

Dictámenes del Consejo de Estado

Número de expediente: 514/2006 (ECONOMIA Y HACIENDA)

Referencia: 514/2006

Procedencia: ECONOMIA Y HACIENDA

Asunto: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

Fecha de Aprobación: 25/5/2006

TEXTO DEL DICTAMEN

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 25 de mayo de 2006, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“Por Orden de V. E. de fecha 16 de marzo de 2006 (registro de entrada el 17 de marzo), el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

De antecedentes resulta:

PRIMERO. Contenido del anteproyecto

El anteproyecto de Ley sometido a consulta consta de un índice, una exposición de motivos y una parte dispositiva integrada por trescientos nueve artículos (agrupados en un título preliminar y cinco libros), veintiocho disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, diez disposiciones finales y tres anexos.

La Exposición de Motivos se divide en cuatro apartados. El apartado I pone de relieve que el impulso primordial para la elaboración de la nueva regulación se encuentra en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (que ha venido a sustituir recientemente a las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras). No obstante, la norma no se limita a este objetivo, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación necesitados de mejora.

El apartado II describe cómo las sucesivas reformas de la legislación de contratos desde 1986 han sido tributarias del planteamiento de la Ley de Contratos del Estado de 1965, en el sentido de que la regulación giraba alrededor del contrato de la Administración Pública, es decir del celebrado por esta, y se extendía a los contratos celebrados por otros sujetos del sector público o incluso fuera de él –extensión exigida por el Derecho comunitario o querida por el Derecho interno– sobre la base de dos tipos de técnicas: la aplicación a ciertos contratos de las disposiciones comunitarias (preparación, adjudicación y aptitud para contratar) y el sometimiento de los restantes a determinados principios que debían regir su adjudicación. Sin embargo, este modo de regulación ha presentado algunos inconvenientes, que la parte expositiva resume en tres: respecto a los contratos sujetos a normativa comunitaria, la rigidez de la regulación (es decir, la imposibilidad de efectuar una modulación de las diferentes normas de este régimen para ajustarlas a las características propias de los distintos sujetos que debían aplicarlo); respecto a los no sujetos, la indefinición del régimen aplicable; en fin, respecto a la general opción de regular los contratos públicos a partir de la disciplina de los contratos celebrados por la Administración, se presentaba la dificultad de deslindar adecuadamente los ámbitos de la normativa de contratos condicionados por las prescripciones del derecho comunitario y aquellos otros que, incluso en las mismas materias, respondían a exigencias del Derecho interno. Para superar estas limitaciones, la ley proyectada adopta un enfoque que podría sintetizarse en dos rasgos: definición amplia de su ámbito de aplicación, esto es aplicabilidad a todos los sujetos del sector público en el sentido de la ley (ello va a permitir, se dice, incluir reglas para sujetos que tradicionalmente se han

situado extramuros de esta legislación) e identificación funcional precisa del área normativa vinculada a regulaciones europeas (lo cual hará posible un incremento de la seguridad jurídica –eliminación de remisiones imprecisas, modulación adecuada en función del destinatario– y delimitará de forma nítida el ámbito de regulación disponible para el legislador nacional, a efectos de... adoptar decisiones de política legislativa).

Este cambio de enfoque, dice el apartado III de la exposición de motivos, lleva también a un cambio de sistemática respecto a la que adoptaba la Ley 13/1995, de 18 de mayo (“parte general” y “parte especial” con las peculiaridades de los contratos administrativos típicos). La proyectada ley, para resultar adecuada a los objetivos antes apuntados, emplea una estructura diferente: un título preliminar dedicado a recoger unas disposiciones generales y cinco libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de estos contratos, la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y la organización administrativa para la gestión de la contratación.

El apartado IV resume las principales novedades del contenido de la ley, en relación con el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Son las siguientes: 1) delimitación de su ámbito de aplicación; 2) singularización de las normas que derivan directamente del derecho comunitario, mediante la configuración de una nueva categoría legal, los “contratos sujetos a regulación armonizada”, negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices de la regulación europea; 3) incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación que introduce la Directiva 2004/18/CE: introducción en la contratación pública de consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas; la articulación de un nuevo procedimiento de adjudicación, el diálogo competitivo; nueva regulación de diversas técnicas para racionalizar las adquisiciones de bienes y servicios (acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición y centrales de compras); inserción de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la contratación pública. Además, con el fin de transponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, se articula un nuevo recurso especial en materia de contratación; 4) simplificación y mejora de la gestión contractual, en materia de clasificación de contratistas, acreditación de la aptitud para contratar y procedimientos de adjudicación; 5) tipificación legal de una nueva figura, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Abre la parte dispositiva un Título Preliminar, que se divide en dos capítulos:

- El Capítulo I trata del Objeto y ámbito de la ley. Al objeto y finalidad de la ley se dedica el artículo 1. Los artículos 2, 3 y 4 tratan del ámbito: el artículo 2.1 da la regla general de sometimiento a la ley de los contratos del sector público, es decir los que celebren los entes, organismos y entidades del sector público, definido en los términos del artículo 3; el artículo 2.2 incluye también en el ámbito de la ley determinados contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público, si bien celebrados por personas físicas o jurídicas no pertenecientes al sector público: los contratos de obras y servicios a que se refiere el artículo 17 y los celebrados por concesionarios de obras públicas regulados en el artículo 250; el artículo 2.3 establece que la aplicación de esta ley a los contratos celebrados por las Comunidades Autónomas o por las entidades que integran la Administración Local o por los organismos dependientes de unas y otras –así como también los contratos subvencionados por cualquiera de ellas– se efectuará en los términos previstos en la disposición final séptima. El artículo 3 delimita qué se entiende por sector público a los efectos de esta ley: el artículo 3.1 comprende, en la noción más amplia de sector público, a una serie de entes, organismos y entidades, según los criterios a que antes se hizo referencia; el artículo 3.2 precisa qué entes del sector público se consideran Administración Pública a los efectos de esta ley y cuáles no. Finalmente, el artículo 4 trata de los negocios y contratos excluidos.

