pliegos de condiciones.



CONSEJO DE ESTADO

Teniendo en cuenta que los artículos 82 a 87 contemplan esencialmente unos plazos mínimos, cabría valorar la posibilidad de introducir algún límite objetivo a la ampliación de los plazos, ya sea con alcance general en el apartado 3 (pudiendo emplearse una formulación análoga a la prevista en el último párrafo del apartado 4 del artículo 60), ya sea con carácter específico al hilo de la regulación de cada procedimiento.

Una segunda observación se refiere al supuesto contemplado en la letra a) del artículo 60.4, que determina la procedencia de prórroga en el plazo de presentación de ofertas “cuando, por cualquier razón, no se le hubiera facilitado a un operador económico, al menos seis días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de las ofertas, la información adicional a que se refiere el artículo 64.1; siempre y cuando la misma hubiera sido solicitada por el operador económico con antelación suficiente”.

Aunque el artículo 66.3.a) de la Directiva 2014/25/UE alude también a la solicitud de la información “con antelación suficiente”, sería conveniente precisar en lo posible con cuánta anticipación ha de solicitarse, incluso fijando un número de días en los que la solicitud se consideraría realizada con antelación suficiente, para cuya determinación habría que tomar en consideración los concretos plazos fijados en los artículos 82 a 87 del anteproyecto que han de mediar entre el envío del anuncio y la presentación de ofertas y solicitudes.

En tercer lugar, debe revisarse la redacción del primer párrafo de la letra b) del apartado 4, sugiriéndose la siguiente:

“Cuando se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de condiciones que, de haber figurado en ellos inicialmente, hubieran permitido la admisión a la licitación de candidatos distintos o atraído a más participantes en el procedimiento de licitación. Se consideran modificaciones significativas aquéllas que afecten a las especificaciones técnicas”.



CONSEJO DE ESTADO

Por último, debe ubicarse correctamente el último párrafo del apartado 4, que parece estar incorporado a la letra b) cuando es también aplicable al supuesto contemplado en la letra a). Y ha de revisarse la puntuación pues se utiliza de modo incorrecto el punto y coma.

- Artículo 61. Normas aplicables a las comunicaciones

El artículo 61 del anteproyecto establece las normas aplicables a las comunicaciones, siguiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Directiva 2014/25/UE. La utilización de medios de comunicación electrónicos se impone con carácter general, salvo excepciones tasadas legalmente.

La primera observación que suscita este artículo trae causa de que en su redacción se ha optado por una casi literal reproducción del contenido y sistemática del precepto europeo. Se trata de un precepto excesivamente largo, cuyo contenido podría fácilmente desglosarse en varios artículos en el marco de una ley de nueva planta.

En segundo lugar y en relación con los supuestos contemplados en el apartado 3 en que cabe la posibilidad de utilizar medios no electrónicos, debería precisarse no solo que la comunicación puede realizarse "por correo o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo u otro medio y apropiado y medios electrónicos" (según establece la Directiva), sino que esos medios habrán de permitir acreditar fehacientemente la comunicación realizada.

También parece razonable incluir una previsión similar (aunque es cierto que la norma europea no la contempla para estos supuestos) a la contenida para aquellos casos en que el recurso a medios no electrónicos de comunicación obedece a razones de seguridad o para la protección de información sensible, en cuanto a la constancia en un informe específico de las razones que han determinado la opción por medios no electrónicos (segundo párrafo del apartado 4).



CONSEJO DE ESTADO

De otra parte, sería deseable que la exigencia de que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado (apartado 5) se precisara mejor.

- Artículo 62. Participación previa de candidatos o licitadores

Debe revisarse la redacción del apartado 2 del artículo 62, que incorpora el artículo 59 de la Directiva 2014/25/UE, relativo a la participación previa de candidatos o licitadores en la preparación del procedimiento de contratación. A efectos de una mayor claridad, debería decir: "...en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de tal participación, así como el establecimiento de plazos adecuados...".

También suscitan dudas los términos del apartado 3 ("Antes de proceder a dicha exclusión, se deberá dar a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia"), que reproduce casi literalmente el primer inciso del último párrafo del artículo 59 de la Directiva. Parece que lo quiere indicarse es que antes de proceder a la exclusión, deberá darse audiencia al candidato o licitador que puede ser excluido, a fin de que justifique que su previa participación en la preparación del procedimiento de contratación no afecta negativamente a la competencia.

En fin, se echa en falta la transposición de la exigencia de que las medidas adoptadas en relación con una eventual exclusión deban consignarse en el correspondiente informe.

- Artículo 64. Información a los candidatos y licitadores.

El apartado 1 del artículo 64 del anteproyecto ("información a los candidatos y licitadores") establece que los interesados podrán solicitar la remisión de información adicional, que deberá serles proporcionada, a más tardar, seis días antes de que finalice el plazo para la presentación de ofertas, siempre y cuando tal solicitud se haya realizado "con la debida antelación".

9



CONSEJO DE ESTADO

Procede reiterar la observación formulada con anterioridad en relación con lo dispuesto en la letra a) del artículo 60.4, sobre la conveniencia de precisar en lo posible qué debe entenderse por "debida antelación". Por lo demás, parece adecuado que en uno y otro supuesto se emplee una misma terminología.

Las mayores dificultades son las derivadas del inciso final del artículo 64.1 analizado, según el cual el aludido plazo de seis días "se reducirá a cuatro días en el caso a que se refiere el artículo 82.5". Este precepto regula el denominado en la Directiva 2014/25/UE "procedimiento abierto acelerado", que se traduce en una contracción del plazo mínimo para la presentación de ofertas a causa de una situación de urgencia debidamente justificada por la entidad contratante. En tal circunstancia, la Directiva 2014/25/UE (artículo 73.3, inciso final) hace posible la reducción a cuatro días de la antelación respecto de la fecha límite fijada para la recepción de las ofertas con la que puede proporcionarse la información adicional requerida por los interesados.

Ahora bien, el anteproyecto no tiene en cuenta que esta reducción está permitida por la Directiva 2014/25/UE para los contratos incluidos en su ámbito, no así en la Directiva 2014/23/UE respecto de las concesiones de obras y de servicios, cuyo artículo 34.3 no contempla una disminución tal. Por consiguiente, en línea con la observación realizada en el dictamen número 1.116/2015 a los artículos 119.2 b), punto 4ª, y 138.3, debe objetarse que el inciso final del artículo 64.1 del anteproyecto reduzca el plazo de seis a cuatro días con carácter general, en la medida en que tal reducción no es factible –por no encontrar amparo en la Directiva 2014/23/UE- cuando el contrato de que se trate sea una concesión de obras o una concesión de servicios. Estas modalidades concesionales han de ser exceptuadas de dicha reducción.

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento del Consejo de Estado.



- Artículo 66. Criterios de adjudicación del contrato

El artículo 66 del anteproyecto regula los criterios de adjudicación del contrato, incorporando esencialmente lo dispuesto en el artículo 82 de la Directiva 2014/25/UE.

En su apartado 1 enumera los requisitos que han de cumplir los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. En su letra a) establece que dichos criterios estarán en todo caso "vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado 2 de este artículo, y su inclusión debe estar justificada por que aporte valor al objeto, uso o finalidad del contrato".

De otra parte, se echa en falta la incorporación de la previsión (artículo 82.4 de la Directiva 2014/25/UE) relativa a que los criterios de adjudicación "irán acompañados de especificaciones que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen" tales criterios.

Otra observación se refiere al apartado 5 del precepto comentado, según el cual:

"Cuando se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos".

Se considera que más que de determinación de los criterios de adjudicación, se está haciendo referencia a la ponderación de tales criterios. Por tanto, esta previsión estaría mejor ubicada a continuación del primer párrafo del apartado 6; y debiera señalar que en la ponderación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a los que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes. En fin, frente a la falta de concreción que supone la expresión "siempre y cuando sea posible", sería conveniente emplear una

9



CONSEJO DE ESTADO

formulación más restrictiva, que limite los supuestos en que es posible dar preferencia a otros criterios, o bien exigir que la opción de no dar preponderancia a los criterios indicados debe motivarse.

Finalmente, el apartado 7 habilita a las entidades contratantes para establecer en los pliegos de condiciones "criterios de desempate" para los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Es importante subrayar, como se hace en el dictamen número 1.116/2015, que, pese a su denominación, los "criterios de desempate" no son sino criterios que el órgano de contratación puede establecer –o no- en los pliegos, y que atribuyen preferencia para la adjudicación, por lo que pueden considerarse criterios de adjudicación y deben cumplir las exigencias que, respecto de los mismos, establece el Derecho europeo (en este sentido, *cfr.* SSTJUE de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03, p. 85-89 y C-234/03, pp. 77-78). En particular, dichos "criterios de desempate" mencionados en el artículo 66.7 deben vincularse, de una u otra forma, al objeto del contrato, lo que sería útil que se dijera expresamente para disipar cualquier duda al respecto. Así, el artículo 66.7 del anteproyecto podría tener la siguiente redacción: "Las entidades contratantes podrán establecer en los pliegos de condiciones, *siempre que los mismos cumplan los requisitos previstos en el apartado 1*, criterios de desempate para los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas".

- Artículo 67. Definición y cálculo del ciclo de vida

En el artículo 67 del anteproyecto se establecen las reglas para el cálculo del coste del ciclo de vida y se señala que los pliegos deben indicar los datos que han de facilitar los licitadores, así como el método utilizado para la evaluación de los costes. Además, se especifican los requisitos que ha de cumplir dicho método en relación con la evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales.

En primer lugar, el título del artículo ("Definición y cálculo del ciclo de vida") no refleja con precisión su contenido. La definición del ciclo de vida se



CONSEJO DE ESTADO

encuentra recogida, como resulta del apartado 1, en el artículo 2.r) del anteproyecto. Lo que se regula en el artículo 67 es el cálculo de los costes del ciclo de vida y las previsiones que al efecto han de contener los pliegos.

En segundo lugar, sería conveniente que su apartado 1 comenzase con una referencia al precepto anterior al que ha de entenderse referido ("A los efectos de lo dispuesto en el apartado 3.a) del artículo precedente", por ejemplo).