- El Capítulo II se titula genéricamente Contratos del sector público y se divide en tres Secciones. La Sección 1ª trata de la delimitación de los tipos contractuales: define esos tipos en los artículos 6 a 11 y establece la regla sobre los contratos mixtos (artículo 12). La Sección 2ª (artículos 13 a 17) regula los contratos sujetos a regulación armonizada. La Sección 3ª

contiene la distinción de régimen entre contratos administrativos y contratos privados (artículos 19 y 20) y las reglas sobre jurisdicción competente (artículo 21).

El Libro I regula la Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos. Bajo esta rúbrica se incluyen cuatro títulos:

- El Título I trata de Disposiciones generales de contratación. Se regulan las cuestiones primeras relativas a contratación pública: la novedosa exigibilidad de racionalidad y consistencia en la decisión de contratar (Capítulo I, artículos 22 a 24); la libertad de pactos y, como inmediata modulación, el contenido mínimo del contrato (Capítulo II, artículos 25 y 26); la perfección y formalización del contrato (Capítulo III, artículos 27 y 28); la remisión de información a efectos estadísticos y de fiscalización (Capítulo IV, artículos 29 y 30); y en fin dos importantes capítulos sobre las anomalías de los contratos públicos que se traen a este primer libro: el Capítulo V sobre régimen de invalidez (artículos 31 a 36) y el Capítulo VI sobre regímenes especiales de revisión de decisiones y composición de conflictos (artículos 37 a 39).

- El Título II regula lo relativo a las Partes en el contrato. En primer lugar, las escuetas y muy generales disposiciones de carácter básico sobre el órgano de contratación que contiene el Capítulo I (artículos 40 a 42). Y con extensión las disposiciones del Capítulo II relativas a Capacidad y solvencia del empresario. Se han agrupado en dos secciones y a su vez en subsecciones: la Sección 1ª comprende normas materiales sobre aptitud para contratar con el sector público (artículos 43 a 60) y la Sección 2ª se dedica a la acreditación de las distintas aptitudes o situaciones (artículos 61 a 73).

- El Título III contiene disposiciones sobre Objeto, precio y cuantía del contrato. Aparece dividido en dos capítulos. El Capítulo I (artículos 74 a 76) da normas generales sobre el objeto y precio de los contratos. En el Capítulo II (artículos 77 a 82) se regula la revisión de precios en contratos celebrados por Administraciones Públicas.

- El Título IV, que cierra este libro, trata de las Garantías exigibles en la contratación del sector público. Y distingue según se trate de garantías en contratos celebrados con las Administraciones Públicas (Capítulo I, artículos 83 a 91) o de garantías en otros contratos del sector público (Capítulo II, artículo 92). Respecto a las primeras, la regulación se divide en dos secciones relativas a garantía definitiva y provisional, respectivamente.

El Libro II se dedica a la Preparación de los contratos. La sistemática de este libro segundo está marcada por las distinciones entre tipos de contratos y niveles de exigencia según los sujetos que los celebren: normas generales de preparación en los contratos de las Administraciones Públicas (Título I); normas, también generales en cuanto son para todos los sujetos de una categoría, de preparación de los contratos celebrados por entidades a las que se refiere el artículo 13.1 de la ley (Título II); y normas, “especiales” en cuanto lo son por su objeto, según tipos de contratos (Título III).

- El Título I contiene pues normas generales sobre la preparación de los contratos por las Administraciones Públicas y se estructura en dos capítulos. El Capítulo I (artículos 93 a 97) se refiere al Expediente de contratación y contiene las normas sobre tramitación de este, bien ordinaria, bien en casos de urgencia y emergencia. El Capítulo II (artículos 98 a 103) regula los Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas.

- El Título II, como normas generales sobre la preparación de otros contratos del sector público, contiene únicamente un capítulo, integrado también por un solo artículo (artículo 104): se refiere a la exigencia de reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas y a la obligatoriedad de elaborar un pliego en contratos de determinada cuantía celebrados por los entes, organismos y entidades a que hace referencia el artículo 13.1 de la ley (que no tengan el carácter de Administraciones Públicas).

- Por último, el Título III establece algunas normas especiales de preparación según los distintos tipos de contratos. El Capítulo I, artículo 105, precisa ante todo que estas normas son de aplicación tanto para los contratos celebrados por Administraciones Públicas como para los contratos celebrados por otros entes del sector público sujetos a regulación armonizada. Los restantes capítulos se dedican a las especialidades en las actuaciones preparatorias de los contratos típicos, a excepción del de suministro: así, actuaciones preparatorias del contrato de obras, que a su vez se divide en dos secciones: proyecto de obras y replanteo y pliego de cláusulas administrativas en contratos bajo la modalidad de abono total del precio (Capítulo II, artículos 106 a 112); actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras públicas (Capítulo III, artículos 113 a 116); actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos (Capítulo IV, artículos 117 y 118) y actuaciones

preparatorias de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (Capítulo V, artículos 119 a 121).

El Libro III aborda la Selección del contratista y adjudicación de los contratos. La división interna en dos títulos responde al tratamiento separado, por una parte, de las cuestiones sobre normas de selección del contratista y procedimientos de adjudicación (Título I); y, por otra parte, de una serie de técnicas dirigidas a racionalizar y ordenar la adjudicación de los contratos en consonancia con lo previsto en la Directiva 2004/18/CE (Título II).

- El Título I trata de la Adjudicación de los contratos. Una primera división da origen a los dos capítulos de este título: adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas o de otros entes del sector público.

El Capítulo I se refiere, pues, a las normas de Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y se divide en seis secciones.

- La Sección 1ª establece una serie de normas generales en los artículos 122 a 140, entre las que hay importantes modificaciones y novedades: 1) ante todo, la elevación de cuantía de los contratos menores (importe inferior a 50.000 euros o a 18.000 euros, según se refieran a contratos de obras u otros contratos, respectivamente: artículo 122.3-segundo párrafo); 2) la introducción expresa de un principio de transparencia en la adjudicación (artículo 123) y, sin perjuicio de la publicidad, de una norma de confidencialidad (artículo 124); 3) en sede de licitación, la articulación de una subasta electrónica, como proceso iterativo para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, y que podrá usarse tanto en procedimientos abiertos como restringidos (artículo 132); 4) en materia de selección del adjudicatario, tres relevantes preceptos: el artículo 134 sobre criterios de valoración de ofertas, que será el precio más bajo cuando se utilice un solo criterio y, de usarse más de uno, criterios directamente vinculados al objeto del contrato, entre los que se incluyen algunos nuevos tales como características medioambientales o sociales o las características estéticas o funcionales u otros semejantes; el artículo 135 sobre clasificación de las ofertas y adjudicación provisional y definitiva del contrato: la adjudicación provisional servirá para que el adjudicatario presente la documentación que acredite los requisitos necesarios para contratar y en plazo no inferior a quince días se elevará a definitiva sin perjuicio de la eventual revisión de aquella en vía de recurso especial; y el artículo 136 que introduce, siguiendo la normativa comunitaria, la figura de las ofertas con valores anormales o desproporcionados.

- Las secciones siguientes contemplan los posibles procedimientos de adjudicación. Las Secciones 2ª, 3ª y 4ª tratan del procedimiento abierto, restringido y negociado, respectivamente: desaparece la tradicional distinción de nuestra legislación de contratos entre "procedimientos" y "formas" de adjudicación y, siguiendo el Derecho comunitario, la regulación se hace girar sobre los procedimientos; dentro de los procedimientos abierto y restringido, la adjudicación podrá depender del único criterio del precio o de varios criterios (artículos 144, 145 y 152); se elevan las cuantías de aplicación del procedimiento negociado, se amplía su utilización a todo tipo de contratos de cuantía inferior a 100.000 euros (artículo 159) y se generaliza la regulación del negociado con publicidad (artículo 161). La Sección 5ª regula el Diálogo competitivo (artículos 163 a 167). Y la Sección 6ª contiene Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos (artículos 168 a 172).

El Capítulo II da ciertas normas para la Adjudicación de otros contratos del sector público. Y establece mayores o menores requisitos en la adjudicación según lo establecido en sus tres secciones. La Sección 1ª trata de las Normas aplicables por los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 13.1 (que no tengan el carácter de Administraciones Públicas) y los somete a dos regímenes distintos: uno, para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, que sigue las normas del capítulo anterior con algunas adaptaciones en menos (artículo 174) y otro, para el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, que se basa en la aplicación de ciertos principios (artículo 175). La Sección 2ª establece Normas aplicables por otros entes, organismos y entidades del sector público (es decir, distintos de los mencionados en el artículo 13.1) y los somete a los principios generales de contratación y a la directriz de que la adjudicación se haga según el criterio de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 176). Finalmente, la Sección 3ª regula las Normas aplicables en la adjudicación de contratos subvencionados y remite para ellos al régimen del artículo 174 (artículo 177).

- El Título II del Libro III regula, como se dijo, la Racionalización técnica de la contratación. Su Capítulo I prevé unas mínimas normas generales, en las que delimita el ámbito de aplicación de estas técnicas (artículos 178 y 179). El Capítulo II (artículos 180 a 182) regula la figura de

los acuerdos marco. El Capítulo III (artículos 183 a 186) establece el régimen de los llamados sistemas dinámicos de contratación. El Capítulo IV regula las Centrales de contratación: en la Sección 1ª, se establece la posibilidad de que se creen centrales de contratación por Comunidades Autónomas y Entidades Locales (artículo 188), así como la adhesión a centrales de contratación gestionadas por otras Administraciones (artículo 189); la Sección 2ª regula la contratación centralizada en el ámbito estatal (artículos 190 y 191).

El Libro IV trata de los Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

- El Título I contiene las Normas generales en las materias de este libro. Se estructura en seis capítulos. El Capítulo I (artículos 192 y 193) señala los efectos de los contratos. El Capítulo II (artículos 194 y 195) contiene las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos. El Capítulo III (artículos 196 a 201) regula la ejecución de los contratos. El Capítulo IV (artículos 202 y 203) trata de la modificación [y suspensión] de los contratos. El Capítulo V regula la extinción de los contratos y se divide en tres secciones: la Sección 1ª (artículo 204), que enuncia taxativamente los dos bloques de causas de extinción: cumplimiento o resolución; la Sección 2ª (artículo 205), que trata del cumplimiento; y la Sección 3ª (artículos 206 a 208), que trata de la resolución. El Capítulo VI regula la cesión de los contratos y subcontratación y se divide en dos secciones: la Sección 1ª (artículo 209) trata de la cesión de los contratos y la Sección 2ª (artículos 210 y 211) de reglas sobre subcontratación y sobre pagos a subcontratistas y suministradores.

- El extenso Título II da una serie de Normas especiales para contratos de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros y servicios y también para los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. A la ejecución, modificación y extinción de cada uno de estos seis contratos se dedican los sucesivos capítulos de este título, divididos en secciones y, en una ocasión, en subsecciones: Capítulo I para el contrato de obras (artículos 212 a 222); Capítulo II para el contrato de concesión de obras públicas (artículos 223 a 250; incluye los derechos y obligaciones del concesionario y las prerrogativas de la Administración concedente; no comprende en cambio la financiación, que mantiene su vigente regulación en el Real Decreto Legislativo 2/2000); Capítulo III para el contrato de gestión de servicios públicos (artículos 251 a 265); Capítulo IV para el contrato de suministro (artículos 266 a 276); Capítulo V para el contrato de servicios (artículos 277 a 288) y Capítulo VI para los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículos 289 y 290).

El Libro V se dedica, por último, a la Organización administrativa para la gestión de la contratación. Su estructura interna se divide en tres títulos:

- El Título I trata de los Órganos competentes en materia de contratación. Comprende tres capítulos: el Capítulo I (artículos 291 a 294) sobre órganos de contratación –se mantiene la regulación actual con distinción en órganos unipersonales y Juntas de contratación; se incluye una mención al Director General del Patrimonio del Estado como órgano de contratación del sistema estatal de contratación centralizada–; el Capítulo II (artículos 295 a 298) sobre órganos de asistencia –como órganos de nueva creación establece: la Mesa especial del diálogo competitivo, la Mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada y los Jurados de concursos de proyectos, órganos en los que se constituirá en este tipo de concursos la Mesa de contratación– y el Capítulo III (artículos 299 y 300) sobre órganos consultivos.