Una tercera observación se refiere a los costes que han de entenderse incluidos en la consideración global del coste del ciclo de vida. En este punto, el anteproyecto se limita a reproducir el tenor del artículo 83 de la Directiva 2014/25/UE; pero, como ha destacado la Intervención General de la Administración del Estado, tales previsiones pudieran resultar insuficientes, especialmente en lo relativo a la determinación de los costes sufragados por la entidad contratante (letra a) del apartado 1), ante las dificultades existentes para verificar la información correspondiente y por razón de la eventual inexistencia de parámetros homogéneos que posibiliten la comparación de los costes del ciclo de vida correspondientes a las distintas ofertas.

Por tanto, cabría valorar la posibilidad de introducir una mayor precisión en la determinación de los costes (por ejemplo, la Intervención propone distinguir entre costes directos y costes inducidos). En todo caso y puesto que parece que una mayor concreción puede resultar necesaria en un ulterior desarrollo reglamentario, sería conveniente introducir una habilitación expresa que así lo contemple.

- Artículo 69. Ofertas anormalmente bajas

La regulación de las ofertas anormalmente bajas (artículo 69 del anteproyecto) se concreta en la articulación de un procedimiento en el que, previa audiencia al licitador, se adoptará la decisión sobre el carácter de la oferta y su eventual exclusión. En líneas generales, se considera que el precepto comentado realiza una adecuada transposición del artículo 84 de la



CONSEJO DE ESTADO

Directiva 2014/25/UE, sin perjuicio de lo cual se formulan las siguientes observaciones:

En primer lugar, habría que revisar la terminología empleada: se dice que "en los casos en que la entidad contratante presume que una oferta resulta inviable..." (apartado 1); se habla de ofertas "incurtidas en presunción de anormalidad" (apartados 2 y 3). No parece necesario construir una presunción, bastando con indicar simplemente que se trata de ofertas que podrían tener la consideración de anormalmente bajas.

De otra parte, cabe destacar la exigencia de que se establezcan en los pliegos de condiciones los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta puede ser considerada anormal.

Esta previsión, que no trae causa de la Directiva, tiene como finalidad, según indica el órgano proponente, garantizar la eficacia de los principios esenciales de la contratación pública, evitar una aplicación arbitraria de los "umbrales de anormalidad" y posibilitar la correcta articulación del procedimiento.

El Consejo comparte los objetivos a los que pretende dar respuesta la previsión comentada. En particular, se considera procedente articular una regulación, en consonancia con lo dicho en el dictamen sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que, de un lado, permita comprobar si una oferta es o no anormalmente baja tanto mediante la comparación con otras en la fase de recepción y análisis de todas las ofertas y, de otro lado, mediante la inclusión como exigencia en todos los pliegos, que permita valorar objetivamente –sin necesidad de dicha comparación– la suficiencia económica de la oferta para afrontar el coste de la obra o servicio a ejecutar. En efecto, de este modo se evitaría la situación producida en algunas ocasiones en las que la apreciación de ofertas anormalmente bajas no se puede determinar mediante su comparación con otras –porque estas también participan de dicho carácter, bien de manera accidental, bien a resultas de prácticas concertadas–, aunque resulta patente de sus términos que son económicamente insuficientes para afrontar la satisfacción del coste de la obra



CONSEJO DE ESTADO

o servicio. Esta circunstancia se concreta posteriormente en el incumplimiento de las previsiones contractuales por parte del adjudicatario y en el consiguiente perjuicio del interés público. Es deseable, por consiguiente, que la Administración, sin menoscabo de la observancia de las reglas de la competencia, cuente con algún instrumento que permita excluir las ofertas que, resultando objetivamente anormalmente bajas e insuficientes para asegurar el cumplimiento de la prestación, sin embargo, no puedan ser calificadas como tales a través del mecanismo ordinario de su comparación con otras.

Por otra parte, en el apartado 3 debería recogerse la referencia que el artículo 84.2.e) de la Directiva 2014/25/UE hace al cumplimiento de las obligaciones en materia de subcontratación (lo que podría hacerse en el proyectado artículo 69.3.d), añadiendo al final "... y de subcontratación").

Desde el punto de vista de la técnica normativa, las previsiones que se contienen en el último párrafo del apartado 3 (rechazo de las ofertas anormalmente bajas por no cumplir las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral) y en el apartado 4 (rechazo de ofertas que son anormalmente bajas por haberse obtenido una ayuda de Estado) deben ir al final del artículo.

En fin, debe suprimirse la expresión "en base al" en el primer párrafo del apartado 3. Y el último párrafo de este mismo apartado estaría mejor redactado si dijera "por no cumplir las obligaciones".

- Artículo 72. Adjudicación de contratos

La primera observación que cabe formular al artículo 72 del anteproyecto ("Adjudicación de los contratos") se refiere a la terminología empleada en sus apartados 1 y 3. En el apartado 1 se dice que la entidad contratante "comunicará motivadamente" o "comunicará también de forma motivada" (misma terminología que el artículo 83 de la Ley 31/2007) la adjudicación del contrato. Por el contrario, el apartado 3 comienza haciendo mención a "la notificación a que se refiere el apartado primero".

9



CONSEJO DE ESTADO

Parece conveniente emplear un mismo término. Así, el apartado 3 debería referirse a las comunicaciones a que se refiere el apartado 1, indicando además que han de ser notificadas en tiempo y forma a los licitadores.

Una segunda observación se refiere a la previsión contenida en su apartado 2, que trae causa de las sugerencias efectuadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Según dicho apartado:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.2, si la entidad contratante tuviera indicios fundados de una conducta colusoria, en el sentido definido por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en el procedimiento de contratación, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncien sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere este párrafo”.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el llamado “procedimiento sumarísimo” ha de ser compatible, en especial en cuanto a los plazos se refiere, con la regulación que sobre los distintos procedimientos de adjudicación se contiene en la futura Ley. Es cierto que se prevé que la remisión de los indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación, pero también lo es que el “procedimiento sumarísimo” habría de tener una duración muy breve, de forma tal que la eventual intervención de las autoridades de competencia no obstaculice el normal desarrollo de los procedimientos de adjudicación.

En segundo lugar, y lo que es más importante, nada se dice en el anteproyecto sobre los eventuales efectos que sobre el procedimiento de adjudicación pueda tener el pronunciamiento de la autoridad de competencia. Si no se anuda efecto alguno, resulta innecesario prever un procedimiento específico y la suspensión de la adjudicación, pues bastaría con remitir los indicios a los efectos oportunos (incluso podría considerarse suficiente remitirse



CONSEJO DE ESTADO

a lo dispuesto en el artículo 59.2 del anteproyecto). Pero si lo que se pretende es que tal pronunciamiento tenga determinadas consecuencias, como podría ser servir de base a la decisión del órgano de contratación de excluir a determinados licitadores, estas deben concretarse expresamente en sede legal.

La última observación que suscita el proyectado artículo 72 se refiere a su apartado 4, en el que se indica que "la adjudicación podrá ser publicada en el perfil de contratante", precisando que en este caso deberá tener el contenido que establece el precedente apartado 3.

Esta previsión debe coordinarse con el artículo 74 del anteproyecto, relativo al perfil de contratante, que incluye, como dato de los contratos que obligatoriamente ha de publicarse, el relativo a la identidad del adjudicatario (apartado 3, primer párrafo).

- Artículo 73. Perfección y formalización de los contratos

El párrafo primero del artículo dispone que "Los contratos que celebren las entidades contratantes se perfeccionan con su formalización" .

Este precepto es nuevo respecto de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que no lo establecía.

No existe en el expediente justificación de las razones que abonan la introducción de este criterio formal de perfección de los contratos. Se trata de una previsión que no viene impuesta por la regulación comunitaria. Quiebra un principio general de nuestro ordenamiento jurídico vigente desde la aprobación del Ordenamiento de Alcalá, en 1348, y que se concreta en que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (artículo 1258 del Código Civil).

El Consejo de Estado considera que no está justificada la introducción de una regla como la proyectada que hace de la formalización (*forma ad solemnitatem*) el elemento de perfección de los contratos. Más cuando estos tienen naturaleza jurídico privada. No se alcanzan las razones por las que extenderla al ámbito de la contratación privada. Quizás sea la de



CONSEJO DE ESTADO

asegurar que el contrato no exista bien hasta tanto no haya transcurrido el plazo para impugnarlo mediante el recurso especial, bien no haya sido resuelto este. Pero tal objeción se puede obviar mediante la introducción de una previsión que establezca que, aun perfeccionado el contrato, su eficacia quedará condicionada al transcurso del mencionado término o a la resolución del recurso correspondiente. Por ello, se considera pertinente mantener la regla de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento instrumentado mediante el acto de adjudicación.

Además, en línea con la observación formulada a los apartados 1 y 3 del artículo 72, procede modificar lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 73 del anteproyecto ("Perfección y formalización de los contratos") para indicar que el plazo de quince días comenzará a computarse a partir de la notificación de las comunicaciones a que refiere el artículo 72.1.

- Sección 2ª. Publicidad de las licitaciones

- Artículo 76. Anuncios periódicos indicativos

Aunque el artículo 76 del anteproyecto ("Anuncios periódicos indicativos") incorpora la terminología del artículo 67 de la Directiva 2014/25/UE cuando alude a las "intenciones de celebrar contratos" o a las "intenciones de contratación", parece más correcto emplear una formulación distinta. Por ejemplo, que las entidades contratantes podrán suministrar información sobre los contratos que se propongan celebrar o que tengan intención de celebrar.

En el apartado 2 la expresión "a elección de la entidad contratante" debería ir entre comas.

- Artículo 77. Convocatoria de licitación

El artículo 77 del anteproyecto establece la obligación de que los procedimientos de licitación sean objeto de una "convocatoria de licitación" y distingue, a tales efectos, entre licitación de contratos de obras, suministros o servicios y licitación de contratos de concesión.



La primera observación que suscita se refiere a la sistemática empleada. Sería más correcto incluir una única regla general relativa a todos los contratos, consistente en que la convocatoria se efectuará por medio del anuncio de licitación previsto en el artículo 78; y seguidamente mencionar los dos supuestos específicos que contempla, relativos a la existencia de un sistema de clasificación en el caso de los contratos de obras, suministros o servicios y a los contratos de concesión de alguno de los servicios del anexo I.