- El Título II regula los Registros Oficiales. El Capítulo I establece el régimen de los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas, tanto del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas estatal (artículo 301, que integrará en un sistema único los actuales Registros voluntarios de licitadores y el Registro de Empresas Clasificadas) como de los Registros de este tipo de las Comunidades Autónomas (artículo 302) y de la colaboración entre ellos (artículo 307). El Capítulo II regula el Registro de Contratos del Sector Público (artículo 308), en el que se subsumirán las actuales funciones del Registro Público de Contratos.

- El Título III, con un Capítulo único integrado por un solo artículo (artículo 309), regula la gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos a través de la creación de un nuevo órgano, la Plataforma de contratación del Estado.

La parte final del anteproyecto comienza con las disposiciones adicionales:

- La disposición adicional primera trata de la contratación en el extranjero, materia que en la ley anterior ocupaba un título del articulado y que se trae ahora a la parte final, dado su carácter transversal.

- Las disposiciones adicionales segunda a duodécima se ocupan de determinadas especialidades en la contratación pública, ya tengan su origen en los sujetos que celebran los contratos o en el objeto de estos. Así, la disposición adicional segunda contiene normas específicas de contratación en las Entidades Locales. La disposición adicional tercera establece el régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos. La disposición adicional cuarta da reglas especiales sobre competencia para adquirir equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de las comunicaciones. La disposición adicional quinta fija límites a la contratación (contratos de servicios) con empresas de trabajo temporal. La disposición adicional sexta regula la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro, y los términos en que podrá aplicarse la preferencia en la adjudicación a las proposiciones presentadas por este tipo de empresas. En esta misma línea, la disposición adicional séptima trata de los contratos reservados. Las disposiciones adicionales octava y novena tratan de la clasificación exigible por las Universidades Públicas y de la exención de la exigencia de clasificación para las mismas, respectivamente. La disposición adicional décima fija la exención de requisitos para los Organismos Públicos de Investigación en cuanto adjudicatarios de contratos. La disposición adicional undécima regula el régimen de los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Y la disposición adicional duodécima contiene normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

- Las siguientes disposiciones adicionales, decimotercera a decimoséptima, tratan de la actualización de cifras, plazos, cuantías y otros datos –bien habilitando al Consejo de Ministros para su actualización, bien previendo su automática sustitución por las que fije la Comisión Europea– y de la concreción y aclaración de algunas referencias –plazos, Impuesto sobre el Valor Añadido, Espacio Económico Europeo–.

- Las restantes disposiciones adicionales tratan diversos aspectos cuya regulación se ha creído oportuno hacer en esta parte final. Medios de comunicación y medios electrónicos, informáticos y telemáticos a utilizar en los procedimientos de esta ley (disposiciones adicionales decimooctava y decimonovena, respectivamente). Sustitución de letrados en las Mesas de contratación, terminación convencional de procedimientos y responsabilidad patrimonial y disciplinaria de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas (disposiciones adicionales vigésima a vigésimo tercera, respectivamente). Las disposiciones adicionales vigésimo cuarta y vigésimo quinta regulan de nuevo ciertas especialidades según contratos y sujetos: los incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el régimen de contratación de ciertos organismos. Las tres últimas disposiciones adicionales tratan, en fin, de los pliegos de cláusulas administrativas para la contratación de medios para la lucha contra los incendios forestales, las prácticas contrarias a la libre competencia y el régimen de subcontratación de prestaciones contratadas por las Entidades públicas empresariales.

Hay en el anteproyecto cinco disposiciones transitorias. La primera se refiere al régimen de los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. La segunda al régimen transitorio de las fórmulas de revisión. La tercera establece la cuantía que será de aplicación a los efectos del artículo 292.5 del anteproyecto (autorización para contratar de los organismos autónomos y entidades adscritas a Ministerios y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social) hasta que los titulares de los departamentos ministeriales fijen la cuantía correspondiente. La cuarta trata del régimen transitorio de los registros de licitadores. Y la quinta establece el régimen de entrada en vigor del artículo 54.1, relativo a la clasificación de empresas.

La disposición derogatoria única establece la cláusula de derogación tácita al uso y deroga expresamente disposiciones de cinco textos legales: a) el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, salvo los artículos 253 a 260 inclusive; b) las disposiciones relativas a contratación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; c) las mismas, salvo el general artículo 111, del texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; d) el artículo 95.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; y e) el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

El articulado se cierra con diez disposiciones finales:

- Las disposiciones finales primera a quinta modifican preceptos de las siguientes leyes: Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local; Ley General Presupuestaria; Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras; Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

- La disposición final sexta contiene la actualización de las referencias a determinados órganos.

- La disposición final séptima trata de los títulos competenciales al amparo de los cuales se dicta la ley y del carácter de los preceptos de esta.

- Las disposiciones finales octava y novena tratan, respectivamente, de las normas aplicables a los procedimientos regulados en la ley y de la habilitación normativa al Ministro de Economía y Hacienda en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

- La disposición final décima, que se titula entrada en vigor, no establece nada sobre el particular.

Por último, los Anexos del anteproyecto se ocupan de lo siguiente: Actividades a las que se refiere el apartado 1 del artículo 6 (Anexo I); Servicios a los que se refiere el artículo 10 (Anexo II) y Lista de productos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 15, en lo que se refiere a los contratos de suministros adjudicados por órganos de contratación del sector de la Defensa (Anexo III).

SEGUNDO. Contenido del expediente

En el expediente remitido a este Consejo figura un índice de la documentación que obra en aquel, que ha sido ordenada cronológicamente conforme a las sucesivas versiones del anteproyecto. Todas ellas han sido elaboradas por la Dirección General del Patrimonio del Estado (DGPE), que se ha encargado también de la contestación a las distintas observaciones formuladas durante su tramitación. El resumen de la documentación obrante en el expediente se hará según este mismo criterio.

A) Primer texto del anteproyecto (04.07.2005)

Esta primera versión figura en el expediente, junto a una nota explicativa de las principales novedades –estructura, adaptación semántica, umbrales económicos y contenido– y una tabla de correspondencias entre los artículos del anteproyecto, los del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y los de la Directiva 2004/18/CE.