En segundo lugar, procede realizar algunas consideraciones sobre el régimen aplicable a las concesiones.

El artículo 31 de la Directiva 2014/23/UE, que regula los "anuncios de concesión", los define como aquellos anuncios por los que los poderes adjudicadores darán a conocer su propósito de adjudicar una concesión y determina su contenido en función del tipo de concesión de que se trate, estableciendo una previsión específica para las concesiones de servicios sociales u otros servicios específicos enumerados en el anexo IV de la propia Directiva.

Se hace notar que el anteproyecto sometido a consulta se aparta de este esquema: mientras que en el caso de las concesiones de servicios sociales u otros servicios específicos sí se prevé exclusivamente, a efectos de la convocatoria de licitación, un anuncio periódico indicativo (artículo 76), para las demás concesiones se exige el anuncio de licitación previsto en el artículo 78.

Por lo demás y en relación con el anuncio periódico indicativo a que se acaba de hacer referencia, cabría valorar la posibilidad de incluir una previsión similar a la establecida en el apartado 4 del artículo 44 de la Directiva 2014/25/UE para los procedimientos restringidos o negociados. En tales casos se incluye, entre las distintas fórmulas para realizar la convocatoria de licitación, el anuncio periódico indicativo (letra a)), estableciendo que "los operadores económicos que hayan manifestado su interés a raíz de la publicación del anuncio periódico indicativo serán invitados posteriormente a confirmar este

9



CONSEJO DE ESTADO

interés por escrito mediante una 'invitación a confirmar el interés' de conformidad con el artículo 74 [que se corresponde con el artículo 63 del anteproyecto]" (último párrafo del apartado 4).

- Sección 3ª. Tipos de procedimiento

La sección 3ª regula los distintos procedimientos de adjudicación, incorporando lo dispuesto en los artículos 44 y siguientes de la Directiva 2014/25/UE, así como las previsiones equivalentes de la Directiva 2014/23/UE (en especial, artículos 31, 37 y 39). En líneas generales se considera correcta la transposición realizada, habiéndose optado por una transcripción casi literal de la mayoría de los preceptos.

La posibilidad de utilizar los distintos procedimientos contemplados en la futura Ley debe completarse, en línea con el artículo 58 de la Ley 31/2007, con la exigencia de que se haya producido la preceptiva convocatoria de licitación. Así, se sugiere la siguiente redacción para el artículo 81.1: "La entidad contratante podrá elegir entre la adopción del procedimiento abierto, restringido, de licitación con negociación, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, siempre que se haya efectuado una convocatoria de licitación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 77. También podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad en los casos previstos en el artículo 85".

- Artículo 82. Procedimiento abierto

Al regular el procedimiento abierto (artículo 82 del anteproyecto), en el apartado 4 se contempla la posibilidad de reducir a quince días el plazo de presentación de ofertas cuando se hubiese publicado un anuncio periódico indicativo y, entre otros requisitos, este contuviese la información establecida en el anexo VI, sección A, apartado II, "en la medida en que esta última información estuviera disponible en el momento en que se publicó el anuncio periódico indicativo".



CONSEJO DE ESTADO

Se trata de una transposición prácticamente literal de lo dispuesto en el artículo 45.2.a) de la Directiva 2014/25/UE. Sin embargo, dada la relevancia de la información a que se refiere el apartado II antes mencionado (cuyo título precisamente alude a la "información adicional que *debe* facilitarse si el anuncio permite una reducción de los plazos de presentación de las ofertas"), resulta conveniente una mayor concreción pues, en los términos en que se formula, la exigencia de información adicional que se introduce pudiera llegar a quedar vacía de contenido por el simple hecho de que se afirmase su no disponibilidad en el momento de publicarse el anuncio periódico indicativo.

De otra parte, se contempla la posibilidad de reducir en cinco días el plazo general para la presentación de ofertas cuando la entidad contratante acepte que estas puedan presentarse por medios electrónicos (apartado 6).

Aunque dicho apartado reproduce los términos del artículo 45.4 de la Directiva 2014/25/UE cuando establece que la entidad contratante ha de aceptar que las ofertas puedan presentarse por tales medios, parece más correcto, en coherencia con la regla general contenida en el artículo 61, por cuya virtud la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de la tramitación de procedimientos de adjudicación se verificará por medios exclusivamente electrónicos (en el mismo sentido la memoria afirma que la utilización de los medios de comunicación electrónicos "se impone con carácter obligatorio, salvo excepciones tasadas), eliminar en este artículo esa referencia a la necesidad de aceptación por parte de la entidad contratante de que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos.

- Artículo 83. Procedimiento restringido

El segundo párrafo del apartado 3 del artículo 83, que regula el procedimiento restringido, establece que

"Las entidades contratantes podrán limitar el número de candidatos a los que invitarán a presentar una oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.2. El límite nunca será inferior a tres".



CONSEJO DE ESTADO

Esta previsión trae causa de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 46.2 de la Directiva 2014/25/UE y del artículo 37.3 de la Directiva 2014/23/UE, con arreglo a los cuales la limitación del número de candidatos debe en todo caso garantizar una "competencia suficiente" o una "competencia real".

Para cumplir tal exigencia, se introduce la previsión de que el número de candidatos no podrá ser inferior a tres.

Una previsión similar se establece para el procedimiento de licitación con negociación (artículo 84.2, primer párrafo, del anteproyecto), que incorpora lo dispuesto en el ya mencionado precepto de la Directiva 2014/23/UE y en el artículo 47.2 de la Directiva 2014/25/UE del anteproyecto. En este caso, sin embargo, no se establece un límite mínimo en cuanto al número de candidatos, pareciendo oportuno completar la regulación proyectada con una exigencia equivalente.

- Título V. Técnicas de racionalización de la contratación y concursos de proyectos

El contenido de este título se estructura en cinco capítulos que regulan, respectivamente, las "centrales de compras", los "acuerdos marco", los "sistemas dinámicos de adquisición", las "subastas electrónicas y catálogos electrónicos" y los "concursos de proyectos".

Desde el punto de vista de la estructuración y sistemática del anteproyecto, cabe formular una primera observación a la inclusión en un mismo título de dos regulaciones distintas, la que se refiere propiamente a las técnicas de racionalización y la relativa a los concursos de proyectos. Resultaría más acertado ubicarlas en dos títulos distintos o, cuando menos, estructurar el contenido del título V en dos capítulos, el primero sobre técnicas de racionalización (que se dividiría en cuatro secciones) y el segundo sobre concursos de proyectos.

La separación de las materias indicadas permitiría, además, una mejor ubicación de estas previsiones en el conjunto del anteproyecto. A este

9



CONSEJO DE ESTADO

respecto, se hace notar que en la Ley 31/2007 las técnicas sobre racionalización de la contratación figuran en un lugar intermedio entre los títulos dedicados a capacidad, clasificación y selección cualitativa de los operadores económicos y el título que contiene las normas y procedimientos sobre adjudicación; mientras que las reglas aplicables a los concursos de proyectos integran un capítulo de este último título.

Por lo demás, también sería conveniente coordinar la sistemática de las futuras leyes en materia de contratación pública. Así, mientras que en la ley general la regulación de la subasta electrónica se incluye en las normas generales sobre adjudicación, en la ley de sectores especiales se incluye, como se acaba de ver, dentro de las técnicas de racionalización.

- Capítulo I. Centrales de compras. Artículos 88 a 91

Hay que destacar que el anteproyecto de Ley sometido a consulta contiene una regulación mucho más completa de las centrales de compras que la Ley 31/2007, que solamente dedica un único artículo cuyo contenido se reproduce en el apartado 1 del proyectado artículo 91. Además de establecer una regulación detallada de las actividades de compra y de las centrales (que incorpora lo dispuesto en el artículo 55 de la Directiva 2014/25/UE), se introducen dos nuevas modalidades, como son la contratación conjunta esporádica y la contratación con intervención de entidades contratantes de diferentes Estados miembros de la Unión Europea (artículos 89 y 90, que transponen respectivamente los artículos 56 y 57 de la mencionada Directiva).

Se considera que el anteproyecto realiza una adecuada transposición del contenido de los artículos de la Directiva 2014/25/UE que se acaban de mencionar, si bien se sugiere una revisión de la redacción en su conjunto que permitiría mejorar los términos que resultan de la literalidad de la norma europea.

También como observación de carácter formal, en el apartado 4 del artículo 88 debe decir "les impone"; por otro lado, la referencia a la



CONSEJO DE ESTADO

responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones estaría mejor ubicada en punto y aparte ("En especial...").

- Capítulo II. Acuerdos marco. Artículo 92, y Capítulo III. Sistemas dinámicos de adquisición. Artículos 93 a 96

La principal observación que suscita la regulación proyectada, y que se subraya en el dictamen número 1.116/2015, es la falta de regulación de las múltiples cuestiones a que puede dar lugar un acuerdo marco, a continuación de su firma, o un sistema dinámico de adquisición, tras su implantación.

En efecto, pareciendo adecuada la transposición de los artículos 51 y 52 de la Directiva 2014/25/UE que realiza el anteproyecto, "la experiencia del Consejo de Estado en asuntos relacionados con la interpretación o resolución de acuerdos marco celebrados por la Administración pone de manifiesto que la aplicación a ellos del régimen de efectos, extinción y cumplimiento de los contratos administrativos no siempre ofrece respuesta a las dudas surgidas, básicamente por la convivencia de tales acuerdos y los contratos basados en ellos"; y "también surgen dudas parecidas en lo que atañe a los sistemas dinámicos de adquisición, al no contener el anteproyecto [en este caso, los artículos 93 a 96] –ni el TRLCSP en vigor- precisión alguna acerca de si la eventual resolución de un contrato específico adjudicado en el marco de un sistema dinámico de adquisición puede suponer la expulsión del mismo de la empresa a la que fuera imputable dicha resolución".

Q

Por tanto, también en el caso del anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales "debe hacerse un esfuerzo en el anteproyecto para, en sede regulatoria de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos, establecer pautas sobre el devenir de los pactos celebrados por la Administración en uso de las técnicas de racionalización técnica".

De otra parte, cabe formular las siguientes observaciones concretas:



- Artículo 94. Implementación

El artículo 94 del anteproyecto, bajo la rúbrica "Implementación", regula diferentes cuestiones del régimen aplicable a los sistemas dinámicos de adquisición: procedimiento a seguir, admisión de solicitantes, criterios de selección, utilización de medios electrónicos en las comunicaciones, obligaciones de las entidades contratantes con carácter previo a la licitación, carácter gratuito de la participación e información a la Comisión Europea. Si por implementación se entiende la puesta en funcionamiento de estos sistemas, parece claro que el contenido del precepto comentado no se corresponde exactamente con dicho significado, por lo que podría modificarse su título (por ejemplo, "Reglas aplicables a los sistemas dinámicos de adquisición") o bien desglosar su contenido en varios artículos.

- Artículo 95. Incorporación de empresas al sistema

El apartado 5 del artículo 95 ("Incorporación de empresas al sistema") prevé que las entidades contratantes puedan exigir la presentación de una nueva declaración responsable renovada y actualizada, precisando que "la misma deberá ser aportada por el candidato dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que éste fue requerido".

El artículo 52.7 de la Directiva 2014/25/UE determina el cómputo de dicho plazo por referencia a la fecha de envío del requerimiento. Y, por tanto, es este el criterio que debe incorporar la regulación proyectada (como de hecho hace, por ejemplo, al fijar el cómputo para la presentación de ofertas a partir de la fecha de envío de la invitación -artículo 96.3-).

Como observación puramente formal, en el apartado 2 de este artículo debiera eliminarse la repetición de la locución "en ningún caso".

Q



CONSEJO DE ESTADO

**- Capítulo IV. Subastas electrónicas y catálogos electrónicos.
Artículos 97 y 98**

Se incorporan en este capítulo los artículos 53 y 54 de la Directiva 2014/25/UE relativos, respectivamente, a subastas y catálogos.

- Artículo 97. Subastas electrónicas

El apartado 3 del artículo 97 del anteproyecto establece los criterios en los que ha de basarse la subasta electrónica y trae causa del apartado 3 del artículo 53 de la mencionada Directiva.

Según dicho apartado, la subasta “se basará en uno de los siguientes elementos de las ofertas:

- a) únicamente en los precios, cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio;
- b) o bien en los precios y/o en los nuevos valores de los elementos de las ofertas indicados en los pliegos de la contratación, cuando el contrato se adjudique en función de la mejor relación precio-calidad o a la oferta de coste más bajo atendiendo a la relación coste-eficacia”.

Por su parte, el anteproyecto sometido a consulta establece que la subasta “se basará en uno de los siguientes criterios:

- a) únicamente en los precios, cuando el contrato se adjudique a la oferta de coste más bajo,
- b) o bien en los precios y en nuevos valores de los elementos objetivos de la oferta que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o en porcentajes, cuando el contrato se adjudique basándose en varios criterios de adjudicación”.



CONSEJO DE ESTADO

La transposición efectuada se considera en líneas generales correcta y se valora en este caso que se haya introducido una regulación que no es transcripción literal de la norma europea. Ello no obstante y para lograr una mejor coordinación del contenido de este apartado con las previsiones del artículo 66 en materia de criterios de adjudicación, se formulan las siguientes observaciones:

- la referencia que en la letra a) se hace a la adjudicación del contrato a la oferta de coste más bajo debiera ser a la oferta de precio más bajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4.

- de otra parte, el supuesto contemplado en la letra b) quedaría mejor formulado en los siguientes términos: "o bien en los precios y en los nuevos valores de los elementos objetivos de la oferta, cuando el contrato se adjudique, basándose en varios criterios de adjudicación, a la oferta que presente la mejor relación coste-eficacia o la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el artículo 66.3".

- En fin, parece a este Consejo que la exigencia de que los elementos de la oferta que pueden tomarse en consideración hayan de ser cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o en porcentajes (y que resulta de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 66 del anteproyecto) estaría mejor ubicada en otro apartado. A tal efecto, se sugiere su inclusión en el apartado 1, en el que se transcribe literalmente la Directiva 2014/25/UE cuando se alude a "nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas". Es coherente con las características de la subasta electrónica limitar su ámbito a elementos de naturaleza objetiva y que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes; pero tal previsión no solo ha de estar vinculada a los criterios de adjudicación pues también se proyecta sobre otros apartados del artículo 97 del anteproyecto (como, por ejemplo, el apartado 4, que determina la información que las entidades contratantes deben incluir en el pliego).



CONSEJO DE ESTADO

- Título VI. Ejecución y extinción de los contratos

- Artículo 107. Subcontratación

Este precepto regula la subcontratación y se ajusta a lo previsto en los artículos 42 y 88 de las Directivas 2014/23 y 25/UE, que se caracterizan por el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros a la hora de configurar esta categoría.

La nueva regulación de la subcontratación en el anteproyecto remitido introduce la novedad de que, una vez establecido que "en el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del precio del contrato", prevé que "cuando el pliego de condiciones establezca un límite de subcontratación superior al 60 por cien, se deberán justificar suficientemente las razones que lo amparan. El adjudicatario no podrá, en ningún caso, subcontratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del contrato".

En otras palabras, al igual que en el régimen vigente, el anteproyecto encomienda a los pliegos la fijación del porcentaje máximo de subcontratación, fijando como regla supletoria el 60% del precio del contrato, a lo que el texto en tramitación añade dos matices: i) cuando se quiera superar en el pliego la aludida regla supletoria, esto es, establecerse un límite de subcontratación superior al 60%, ello tendrá que estar suficientemente justificado; y ii) se prohíbe expresamente la subcontratación de la totalidad del contrato.

Sin perjuicio de la valoración positiva que merecen estas dos cautelas, considera el Consejo de Estado que resulta excesivo el margen que se otorga a los pliegos para fijar cualquier tope máximo, pues, aunque ello tendría que contar con alguna justificación, en su literalidad el precepto permite situar dicho tope en el 99%. Por ello, se recomienda que el propio legislador, además de la regla supletoria y de la prohibición de subcontratar la totalidad de la prestación, fije un límite máximo que en todo caso haya de ser respetado por los pliegos (por ejemplo, del 75%).



- Artículo 108. Pagos a subcontratistas y suministradores y comprobación de los mismos

Regula este precepto en su apartado sexto la comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores, en línea con el artículo 228 *bis* del TRLCSP (la Ley 31/2007 no contenía ninguna disposición análoga al respecto), introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con el fin de luchar contra la morosidad, permitiendo un mayor control por parte de las Administraciones públicas de los pagos que los adjudicatarios deben hacer a los subcontratistas.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 88.3 de la Directiva 2014/25/UE, habilita a los Estados miembros a prever que, *"a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, la entidad adjudicadora transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato (el contratista principal)"*. El anteproyecto ha renunciado a incorporar esta posibilidad, lo que no merece reproche jurídico alguno, considerando que la directiva habilita a los Estados miembros para disponer los pagos directos de la entidad adjudicadora a los subcontratistas, pero no los impone. La posición del anteproyecto es, además, coherente con la configuración de la subcontratación en nuestra legislación administrativa, que descarta, como se ha visto, la acción directa de los subcontratistas frente a la Administración.

Ahora bien, la redacción del artículo 108.6 del anteproyecto, en comparación con la del artículo 228 *bis* del TRLCSP en la que se inspira, pone de relieve la siguiente diferencia: mientras la norma en vigor (de la que proviene esta regulación) faculta a la entidad contratante para comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos, el texto consultado condiciona la atribución de esta facultad a que *"así lo hubieran previsto los pliegos o el documento descriptivo"*.



CONSEJO DE ESTADO

No parece oportuno restringir o condicionar la facultad de la entidad contratante de comprobar los pagos a subcontratistas y suministradores, la cual ha sido introducida para luchar contra la morosidad. Por ello, el artículo 108.6 debe reconocer la referida facultad a favor de la entidad contratante *"en todo caso"*, y no solamente cuando así esté contemplado en la documentación contractual.

- Capítulo II. Modificación de los contratos. Artículos 109 a 112.

Mediante las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, el Derecho europeo se adentra definitivamente en el ámbito de la modificación de los contratos públicos, en orden a preservar las condiciones en que se llevó a cabo la licitación.

Ello no significa que el ordenamiento comunitario haya permanecido ajeno a esta cuestión hasta las nuevas Directivas, habida cuenta de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con la finalidad expresada, ya había impuesto límites a la modificación de los contratos. De esta jurisprudencia es representativa la Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto *Pressetext Nachrichtenagentur*), con arreglo a la cual, a fin de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de este constituyen una nueva adjudicación "cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato". En este sentido, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial, entre otros supuestos, "cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada"; "cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos"; o "cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial".

99



CONSEJO DE ESTADO

No hay que olvidar, por lo demás, que, antes de la aprobación del paquete de Directivas de 2014, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, reformó el régimen de modificación de los contratos administrativos, ante un procedimiento en ciernes por incumplimiento del Reino de España, por no ajustarse, al entender de la Comisión Europea, la entonces Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a los principios comunitarios de la contratación pública.

A partir de la jurisprudencia del TJUE, que, como señalan los considerandos septuagésimo quinto de la Directiva 2014/23/UE y centésimo décimo tercero de la Directiva 2014/25/UE, inspira la nueva regulación, los artículos 43 de la Directiva 2014/23/UE y 89 de la Directiva 2014/25/UE disciplinan la modificación de los contratos durante su vigencia.