El texto fue remitido (oficios de 08.07.2005) a diversos organismos, de entre los cuales presentaron observaciones los siguientes: Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos (27.07.2005); Intervención General de la Administración del Estado [IGAE] (29.07.2005 y 19.09.2005); Agencia Estatal de Administración Tributaria [AEAT] (29.07.2005); Secretaría de Estado de Economía (03.10.2005); Abogacía General del Estado (27.07.2005) y Subsecretaría de Fomento (29.07.2005 y 20.10.2005). No presentó observaciones la Subsecretaría de Medio Ambiente.

Figuran notas de contestación de la DGPE a los diversos escritos de observaciones. En el caso de las observaciones de la Abogacía General del Estado, figura una “nota de tramitación” sobre las reuniones mantenidas con varios órganos de la misma.

B) Segundo texto del anteproyecto (02.11.2005)

Obra en el expediente esta segunda versión, que se acompaña de memoria justificativa, memoria económica e informe de impacto por razón de género:

- La memoria justificativa (02.11.2005) se divide en cinco apartados. Los cuatro primeros corresponden a los apartados de la exposición de motivos del anteproyecto y tratan de: la necesidad de reforma de la legislación de contratos públicos, debida primordial pero no únicamente a la incorporación del Derecho comunitario; el nuevo enfoque del anteproyecto, que gira sobre la ampliación del ámbito subjetivo y sobre la identificación de los contratos sujetos a Derecho comunitario; la sistemática; y las principales novedades de la ley, que se tratan por extenso. El quinto apartado señala la tramitación a seguir por la norma.

- La memoria económica (02.11.2005) se divide en cuatro puntos:

• El punto 1 trata de Objetivos de la ley, aspectos macroeconómicos, ampliación del mercado y de la competencia. • El punto 2 se titula Reformas estructurales; reducción en los costes de las transacciones. • El punto 3 se ocupa de la Revisión de precios: su adaptación a un contexto de estabilidad económica. • El punto 4 aborda, en fin, los Efectos presupuestarios. Costes de aplicación de la norma.

- El informe sobre el impacto por razón de género (11.2005) parte de unos antecedentes o coordenadas legales y de unas orientaciones explícitas del Consejo de Ministros que el anteproyecto pretende cumplir: entre estas, se invoca el apartado 1.1 del Acuerdo del

Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005: “Se acuerda incluir en los pliegos de cláusulas de contratación con la Administración Pública criterios que favorezcan la contratación de mujeres por parte de las empresas que concursen”. Se prevé en el anteproyecto tanto una medida positiva orientada a la igualdad en un ámbito de regulación de medidas generales como otras medidas que favorecen la incorporación de la mujer a los procesos de contratación. La medida positiva, que pretende proporcionar cobertura legal a los planteamientos del Acuerdo del Consejo de Ministros citado, se articula en tres preceptos: la previsión del artículo 102 relativa a que las condiciones especiales de ejecución del contrato podrán referirse a condiciones de tipo social, con el fin de... eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado (y la eficacia de dicha previsión, que podrá dar lugar a penalidades [artículo 196.1] o a la resolución del contrato [artículo 206.h])); el informe señala que “este planteamiento del anteproyecto que se entiende respetuoso con la Directiva 2004/18/CE, no se deduce del tenor literal del precepto que el artículo 102 transpone (artículo 26 de la Directiva) ni del elemento interpretativo, que resume sucintamente la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, contenido en el considerando 33 de la exposición de motivos de la misma Directiva”. Por último, se señalan “otras medidas inductoras de situaciones de mayor equilibrio de género” que se deducen del anteproyecto.

Esta segunda versión fue remitida a los Departamentos ministeriales. Figuran en el expediente escritos de observaciones del Ministerio del Interior (08.11.2005 y 15.11.2005), Ministerio de la Presidencia (07.11.2005), Ministerio de Cultura (15.11.2005), Ministerio de Defensa (08.11.2005), Ministerio de Medio Ambiente (08.11.2005 y 15.11.2005), Ministerio de Sanidad y Consumo (14.11.2005), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (07.11.2005), Ministerio de Educación y Ciencia (28.11.2005), Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (11.11.2005 y 18.11.2005), Ministerio de Administraciones Públicas (08.11.2005 y 15.11.2005), Ministerio de Justicia (07.11.2005 y 14.11.2005), Ministerio de Fomento (08.11.2005), Secretaría de Estado de Economía (10.11.2005) y Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos (15.11.2005).

Constan notas de contestación de la DGPE a los diversos escritos de observaciones.

C) Tercer texto del anteproyecto (21.11.2005)

Remitido nuevamente a los Departamentos ministeriales, figuran en el expediente escritos de observaciones del Ministerio de la Presidencia (21.11.2005), Ministerio de Cultura (22.11.2005), Ministerio de Defensa (29.11.2005 y 02.12.2005), Ministerio de Medio Ambiente (02.12.2005), Ministerio de Sanidad y Consumo (02.12.2005), Ministerio de Administraciones Públicas (22.11.2005 y 29.11.2005), Ministerio de Justicia (22.11.2005 y 28.11.2005), Ministerio de Fomento (18.11.2005), Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (30.11.2005), Secretaría de Estado de Economía (28.11.2005) y Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos (28.11.2005).

Figuran notas de contestación de la DGPE a los diversos escritos de observaciones.

D) Cuarto texto del anteproyecto (12.12.2005)

Sobre esta cuarta versión formularon observaciones el Ministerio de Sanidad y Consumo (13.12.2005 y 14.12.2005), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (13.12.2005), Ministerio de Educación y Ciencia (13.12.2005), Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (13.12.2005), Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (13.12.2005), Ministerio de Justicia (13.12.2005), Ministerio de Fomento (13.12.2005 y 14.12.2005) y Ministerio de Administraciones Públicas (14.12.2005).

Constan notas de contestación de la DGPE a los diversos escritos de observaciones, salvo a los de los Ministerios de Fomento y Administraciones Públicas.

E) Quinto texto del anteproyecto (16.12.2005)

Esta quinta versión del anteproyecto fue tomada en consideración por el Consejo de Ministros en su reunión del día 16 de diciembre de 2005; obra diligencia de la misma fecha de la Ministra Secretaria del Consejo de Ministros para hacerlo constar así.

El texto fue remitido (oficios de 23.12.2005) en trámite de audiencia a organismos oficiales, Comunidades Autónomas, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), organizaciones empresariales, organizaciones sociales y Administración corporativa. Se comunicaba, además, que el texto estaba disponible en formato electrónico en el portal web del Ministerio de Economía y Hacienda.