De acuerdo con estos preceptos, los contratos y los acuerdos marco sujetos a las Directivas podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación en cinco supuestos:

i) Previsión en los pliegos: con independencia de su valor pecuniario, las modificaciones contractuales son admisibles cuando estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Dichas cláusulas han de fijar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. Como límite, no caben modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.

ii) Obras, servicios o suministros adicionales: tales prestaciones, cuando resulten necesarias y no estuviesen incluidas en la contratación original, podrán encargarse al contratista primitivo, en el supuesto de que su sustitución no sea factible por razones económicas o técnicas y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para la entidad adjudicadora. Ahora bien, la Directiva 2014/23/UE indica que el incremento del precio resultante de la modificación de la concesión inicial no puede exceder del 50% del valor de la concesión inicial; en caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de





CONSEJO DE ESTADO

ellas, sin que tales modificaciones consecutivas puedan tener por objeto eludir las disposiciones de la Directiva. La Directiva 2014/25/UE, en cambio, no contiene una previsión análoga al respecto, ni respecto al límite del 50% ni respecto a las modificaciones sucesivas.

iii) Circunstancias imprevistas: ante la necesidad de una modificación que se derive de circunstancias que una entidad adjudicadora diligente no hubiera podido prever, siempre que no se altere la naturaleza global del contrato, dicha modificación es factible. La Directiva 2014/23/UE añade que el incremento del precio resultante de la modificación de la concesión inicial no puede exceder del 50% del valor de la concesión inicial. En caso de modificaciones sucesivas, se aplicará la misma regla que en el caso anterior. La Directiva 2014/25/UE, en cambio, no contiene una previsión análoga al respecto, ni respecto al límite del 50% ni respecto a las modificaciones sucesivas.

iv) Sustitución del adjudicatario: la alteración subjetiva del contrato se permite cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por la entidad adjudicadora como consecuencia de cualquiera de las siguientes tres circunstancias:

- una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos;

- la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por fin eludir la aplicación de la Directiva, o

- la asunción por la propia entidad adjudicadora de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

9



CONSEJO DE ESTADO

v) Modificaciones no sustanciales: en todo caso, se entiende que son modificaciones no sustanciales aquellas cuyo valor es inferior a las dos cifras siguientes: los umbrales económicos de los contratos sujetos a regulación armonizada y el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios, suministros o de concesión, o el 15% en el caso de los contratos de obras. Por encima de estos umbrales, será preciso evaluar si la modificación es sustancial, lo que sucederá siempre que tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. A estos efectos, una modificación es considerada, en cualquier caso, sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación; que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial; que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco; o que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por la entidad adjudicadora sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las anteriormente expresadas.

Fuera de los cinco supuestos enumerados, de conformidad con los artículos 43.5 de la Directiva 2014/23/UE y 89.5 de la Directiva 2014/25/UE es prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación para introducir modificaciones en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco durante su vigencia.

En cuanto a su contenido, el texto consultado mantiene la dicotomía entre modificaciones previstas (artículo 110) y no previstas (artículo 111) en el pliego de condiciones. En este segundo caso, a su vez, encuentran cobertura cuatro de los supuestos recogidos en los artículos 43 de la Directiva 2014/23/UE y 89 de la Directiva 2014/25/UE: las obras, suministros o servicios adicionales; la reforma contractual por circunstancias imprevistas; sustitución del adjudicatario; y las modificaciones no sustanciales. En definitiva, los



CONSEJO DE ESTADO

artículos 110 y 111 del anteproyecto reproducen el abanico de opciones que el Derecho europeo ofrece para modificar los contratos públicos sin necesidad de acudir a una nueva licitación, coincidiendo, en líneas generales, las condiciones requeridas para la operatividad de cada una de ellas con las enumeradas en los artículos 43 y 89 de las mencionadas Directivas.

Como excepción, se advierte el endurecimiento de las condiciones para la modificación de los contratos, particularmente en tres aspectos.

Por una parte, el artículo 43.1.b) y c) de la Directiva 2014/23/UE fija en el 50% del valor de la concesión el límite tanto para las modificaciones consistentes en obras, servicios o suministros adicionales como para las fundadas en circunstancias imprevistas, señalando que, de tratarse de modificaciones sucesivas, dicho límite se aplicará al valor de cada una de ellas, siempre que con ello no se pretenda eludir las disposiciones europeas. En cambio, en ambos supuestos, el artículo 111.2.a) y b) impide que la modificación contractual implique una alteración en su cuantía que exceda, *“aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo”*, del 50% del precio inicial. Es fácil apreciar la restricción que entraña la norma en tramitación respecto de la directiva comunitaria, en la medida que, por ejemplo, ante una primera modificación por circunstancias imprevistas del 45% del precio inicial, a la que siguiera la aparición de otro hecho completamente distinto que no se hubiera podido prever por una Administración diligente y que exigiera una segunda modificación del 10%, la disposición europea la admitiría, pero quedaría frustrada por la nacional, al superarse, conjuntamente, el límite del 50%.

9

Además, como se ha indicado, esta limitación del 50% aplicable a modificaciones aisladas o sucesivas solo se prevé en la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, pero no encuentra su reflejo en el artículo 89 de la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación en los sectores del agua, la energía, transportes y los servicios postales. En cambio, el artículo 111.2.a) y b) del anteproyecto no efectúa diferenciación alguna, aplicándose estas restricciones no sólo a los contratos de concesión,



CONSEJO DE ESTADO

sino también a los de obras, servicios y suministros, respecto a los que la norma europea no prevé tales limitaciones.

Por otra parte, también en lo que se refiere a las modificaciones no sustanciales, las posibilidades de reforma son más reducidas en el anteproyecto. Las Directivas 2014/23/UE y 2014/25/UE distinguen dos etapas: en una primera, por el valor limitado de la modificación (inferior a dos umbrales, los generales de la contratación sujeta a armonización y los porcentuales en función del tipo de contrato -10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios, suministros o concesión o el 15% en el caso de los contratos de obras-), la modificación es factible sin necesidad de una evaluación de los demás criterios; en una segunda, superado cualquiera de los umbrales indicados, sí es precisa dicha evaluación, con vistas a emitir un juicio acerca de si la modificación es o no sustancial, siendo posible la reforma únicamente en caso negativo.

Así se explica en los considerandos septuagésimo quinto de la Directiva 2014/23/UE y centésimo decimotercero de la Directiva 2014/25/UE: "En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva".

9

Al abordar esta cuestión, el artículo 111.2.d) del anteproyecto prescinde del juicio inicial para señalar que la modificación será sustancial y, por ende, inviable sin nueva licitación cuando concorra alguna de las circunstancias que enumera, entre ellas: "*Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por*



CONSEJO DE ESTADO

ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos”.

Así, lo que en las Directivas es un umbral *de minimis*, por debajo del cual se acepta la introducción de cambios en los contratos durante su vigencia sin otra consideración, en el anteproyecto se transforma en un límite porcentual máximo, pues por encima la reforma sí será sustancial e inadmisibles por este concreto cauce (sin perjuicio de que pueda prosperar de concurrir alguno de los demás supuestos, esto es, que esté previsto en los pliegos o que, sin estarlo, se trate de obras, servicios o suministros adicionales u obedezca a circunstancias imprevisibles, en las condiciones y con los límites aplicables en cada caso).

Una vez decidida por el legislador europeo la positivización del régimen de modificación de este tipo de contratos (que hasta la aprobación de las Directivas 2014/23, 24 y 25/UE eran simplemente objeto de interpretación jurisprudencial), cualquier endurecimiento de este régimen ha de articularse con la máxima cautela, en la medida en que supone limitar las posibilidades de reformas contractuales de que en otros países miembros sí dispondrán sus poderes adjudicadores. Con todo, este juicio será siempre de oportunidad, toda vez que dicho endurecimiento no plantea duda alguna respecto a su viabilidad jurídica. En otras palabras, siendo la directiva un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), tiene cabida dentro el margen de discrecionalidad del que disfruta el legislador la incorporación de condiciones más estrictas para la modificación de los contratos, habida cuenta de que no encierran riesgo alguno para el principio de igualdad de trato de los licitadores que, en última instancia, se intenta preservar con esta regulación. En cambio, la relajación de las condiciones de las Directivas 2014/23, 24 y 25/UE sí debe entenderse prohibida por el Derecho europeo.



CONSEJO DE ESTADO

A juicio del Consejo de Estado, no resulta reprochable, en términos de oportunidad, el endurecimiento que el anteproyecto supone en los tres aspectos antes diseccionados. De un lado, porque la fijación de límites porcentuales que operen de forma tanto aislada como conjunta es tradicional en nuestro Derecho, sin distinción del tipo de contrato al que afecten, y evita un difícil juicio acerca de si las modificaciones sucesivas obedecen o no a una misma circunstancia o necesidad. De otro lado, porque la conversión de uno de los umbrales *de minimis* (el porcentual) en un límite máximo impide modificaciones contractuales por encima del mismo que no estén previstas en los pliegos ni respondan a necesidades adicionales o circunstancias imprevistas, a partir de una siempre comprometida valoración de si tales modificaciones tienen o no como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio.

En suma, habida cuenta de que el anteproyecto ofrece un marco en el que prima la seguridad jurídica, es posible emitir un juicio global favorable. Con todo, se echa en falta en la memoria del análisis de impacto normativo una explicación más detenida de las cuestiones que acaban de ser estudiadas, con identificación de los ajustes respecto de la normativa europea y su justificación.

Sin perjuicio de esta valoración global, se formula la siguiente observación al régimen de modificación contractual:

- Artículo 111. Modificaciones no previstas en el pliego de condiciones

El apartado 2.a) de este precepto regula el supuesto de modificación por obras, suministros o servicios adicionales.

Respecto del supuesto habilitante para este tipo de reforma contractual, los artículos 43.1 de la Directiva 2014/23/UE y 89.1 de la Directiva 2014/25/UE exigen que cambiar de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o

91



CONSEJO DE ESTADO

interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para la entidad adjudicadora. De acuerdo con la literalidad de las directivas, ambas condiciones han de concurrir de forma acumulativa, es decir, para que pueda prosperar la modificación, la sustitución del contratista ha de suponer el reemplazo de las prestaciones originales –por no ser factible su continuación por un operador económico distinto del adjudicatario primigenio- y ello entrañar a su vez graves inconvenientes o elevados costes para la entidad adjudicadora.

Sin embargo, el artículo 111.2.a).1º del anteproyecto configura el supuesto habilitante en los siguientes términos: *“Que el cambio de contratista o bien obligaría a la entidad contratante a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para la entidad contratante; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista”*. Se aprecia que las condiciones en las que, según el anteproyecto, sería factible la modificación contractual para la incorporación de prestaciones adicionales, en lugar de ser acumulativas, son alternativas, toda vez que basta con que se produzcan, bien dificultades de tipo económico o técnico como consecuencia de la sustitución del contratista, bien inconvenientes significativos o incremento sustancial de costes, para que la reforma pueda seguir adelante.

La utilización de una formulación disyuntiva, en vez de un nexo copulativo, introduce en el anteproyecto una laxitud contraria a los artículos 43.1 de la Directiva 2014/23/UE y 89.1 de la Directiva 2014/25/UE. Como se ha dicho, la relajación de las condiciones exigibles por el Derecho europeo para la modificación contractual no es admisible. En consecuencia, procede reformular el artículo 111.2.a).1º del anteproyecto para que la incorporación de prestaciones adicionales a los contratos administrativos exija simultáneamente los dos presupuestos contemplados en el precepto citado de la directiva comunitaria.



- TÍTULO VII. Invalidez, reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos. Artículos 114 a 123

El anteproyecto ha modificado notablemente el régimen de reclamaciones previsto en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007. La modificación más saliente es que desaparece la llamada cuestión de nulidad que, para ciertos “supuestos especiales de nulidad” y con plazos y requisitos tasados, se regula en el vigente artículo 111 de la Ley 31/2007. Cabe destacar que recientemente se ha aprobado el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que contiene una regulación del procedimiento común a los recursos o remedios procesales actualmente vigentes –esto es, la revisión de oficio, la cuestión de nulidad y el recurso (llamado reclamación en los sectores especiales) en materia de contratación- y que en buena parte quedará derogada por el anteproyecto. Sería deseable: i) que en este se incluyese la derogación expresa que resulte procedente de aquellas normas; y ii) que se tramitase *pari passu* la correspondiente modificación reglamentaria.

Desde el punto de vista sustantivo o de los supuestos de invalidez, las causas de nulidad de derecho administrativo (artículo 115) se amplían notablemente, incluyendo tanto los motivos generales como los antes llamados supuestos especiales de nulidad.

Se incluye en el anteproyecto (artículo 123) la posibilidad de que las entidades contratantes puedan acudir al arbitraje para la solución de sus diferencias en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos, independientemente de la cuantía de los mismos.

En conjunto, se introduce en el régimen de la invalidez y de las reclamaciones una simplificación que se estima positiva. A continuación se efectúan unas observaciones de carácter particular a los preceptos comprendidos en estos capítulos.

91



CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 115. Causas de nulidad derivadas del derecho administrativo

En relación con la remisión del apartado primero a la “legislación vigente sobre procedimiento administrativo común”, parece que la norma trata de evitar una referencia específica a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al no estar aprobada dicha ley durante la mayor parte de la tramitación del anteproyecto remitido en consulta (aunque sí a la fecha de remisión de este al Consejo de Estado) y toda vez que aquella no se encuentra aún en vigor (entrada en vigor que se producirá el 2 de octubre de 2016).

Sin embargo, se entiende preferible hacer una remisión precisa a los diversos preceptos de la Ley 39/2015 (o en su caso de la Ley 40/2015) que regulan estas materias, más aun tratándose de la delimitación de los supuestos y régimen de la nulidad de pleno derecho, de carácter tasado y estrictamente legal. No parece que sea óbice para ello el hecho de que la entrada en vigor de las mencionadas leyes todavía no se haya producido. En todo caso, este problema podría solucionarse añadiendo una disposición transitoria en el anteproyecto con esta o similar redacción: “Hasta que se produzca la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, la remisión hecha en esta ley a esas normas deberá entenderse referida a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, según corresponda” (en términos idénticos a los que recoge hoy la disposición transitoria décima, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; y cuyo apartado 2 enumera concretamente la correlación de artículos entre las citadas leyes).

Por otra parte, el anteproyecto suprime la cuestión de nulidad y, en su lugar, estos supuestos se introducen como causas de nulidad de derecho administrativo, que son los siguientes: la falta de publicación del anuncio de licitación en los términos del artículo 115.2.b) del anteproyecto; la inobservancia



CONSEJO DE ESTADO

por la entidad contratante del plazo para la formalización del contrato siempre que se cumplan los requisitos que exige el artículo 115.2.c); el haberse llevado a efecto tal formalización habiéndose interpuesto reclamación y sin respetar la suspensión decretada en el mismo (artículo 115.2.d); y el incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios (artículo 115.2.e)).

Respecto a estos supuestos, "nuevos" en cuanto causas generales de nulidad de pleno derecho con todas las características propias de esta (acción indefinidamente abierta, efectos *ex tunc* de remoción del acto afectado, incluyendo la nulidad del propio contrato, la restitución de las prestaciones y la eventual indemnización), cabe hacer ante todo una consideración general. En la teoría de los vicios invalidantes, la nulidad de pleno derecho ocupa el escalón más alto y por eso la interpretación de sus causas y la apreciación de su concurrencia a través de la revisión de oficio debe ser restrictiva, como es doctrina reiterada de este Consejo de Estado: "constituye un cauce de utilización ciertamente excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella es sólo posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos" (dictamen del Consejo de Estado número 738/2005, de 30 de junio y muchos otros). De ahí que deba ponderarse por el anteproyecto la oportunidad de incorporar en la legislación sobre contratos públicos estos cuatro supuestos que son sancionados con la consecuencia jurídica máxima de la nulidad de pleno derecho.

Por otra parte, en la redacción del anteproyecto desaparecen las excepciones que se contienen en el vigente artículo 109, apartados 2 y 3, de la Ley 31/2007, y que hacen referencia a la primera y la última de las causas citadas. A tenor de estos preceptos "no procederá la declaración de nulidad":



CONSEJO DE ESTADO

A) En el supuesto de falta de publicación del anuncio de licitación, "si concurren conjuntamente las tres circunstancias siguientes:

a) Que de conformidad con el criterio de la entidad contratante el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» previstos en esta Ley.

b) Que el órgano de contratación publique en el «Diario Oficial de la Unión Europea» un anuncio de transparencia previa voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga los siguientes extremos:

- Identificación del órgano de contratación.
- Descripción de la finalidad del contrato.
- Justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación.
- Identificación del adjudicatario del contrato.
- Cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante.

c) Que el contrato no se haya formalizado hasta transcurridos diez días hábiles desde la publicación del anuncio".

B) En los supuestos de incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, "si concurren conjuntamente las dos condiciones siguientes:

a) Que el órgano de contratación haya notificado a todos los licitadores afectados la adjudicación del contrato y, si lo solicitan, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su



CONSEJO DE ESTADO

favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20.2 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.

b) Que el contrato no se hubiera celebrado hasta transcurridos quince días hábiles, contados desde el siguiente al de la remisión de la notificación a los licitadores afectados”.

Estas excepciones a la apreciación de la nulidad parece que deben mantenerse por el anteproyecto, con las adaptaciones que resulten convenientes, habida cuenta de la excepcionalidad de los supuestos de nulidad de pleno derecho a que se acaba de hacer referencia.

El artículo 115.2.f) señala por otra parte que “Serán igualmente nulos los contratos celebrados por las entidades contratantes en los que concurra alguna de las causas siguientes: (...) f) El incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública por parte de la entidad contratante, cuando así lo hubiera dictaminado el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

La norma es transposición de lo previsto en los artículos 44.c) y 90. c) de las Directivas 2014/23 y 25/UE, a tenor del segundo de los cuales: “Los Estados miembros velarán por que las entidades adjudicadoras tengan la posibilidad de rescindir un contrato de obra, suministro o servicios durante su período de vigencia, al menos bajo las siguientes circunstancias y en las condiciones determinadas por el Derecho nacional aplicable, cuando: (...) el contratista no hubiera debido obtener el contrato a la vista del grave incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de los Tratados y en la presente Directiva, dictaminado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE”.

Ante todo, debe mejorarse la redacción para referirse al incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública por parte de la entidad contratante “cuando así lo hubiera *declarado* [o decidido o resuelto, en lugar de dictaminado] el TJUE en un



CONSEJO DE ESTADO

procedimiento con arreglo al artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

Por lo que hace al fondo de la regulación en proyecto, los considerandos octogésimo de la Directiva 2014/23/UE y centésimo decimoctavo de la Directiva 2014/25/UE expresan: “En algunas ocasiones las entidades adjudicadoras se ven enfrentadas a circunstancias que exigen la rescisión anticipada de contratos públicos para cumplir con las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Por consiguiente, los Estados miembros deben garantizar que las entidades adjudicadoras tengan la posibilidad, en las condiciones determinadas por el Derecho nacional aplicable, de rescindir un contrato público durante su período de duración, si así lo requiere el Derecho de la Unión”.

Parece, en primer lugar, que el sentido de las normas europeas sobre la cuestión y el de la regla prevista en el anteproyecto difieren notablemente. Aquellas se refieren a una posibilidad de rescisión que debe quedar abierta para las entidades adjudicadoras en caso de incumplimientos tales como la existencia de una modificación sustancial del contrato que hubiese exigido nueva licitación, el estar incurso el contratista en prohibición de contratar o la que ahora se examina relativa a un “incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la Directiva 2014/24/UE” declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (*cf.* artículo 44, apartados a), b) y c) de Directiva 2014/23/UE y artículo 90, apartados a), b) y c) de la Directiva 2014/25/UE).

Conforme a la Directiva las causas de rescisión son, pues, bien imputables a la entidad contratante (modificación sustancial de las prestaciones sin seguir el procedimiento establecido) bien al contratista (inobservancia de la prohibición de contratar), o bien a ambos (incumplimiento grave de las obligaciones declarado por sentencia del TJUE). Para la norma española en proyecto, sin embargo, esta última causa de nulidad se configura como imputable únicamente a la entidad contratante (“el incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública *por parte de la entidad contratante*”, dice el artículo 115.2.f) del anteproyecto).



CONSEJO DE ESTADO

Además, el anteproyecto configura esta situación como una causa de nulidad de pleno derecho, en tanto que la norma europea prevé la posibilidad de rescindir el contrato (lo que asemejaría más a esta figura con una de las causas de resolución por incumplimiento). Este Consejo de Estado considera que no parece procedente el establecimiento de una nueva causa de nulidad de derecho administrativo con carácter general, sino que más bien debería constituir una causa de resolución.

Finalmente, son también rigurosamente nuevas como causas de nulidad las previstas por el artículo 115 en sus apartados 2.g) y 3.a) y b), que disponen de forma respectiva lo siguiente:

"2. Serán igualmente nulos los contratos celebrados por las entidades contratantes en los que concurra alguna de las causas siguientes: (...) g) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 110 y 111".