Por parte de los organismos oficiales, remitieron informes o escritos de observaciones el Consejo General del Poder Judicial (25.01.2006), el Tribunal de Defensa de la Competencia (27.01.2006), el Consejo Económico y Social (dictamen del Pleno del día 20.02.2006; voto particular del Grupo Segundo –CEOE, CEPYME– de fecha 21.02.2006) y la Comisión

Nacional de Administración Local (certificación de fecha 18.01.2006 por la que se hace constar que se ha informado el texto del anteproyecto con fecha 17.01.2006).

Obran escritos de observaciones de las siguientes Comunidades Autónomas: Generalidad de Cataluña (23.01.2006), Junta de Andalucía (27.01.2006), Gobierno de La Rioja (28.01.2006), Generalidad Valenciana (27.01.2006), Gobierno de Aragón (03.02.2006), Comunidad de Madrid (26.01.2006) y Junta de Castilla y León (19.01.2006).

Figura escrito de observaciones de la FEMP (27.01.2006).

Han formulado escritos de observaciones diversas organizaciones empresariales. Por parte de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), figuran en el expediente dos cartas dirigidas por el Presidente de la CEOE al Vicepresidente Segundo y Ministro de Economía y Hacienda, de fechas 10.01.2006 (consta carta de contestación de 17.01.2006) y 20.01.2006. Junto a esta última carta, se acompañan escritos hechos llegar a dicha Confederación por diversas empresas; concretamente, escritos de: Asociación Española de Empresas de Mantenimiento Integral de Edificios, Infraestructuras e Industrias [AMI] (sin fecha); Asociación Española de Factoring [AEF] (sin fecha); AGETT (17.01.2006); AMAT (17.01.2006); Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones de España [AETIC] (01.2006); Asociación Española de Empresas Gestoras de los Servicios de Agua a Poblaciones [AGA] (19.01.2006); Federación Española de Empresas de Tecnología [FENIN] (sin fecha); Confederación Española de Asociaciones de Fabricantes de Productos [CEPCO] (sin fecha) y Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras [UNESPA] (sin fecha). Por lo demás, figuran también los escritos de observaciones directamente remitidos por las siguientes organizaciones empresariales: Confederación Nacional de la Construcción [CNC] (14.02.2006; también consta borrador de observaciones remitido al Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 20.01.2006); Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional [SEOPAN] –señala al inicio de su escrito que las observaciones han sido realizadas con la colaboración y conformidad de la Asociación de Empresas de Limpieza Pública [ASELIP]– (23.01.2006); Asociación Española de Fabricantes de Armamento y Material de Defensa y Seguridad [AFARMADE] (23.01.2006); Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica [FARMAINDUSTRIA] (23.01.2006); Asociación Nacional de Empresas Constructoras de Obra Pública [AERCO] (23.01.2006); Asociación Española de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos [TECNIBERIA/ASINCE] (23.01.2006); Asociación Española de Empresas de Restauración del Patrimonio Histórico [ARESPA] (20.01.2006); Asociación Española de Banca [AEB] (24.01.2006); Federación de Empresas de la Comunidad Valenciana Contratistas de Obras de la Administración [FECOVAL] (24.01.2006); Asociación Nacional de Constructores Independientes [ANCI] (23.01.2006); ASELIP (24.01.2006); Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones [ASTEL] (20.01.2006); AMI (08.02.2006); CEPCO (24.01.2006 y 23.02.2006) y UNESPA (31.01.2006).

Las siguientes organizaciones sociales han presentado escritos de observaciones: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad [CERMI] (mediante carta de 24.01.2006 envía dos documentos: uno, fechado el 19.01.2006, que lleva por título “Informe sobre la plena admisibilidad –tanto por parte de la normativa de la Comunidad Europea como de la jurisprudencia comunitaria– de la admisibilidad de criterios sociales en la contratación pública y, más en concreto, en las adjudicaciones de contratos públicos” y elaborado a solicitud de CERMI por Don Miguel Ángel Sánchez-Terán Hernández– y otro, de fecha 11.01.2006, que es un informe de CERMI sobre el anteproyecto); Unión General de Trabajadores [UGT] (01.03.2006).

Por parte de la Administración corporativa han remitido escritos: Consejo General de la Abogacía Española (30.01.2006); Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España (31.01.2006); Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos (26.01.2006); Consejo General de Colegios de Ingenieros Industriales (07.02.2006); Consejo General de Colegios de Ingenieros Agrónomos (30.01.2006); Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (24.01.2006); Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones (25.01.2006); Colegio Oficial de Ingenieros de Montes (sin fecha) y Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Forestales (sin fecha).

F) Sexto texto del anteproyecto (01.03.2006)

Esta versión fue informada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda (14.01.2006), que hizo un resumen de los antecedentes, justificación, contenido y tramitación de la norma y formuló diversas observaciones.

G) Séptimo texto del anteproyecto (16.03.2006)

Es la versión remitida al Consejo de Estado. Se acompaña de memoria justificativa, memoria económica e informe de impacto por razón de género, documentos de la misma fecha e idénticos términos a los que acompañaban a la segunda versión del anteproyecto (02.11.2005; punto B de este antecedente).

Por último, figura una nota de la DGPE (03.2006) sobre las principales alegaciones formuladas en el trámite de audiencia.

TERCERO. Alegaciones ante el Consejo de Estado

Una vez el expediente en el Consejo de Estado, tuvo entrada un “nuevo texto que incorpora observaciones de carácter técnico sugeridas por la Secretaría General Técnica del Departamento” (escrito de fecha 24 de marzo de 2006).

Asimismo, fue solicitada audiencia y vista del expediente ante el Consejo de Estado por diversas organizaciones empresariales, solicitudes que fueron rechazadas a la vista de que el volumen del expediente y las exigencias requeridas para su estudio y dictamen, en función del tiempo con que había de ser evacuado, no permitían acceder a tales audiencias.

En tal estado el expediente, el Consejo de Estado formula las siguientes consideraciones.