"3. Serán nulos asimismo: a) Los encargos que acuerden las entidades contratantes para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público relativos a la condición de medio propio. b) Los contratos que se hubieren celebrado sin sujeción a esta Ley con empresas asociadas y con empresas conjuntas, cuando no se observe alguno de los requisitos establecidos en los artículos 24".

Ambos supuestos se han añadido también por el anteproyecto como nuevos actos que podrán ser objeto de la reclamación en materia de contratación, en los términos del artículo 119.2 del anteproyecto:

"Podrán ser objeto de la reclamación en materia de contratación los siguientes actos y documentos: (...)



CONSEJO DE ESTADO

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 110 y 111 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de los encargos a medios propios personificados y los contratos celebrados con empresas asociadas y conjuntas en los casos en los que éstos no cumplan los requisitos legales”.

Nuevamente, tomando en cuenta lo excepcional de la nulidad de pleno derecho y la circunstancia de que este tipo de vicios podrán hacerse valer a través de la vía de la reclamación en materia de contratación, parece más aconsejable seguir únicamente este último cauce como el apropiado para impugnar las modificaciones *que no cumplan con lo establecido en los artículos 110 y 111 de la ley* (sería mejor, por lo demás, usar la expresión remarcada que la que emplea el artículo 119.2.d) del anteproyecto: modificaciones “basadas en el incumplimiento” de tales preceptos) y la formalización de encargos de forma ilegal, sin configurar a tales supuestos como de nulidad de pleno derecho.

Se sugiere, por tanto, la supresión del artículo 115, apartados 2.g) y 3.a) y b) del anteproyecto.

- Artículo 116. Causas de anulabilidad derivadas del derecho administrativo

La misma consideración procede hacer respecto al artículo 116 del anteproyecto, relativo a las causas de anulabilidad derivadas del derecho administrativo.

Artículo 121. Régimen jurídico de la reclamación

Dispone el artículo 121.1.b) último párrafo que: “En ningún caso se admitirá la reclamación contra los pliegos de condiciones y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente”.



CONSEJO DE ESTADO

Nada se ha justificado en el expediente sobre la introducción de esta regla, que no encuentra paralelo en el vigente texto legal.

Por lo demás, el sentido de la misma es claro y responde a la llamada condición de *contractus lex* -el contrato es ley para las partes- que tienen las cláusulas contractuales, incluidas las de los pliegos, cuando se ha producido la adjudicación del contrato. Según una antigua y reiterada jurisprudencia, la regla general es que el contrato, una vez perfeccionado, constituye la primera ley para las partes y resulta de inexcusable cumplimiento. De este modo, al haber sido aceptada -ante la ausencia de impugnación- la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes, esta impediría a quien ha aceptado el pliego impugnar *a posteriori* sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una propuesta para tomar parte en una licitación acepta e implícitamente da validez a lo actuado (*cfr.*, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 20 de junio de 1972 y de 31 de marzo de 1975).

Una solución de este tipo encontraría apoyo en el vigente artículo 145 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna...".

Frente a esta doctrina y la consecuente excepción del acto consentido juegan tres tipos de razones: i) que en todo caso lo anterior ha de dejar en pie la posibilidad de combatir los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho; ii) alguna otra jurisprudencia que ha venido admitiendo la posibilidad de impugnación, incluso en casos de simple anulabilidad; y iii) la circunstancia de que el Derecho de la Unión Europea impone el efecto útil de la Directiva de recursos y es contrario a una regla de este tipo.

i) En primer término, la doctrina de la imposibilidad de impugnar los pliegos consentidos ha de dejar siempre a salvo lo dispuesto para los



CONSEJO DE ESTADO

supuestos de cláusulas nulas de pleno derecho, toda vez que el acto nulo de pleno derecho no se puede consentir y puede impugnarse en cualquier momento.

ii) En segundo lugar, algunas sentencias han admitido la anulación de la adjudicación por vicios del pliego aun cuando este no había sido impugnado en tiempo oportuno (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1981 y 31 de octubre de 1982) y otra jurisprudencia ha dado lugar a la anulación de ciertas cláusulas contenidas en pliegos particulares conforme a los que se adjudicó un contrato, por concurrencia de vicios que suponen una grave infracción del ordenamiento jurídico o en casos en que el particular ha renunciado a derechos que la propia ley le reconoce (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1988).

También esta posibilidad de recurso o reclamación parece venir abonada por lo dispuesto hoy con más claridad por el artículo 114.c) del anteproyecto, a saber: que "los contratos celebrados por las entidades adjudicadoras (...) serán inválidos: (...) c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado".

iii) Finalmente, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, *eVigilo Ltd.*, ha afirmado que "el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato" (apartado 58 y punto 1, segundo párrafo, del fallo).

En el expediente se ha alegado que una doctrina de este tipo obligaría, cuando se den las condiciones expuestas, a reabrir el plazo de



CONSEJO DE ESTADO

reclamación contra los pliegos y –esto es lo relevante- a permitir las pretensiones de impugnación de los mismos con ocasión de la impugnación que se interponga contra el acto de adjudicación.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado sugiere que la regla sea suprimida dejando en cada caso la respuesta sobre la impugnabilidad al órgano competente para conocer de la reclamación, que deberá ponderar las circunstancias en juego.

En cualquier caso, de mantenerse la norma, debe formularse en términos de regla general que admite excepciones (no taxativos) y ha de incluir la salvedad –i. e. la posibilidad de reclamación- frente a los pliegos o documentos contractuales en que concurren vicios de nulidad de pleno derecho. Podría establecerse en los siguientes o similares términos: "Con carácter general no se admitirá la reclamación contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

- Parte final del anteproyecto. Disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y finales

En la lectura de la parte final del anteproyecto destacan dos omisiones respecto de la vigente Ley 31/2007, de 30 de octubre, que merecen sendos comentarios.

- En primer lugar, desaparece la disposición dedicada al régimen aplicable a los contratos excluidos del ámbito de esta ley que se celebren por organismos de derecho público, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles de carácter público (disposición adicional cuarta). Ello ha sido objetado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que





CONSEJO DE ESTADO

considera necesario "incluir una disposición que regule el régimen aplicable para los contratos que queden excluidos de la aplicación del anteproyecto, tal y como sucede en la regulación vigente".

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la Dirección General del Patrimonio del Estado en el informe de respuesta a las alegaciones, la determinación de dicho régimen aplicable ha sido trasladada al anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, en particular a su disposición adicional octava, dedicada a los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales por entidades del sector público, diferenciando entre si tienen o no carácter de Administraciones públicas.

De acuerdo con esta disposición adicional octava, cuyo sentido coincide sustancialmente con el de la disposición adicional cuarta de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los contratos celebrados por entidades del sector público en los sectores especiales pero que no estén sujetos a la legislación específica sobre ellos quedarán sometidos a las normas de la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada

Nada tiene que objetar el Consejo de Estado a esta reubicación, que resulta coherente con la primacía del criterio subjetivo sobre el objetivo en la legislación de la contratación pública. En efecto, dado que la aplicación de esta legislación viene condicionada a la pertenencia de la entidad contratante al sector público, es lógico que la regla específica acerca de qué régimen resulta de aplicación cuando tal entidad actúe en los sectores especiales se contenga en la regulación general.

Con todo, pudiera ser útil la introducción en el anteproyecto aquí dictaminado de una remisión a la disposición adicional octava de la Ley de Contratos del Sector Público en tramitación, para guiar al operador jurídico, evitando la impresión de que, con la supresión de la disposición adicional cuarta de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los contratos celebrados por entidades del sector público en los sectores especiales pero excluidos de la legislación

9



CONSEJO DE ESTADO

específica sobre ellos no quedan sometidos a normativa alguna de Derecho administrativo.

- En segundo lugar, no consta en el anteproyecto un listado de las entidades contratantes similar al que, con carácter enunciativo y no limitativo, contiene la disposición adicional segunda de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

A este respecto, conviene señalar que un listado tal sí fue incorporado al anteproyecto en la versión sometida a información pública, donde integraba la entonces disposición adicional quinta. Varias de las entidades participantes en este trámite defendieron la conveniencia de suprimir la disposición adicional quinta, aduciendo motivos de seguridad jurídica (pues cualquier enumeración "petrificada" en una ley estaba abocada a quedarse desfasada) así como la supresión en la Directiva 2014/25/UE de la lista de entidades que sí recogía la Directiva 2004/17/CE. En su análisis de estas alegaciones, la Dirección General del Patrimonio del Estado, pese a rechazar que el listado de entidades contratantes perjudicara la seguridad jurídica, dado su carácter meramente enunciativo y no limitativo, aceptó la eliminación de dicho listado ante el cambio operado en el Derecho de la Unión Europea.

A juicio del Consejo de Estado, la referida supresión debe ser reevaluada. La identificación de las entidades contratantes, aunque sea con carácter abierto, supone un acierto tanto de la legislación en vigor como de su predecesora (Ley 48/1998, de 30 de diciembre), en la medida en que permite al operador jurídico conocer –con total certeza, respecto de las entidades incluidas- la sujeción de estas a la legislación de contratación en los sectores especiales, al tiempo que evita que las mismas puedan pretender la "huida del Derecho administrativo", cuestionando su carácter de entidad contratante a los efectos del anteproyecto. Ciertamente, la Directiva 2014/25/UE, a diferencia de la Directiva 2004/17/CE, ya no contiene una enumeración de las entidades contratantes (lo cual pudo perfectamente obedecer a la complejidad y extensión de esta lista en una Unión Europea con veintiocho Estados miembros), pero ello no impide que se mantenga en la normativa interna.

9



CONSEJO DE ESTADO

Por lo demás, ningún riesgo de petrificación del rango del listado se produce si, como contempla la disposición final cuarta de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, y debiera prever igual disposición del anteproyecto en el caso de que se recuperara la enumeración, se autoriza al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para modificar el elenco de entidades contratantes.

Junto a las anteriores, se someten a V. E. las siguientes observaciones particulares a la parte final del texto consultado:

- Disposición adicional primera. Prohibiciones de contratar

Se refiere esta disposición a las prohibiciones de contratar, en conexión, según la tabla de correspondencias, con la disposición adicional tercera de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Según esta disposición de la norma en vigor, los supuestos de prohibición de contratar establecidos en la legislación de contratos del sector público *"serán de aplicación a las entidades contratantes que sean organismos de derecho público, a que se refiere el artículo 3.1, y a las empresas públicas"*. En relación con tal previsión, no fue atendida la observación formulada por el Consejo de Estado en su dictamen número 1.209/2006, de 20 de julio, sobre el anteproyecto de dicha ley, favorable a la ubicación de la regla transcrita en el articulado de la norma en tramitación.