I. Objeto y competencia

Se somete a consulta del Consejo de Estado el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

La competencia para emitir el presente dictamen corresponde al Consejo de Estado en Pleno, como señala la orden de remisión, que establece que la consulta se efectúa “tanto por resultar necesario conforme a lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, por tratarse de una norma de transposición de disposiciones del derecho comunitario europeo, como por resultar muy conveniente dado el carácter central de esta disposición para el ordenamiento jurídico administrativo y las relevantes funciones que el supremo órgano consultivo del Gobierno desempeña en la contratación administrativa”. “A los efectos previstos en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado –añade– se solicita expresamente la valoración de las cuestiones de oportunidad y conveniencia que suscite el texto del Anteproyecto”.

II. Procedimiento

El anteproyecto sometido a consulta ha seguido la tramitación resumida en antecedentes y sobre la que cabe hacer las siguientes consideraciones, desde el punto de vista de su ajuste a lo previsto en el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

El procedimiento de elaboración se inició mediante la redacción de un anteproyecto por parte del Ministerio proponente (más en concreto, por la Dirección General del Patrimonio del Estado), que fue objeto de sucesivas versiones. Se han acompañado las preceptivas memorias justificativa y económica, así como el informe de impacto por razón de género (artículo 22.2, párrafo primero, de la citada ley).

El anteproyecto fue elevado al Consejo de Ministros [16 de diciembre de 2005] (artículo 22.3 de la Ley del Gobierno). Acordada por este la petición de los informes pertinentes y la difusión del anteproyecto en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda, remitieron escritos de observaciones diversos organismos oficiales, siete Comunidades Autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias. Asimismo, remitieron escritos de observaciones diversas organizaciones de la Administración Corporativa, organizaciones sociales y empresariales.

Obra el informe al anteproyecto de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda [14 de enero de 2006] (artículo 22.2, segundo párrafo, de la Ley del Gobierno).

En las sucesivas versiones del anteproyecto, la Dirección General de Patrimonio del Estado ha acompañado notas justificando la incorporación o rechazo de las observaciones formuladas. En las cinco primeras, se respondió separadamente a las observaciones y consideraciones de los diversos Departamentos ministeriales. Respecto a las últimas versiones remitidas a audiencia de organismos oficiales, Comunidades Autónomas y organizaciones corporativas, sociales y empresariales, se ha adjuntado una nota dando respuesta a las principales observaciones.

No obstante todo lo anterior, llama la atención que no se haya recabado informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, “órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa” (artículo 10.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, con la composición que detalla la disposición adicional quinta del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas y regulado, en lo que no se oponga a las citadas normas, por el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Advertida la ausencia de informe de la Junta por el Ministerio de Cultura (escrito de observaciones de 22 de noviembre de 2005), el órgano encargado de la elaboración del proyecto contestó que “el informe de la Junta no resulta preceptivo para anteproyectos de ley”.

A tal efecto, debe recordarse que la disposición adicional primera del citado Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece lo siguiente: “Los proyectos de disposiciones que se tramiten por los Departamentos ministeriales que tengan por objeto la regulación de la materia de la contratación administrativa deberán ser informados previamente a su aprobación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa”. Con independencia de la interpretación que deba darse al término “proyectos de disposiciones”, es lo cierto que el informe del órgano consultivo específico de la Administración General del Estado en materia de contratación administrativa indudablemente hubiese enriquecido la tramitación del presente anteproyecto, dada la incuestionable experiencia de aquel en los asuntos que tocan a la contratación pública, resultando difícilmente explicable la omisión de solicitud de dicho informe, máxime cuando se trata de un órgano adscrito al Ministerio proponente. En fin, cabe reprochar aún más la ausencia de este trámite en un anteproyecto como el presente, en el cual resulta claro –en palabras de la propia orden de remisión– “el carácter central de esta disposición para el ordenamiento jurídico administrativo”.

En esta misma línea, el Consejo de Estado considera que el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que en buena parte responde –al decir de la exposición de motivos– a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la legislación de contratos públicos, debería haber respaldado su tramitación con la consulta e informe de autoridades académicas y universitarias –las únicas entre las mencionadas instancias cuya participación no consta en el expediente–, lo que sin duda hubiera permitido contar con una importante y necesaria perspectiva en no pocos puntos del anteproyecto.

III. Objetivos del anteproyecto: incorporación del Derecho comunitario y reforma de la legislación sobre contratación pública. Planteamiento del dictamen

A) La regulación legal de los contratos administrativos ha atravesado en nuestro Derecho unas fases históricas bien conocidas, partiendo de la figura tradicional de los contratos de obra pública según la regulación de los pliegos que comienza en el siglo diecinueve, pasando por la disciplina nacida en los años sesenta del pasado siglo, hasta el momento actual en que se va a abordar una sistemática distinta.

El nuevo planteamiento se enmarca, ante todo, en los principios constitucionales vigentes y de una manera específica en las exigencias derivadas del Derecho comunitario.

Esta perspectiva concreta se hace presente en el anteproyecto que se informa. Como este señala, el anteproyecto responde a un impulso primordial (apartado I de la exposición de motivos): incorporar a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

La citada directiva deroga la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, a excepción de su artículo 41; la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (artículo 82 de la Directiva 2004/18/CE). El plazo para su transposición terminaba el 31 de enero de 2006 (artículo 80 de la Directiva 2004/18/CE).

Junto a este objetivo, la ley proyectada adopta un planteamiento de reforma global e introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve (apartado I de la exposición de motivos, último párrafo).

Una parte de las reformas que se estimaban necesarias –apunta el informe de la Secretaría General Técnica– tenía su origen en la conciencia de que “la contratación de las Administraciones Públicas en España debía modernizarse e introducir avances y una

simplificación acorde con los tiempos”, por lo que el Ministerio proponente “constituyó en junio de 2003 una comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la contratación pública, cuyos trabajos finalizaron en octubre de 2004”.

Además de las modificaciones convenientes en razón de los dos factores apuntados, la opción por “la elaboración de un nuevo texto legal en lugar de por una reforma extensa del texto vigente” vino determinada –según explica la memoria justificativa– por la “necesidad técnica de plantear la regulación de los contratos públicos desde una nueva perspectiva”.