Al abordar esta cuestión, el anteproyecto ahora consultado sí se acomoda al criterio expresado en el dictamen que se cita, toda vez que el artículo 30.4 excluye de toda licitación a *"los candidatos o licitadores que se hallen incurso en alguna de las causas de prohibición para contratar contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público"*. Ello supone, en uso de la habilitación contenida en el artículo 80.1 de la Directiva 2014/25/UE, la extensión del régimen general de prohibiciones para contratar al ámbito de los sectores especiales, sin distinción acerca de la naturaleza de la entidad contratante, y no solamente a los poderes adjudicadores y empresas públicas, como sucede en la normativa en vigor. Como complemento, el anteproyecto

9



CONSEJO DE ESTADO

(artículo 115.2.a)) prevé la nulidad derivada del derecho administrativo de los contratos celebrados por entidades contratantes en los que el adjudicatario estuviera incurso en alguna de las prohibiciones del artículo 71 de la Ley de Contratos del Sector Público.

En este contexto normativo, la disposición adicional primera del anteproyecto señala lo siguiente:

“Cuando en la ejecución de un contrato sujeto a esta Ley y celebrado por una entidad contratante se den las circunstancias previstas en el artículo 71, apartado primero, letra e) o apartado segundo de la Ley de Contratos del Sector Público, se les aplicará lo dispuesto en la citada Ley para el procedimiento y efectos en materia de prohibiciones de contratar”.

La finalidad y el alcance de esta disposición no son fáciles de vislumbrar. Por lo pronto, en su literalidad, esta previsión se refiere a determinadas prohibiciones de contratar en *“la ejecución de un contrato sujeto a esta Ley y celebrado por una entidad contratante”*. Al margen de la redacción reiterativa (para estar sujeto al anteproyecto, cualquier contrato en los sectores especiales ha de haber sido celebrado por una entidad contratante), la referencia a la ejecución contractual parece indicar que tales prohibiciones son sobrevenidas. Sin embargo, la aparición sobrevenida de prohibiciones para contratar, en principio, no afecta al contrato vigente, por lo que dicha referencia debe suprimirse.

Dicho lo anterior, el objetivo de la disposición adicional primera pudiera razonablemente ser incluir una remisión a la Ley de Contratos del Sector Público en tramitación, respecto del procedimiento y efectos de las prohibiciones para contratar contenidas en los apartados 1.e) y 2 del artículo 71. La principal peculiaridad de estas prohibiciones atañe a sus efectos, en la medida en que, conforme al artículo 73.1 del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, la prohibición de contratar quedará circunscrita al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración, pudiendo extenderse al correspondiente sector público en el que dicho órgano se integre (extensión que en el ámbito estatal compete al Ministro de Hacienda y Administraciones



CONSEJO DE ESTADO

Públicas, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado).

De ser tal el objetivo, se sugiere que esta precisión se ubique en el articulado (como ha alegado la Comunidad de Madrid), concretamente en el citado artículo 30.4 del anteproyecto, con esta redacción u otra similar:

“En particular, las prohibiciones previstas en los apartados 1.e) y 2 del artículo 71 de la Ley de Contratos del Sector Público se someterán al procedimiento y producirán los efectos previstos en dicha ley”.

Esta observación ha de concluir con dos reflexiones adicionales. De un lado, dada la remisión genérica a las prohibiciones para contratar de la Ley de Contratos del Sector Público, si la aplicación del procedimiento y los efectos regulados en tal norma se ciñe a determinadas prohibiciones, será preciso especificar a qué régimen se someten las restantes. De otro lado, respecto de la remisión en el plano procedimental, no puede olvidarse que el ámbito subjetivo del anteproyecto aquí analizado incluye entidades no pertenecientes al sector público, por lo que surge la duda respecto de ellas acerca de la autoridad competente para declarar la prohibición.

En suma, es necesario, no ya solamente aclarar el significado de la disposición adicional primera, para lo que se ha propuesto una redacción alternativa, sino también –de forma general- especificar cómo se aplicarán las prohibiciones para contratar en los sectores especiales, teniendo en cuenta que el anteproyecto extiende su virtualidad al ámbito de actuación de todas las entidades contratantes.

- Disposición adicional cuarta. Responsabilidad del personal al servicio de las entidades contratantes pertenecientes al Sector Público

Esta disposición, copiada a la letra, dice así:



CONSEJO DE ESTADO

“La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en esta Ley por parte del personal al servicio de las entidades contratantes pertenecientes al Sector Público dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia”.

De acuerdo con ello, se pretende regular la responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las entidades contratantes pertenecientes al sector público (palabra en la que el anteproyecto contiene una errata que es necesario corregir). Esta disposición es de nuevo cuño, por cuanto no tiene correlativo en la actual Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Ahora bien, no cabe desconocer que la noción del sector público a los efectos de la contratación comprende diversas tipologías de entes de personificación estrictamente privada (como sociedades de capital), cuyos trabajadores quedan, en todo caso, excluidos del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Esta norma, con arreglo a su artículo 2, se aplica al personal funcionario y laboral de las Administraciones públicas territoriales, las entidades de derecho público y las Universidades.

En estas circunstancias, no parece razonable imponer a las personas jurídico-privadas, aunque pertenezcan al sector público, la adopción de medidas disciplinarias de índole laboral, con la consiguiente reducción de su capacidad de autoorganización. Cabe destacar que el anteproyecto no da este paso respecto de las empresas privadas, cuyos trabajadores están sujetos al mismo régimen laboral que los de las personas de forma jurídico-privada del sector público; y, sobre todo, que el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (disposición adicional vigésima novena) solamente exige la aplicación del régimen disciplinario al personal al servicio de las Administraciones públicas que incumpla sus previsiones.

Por consiguiente, si, como desincentivo al incumplimiento de la legislación de contratación en los sectores especiales, quiere imponerse la aplicación del régimen disciplinario al personal incumplidor, esta medida debe circunscribirse, bien al personal al servicio de las Administraciones públicas,



CONSEJO DE ESTADO

bien al servicio de cualquiera de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. En este último caso, debería modificarse en consonancia la disposición adicional vigésima novena del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público para asegurar que ambas normas dotan del mismo alcance a esta previsión.

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

- Disposición final primera. Justificación de esta Ley

Esta disposición, titulada "Justificación de esta Ley", señala:

"Mediante la presente Ley se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; así como aquello que resulta de aplicación de 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".

Aunque coincida con el título de la disposición equivalente de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sería preferible sustituirlo por el siguiente: "Incorporación del Derecho europeo", mucho más frecuente.

Por lo demás, al aludir a la incorporación de la Directiva 2014/23/UE, sin ser necesario especificar los concretos preceptos de la misma a cuya transposición obedece el anteproyecto, la alusión a la incorporación al ordenamiento interno de esta directiva en *"aquello que resulta de aplicación"*, resulta demasiado genérica. Tal vez podría indicarse que la Directiva 2014/23/UE se transpone en aquello que afecta a los sectores aludidos.



CONSEJO DE ESTADO

- Disposición final segunda. Títulos competenciales y carácter de la legislación

En ella, siguiendo el criterio de la disposición final segunda de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se invoca el artículo 149.1.18ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, como título competencial (prevalente a estos efectos) al amparo del cual se dicta el anteproyecto.

Como excepción, se rechaza el carácter básico de varios preceptos, enumeración que se cierra con la cita de la disposición adicional segunda. Esta disposición, en el texto remitido en consulta, contiene la cláusula de trato no menos favorable procedente del artículo 43 de la Directiva 2014/25/UE.

Sucedo que la exclusión del carácter básico de la disposición adicional segunda ya estaba prevista en la versión del anteproyecto sometida a trámite de información pública, cuando dicha disposición no plasmaba la cláusula de trato no menos favorable (entonces ubicada como disposición adicional tercera), sino que se refería a los contratos de concesión en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Por ende, en la sucesión de textos se ha mantenido invariada la disposición final segunda, que priva de carácter básico a la disposición adicional segunda, a pesar de que ésta ha cambiado de contenido.

Puede colegirse de ello que dicha privación obedece a un error. La disposición adicional segunda del anteproyecto, en la versión consultada, sí tiene carácter básico, al estar amparada por el título prevalente.

De no reconocerse así, además, la transposición de la Directiva 2014/25/UE no sería completa, en la medida en que, para ello, la cláusula de trato no menos favorable habría de plasmarse en todas y cada una de las normativas autonómicas.



CONSEJO DE ESTADO

En definitiva, procede suprimir de la enumeración de previsiones que no tienen carácter básico la mención a la disposición adicional segunda. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

- Disposición final séptima. Entrada en vigor

Conforme a la misma, la legislación en tramitación entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el "BOE", con una excepción que se señala.

Sin duda, la previsión de un apropiado periodo de *vacatio legis* es primordial para permitir a las entidades contratantes la adecuación de su régimen de contratación a las novedades introducidas respecto de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que en su día contempló un periodo similar. Con todo, considerando que el plazo de transposición de las nuevas directivas finaliza el 18 de abril de 2016, debe ponderarse la opción de acortar el plazo de *vacatio legis* para, otorgando un margen suficiente a las entidades contratantes para tal adaptación, evitar posponer más allá de lo estrictamente necesario el cumplimiento de la obligación del Reino de España de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en las normas europeas antes de la referida fecha (artículo 106 de la Directiva 2014/25/UE y artículo 51 de la Directiva 2014/23/UE).

En síntesis, las observaciones formuladas a los artículos 26, 45, 64 y 121.1.b) y a las disposiciones adicional cuarta y final segunda tienen carácter esencial a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.



CONSEJO DE ESTADO

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, por mayoría, es de dictamen:

Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones esenciales formuladas en el cuerpo de este dictamen, consideradas las restantes y tras constituirse el Gobierno después de las elecciones generales celebradas, podrá elevarse al Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley sometido a consulta para su aprobación y su posterior remisión, como proyecto de ley, a las Cortes Generales."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 10 de marzo de 2016
LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.