Este nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos gira en torno a dos puntos. En primer lugar, se pretende la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la ley reguladora de los contratos públicos: ello quiere conseguirse, no ya mediante la extensión parcial de las previsiones legales pensadas para el contrato de la Administración Pública “stricto sensu” a ciertos sujetos y contratos incluidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (sistema del artículo 2 y disposición adicional sexta del vigente texto refundido), sino construyendo desde el inicio la ley de contratación pública como una ley del sector público en el sentido más amplio posible y que pueda servir –en palabras de la exposición de motivos (apartado II, último párrafo)– como “nicho normativo” que permita albergar ahora o en el futuro por decisiones de política legislativa, las reglas a aplicar por las distintas clases de sujetos. Y en segundo lugar, se quiere con este nuevo planteamiento identificar nítidamente qué normas provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por Administraciones Públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario: para localizar estas últimas, se acuña el concepto de “contratos sujetos a regulación armonizada” para designar a aquellos contratos que, por razón de la entidad contratante, su tipo y su cuantía se encuentran sujetos a las prescripciones comunitarias.

B) En función de los objetivos que sucintamente se acaban de apuntar, el anteproyecto de Ley sometido a consulta supone, hasta cierto punto, un cambio cualitativo en el modo de concebir la legislación sobre contratación pública en nuestro Derecho.

En efecto, las normas relativas a esta materia surgen en nuestro Derecho en torno a las especialidades que supone la contratación con la Administración, no solo en lo relativo a ciertas reglas procedimentales, sino al alcance de derechos y obligaciones de las partes (pliegos de contratación, Pliego de condiciones generales del contrato de obras públicas de 1903, Ley de Contratos del Estado de 1965). Ello da lugar a la formación de un completo sistema –inicialmente sobre la parte general del contrato de obra pública– caracterizado, en sus líneas fundamentales, por la existencia de fuertes singularidades, basadas ante todo en la idea del contrato de adhesión (libertad de pactos sometida al principio de legalidad: pliegos, Derecho necesario y Derecho dispositivo) y en segundo lugar en las prerrogativas de la Administración fundadas en la consecución del interés público –dirección del contrato e interpretación, modificación y resolución de este–, aunque contrapesadas por la idea de la equivalencia económica y las correlativas garantías y técnicas en defensa de la posición del contratista –modulación del principio de ejecución a riesgo y ventura, técnicas de equilibrio contractual, revisión de precios, “factum principis”, facultad de resolución por suspensión o incumplimiento imputable a la Administración, etcétera–.

En este sentido, resulta significativo lo que dijera el primer dictamen del Consejo de Estado emitido sobre el anteproyecto de la que luego sería Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (dictamen número 214/92, de 21 de mayo de 1992): “Podría afirmarse del Anteproyecto que no rompe con sus antecedentes lejanos e inmediatos sino que trata de perfeccionarlos bajo la idea de encontrarse en un contexto normativo que si bien tiene sus últimas raíces en el Derecho privado se presenta en el curso de los años transcurridos con una sustantividad jurídica propia fruto de la reelaboración de que ha sido objeto dentro del marco del Derecho Administrativo; y que subsiste el fundamental propósito de mantener el equilibrio de las partes concluyentes en aquél, sin menoscabo del respeto a las distintas posiciones en que se encuentran, y al interés general que constituye la última ‘ratio’ de toda esta ordenación normativa”.

Sobre la base de este sistema de contratación administrativa, nuestra legislación de contratos públicos ha sido modulada, desde la adhesión de España a las Comunidades Europeas, por las exigencias impuestas por el Derecho comunitario. Unas exigencias caracterizadas no obstante, como también apuntó el citado dictamen 214/92, por “su carácter parcial, al centrarse de manera exclusiva en lo relativo a la adjudicación de los contratos, con cuanto ésta comporta, omitiendo toda referencia a la ejecución de los mismos; limitación que se explica en orden a su finalidad, que no es otra que la de asegurar la creación de un mercado único europeo basado en la libre competencia de las empresas de todos los Estados

miembros en la contratación convocada por cualquiera de ellos”. Con todo, la incorporación de las garantías previstas por el Derecho comunitario supuso un cambio trascendente en la regulación de la materia, que pasó a estructurarse sobre una parte general construida según las exigencias de aquel Derecho (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), y que se ha visto afectada por sucesivas y numerosas reformas que han tendido, en esencia, a procurar una ampliación del ámbito de los sujetos que han de entenderse sometidos a las reglas jurídico-públicas del Derecho comunitario y a exigir para estos la aplicación de las garantías de una adjudicación libre y competitiva.

El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público pretende un nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos, que, poniendo término al sistema de sucesivas extensiones impuestas por las exigencias comunitarias, construya desde el principio el sistema de reglas jurídico-públicas partiendo de una perspectiva amplia. Tal planteamiento supone, en primer lugar, una delimitación inicial del ámbito de aplicación en términos más comprensivos (contratos del sector público), pero gira sobre todo alrededor de la pretendida asunción –se verá que no sin problemas– de un criterio funcional, impuesto por el Derecho comunitario, para la exigencia de regímenes contractuales diversos según que los contratos celebrados por entes del sector público se encuentren o no “sujetos a regulación armonizada”. Del desarrollo de estos aspectos en el texto del anteproyecto se tratará luego por extenso.

A propósito de todo ello, el Consejo de Estado quiere poner de relieve que el anteproyecto sometido a consulta ha hecho un indudable esfuerzo para servir a estos ambiciosos objetivos. No debe olvidarse, sin embargo, que la conjunción de reglas propias de un consolidado sistema de contratación administrativa de Derecho interno con otras provenientes de las exigencias impuestas por el Derecho comunitario se enfrenta a numerosas dificultades. Muchos de los obstáculos surgidos se pondrán de relieve en los diversos apartados de este dictamen, tratando de ofrecer una vía de solución.

Con carácter general, debe señalarse ahora, de forma destacada, que el éxito en la consecución de los objetivos proyectados y la estabilidad del sistema que resulte del anteproyecto están en función, en buena medida, de la capacidad de este para construirse de forma sencilla y ordenada. La regulación de la ley proyectada debe partir de normas y principios de aplicación claros y generales. En la medida de lo posible, el desarrollo normativo de aspectos tangenciales y de detalle debe deferirse a la norma reglamentaria. El Consejo de Estado encarece, en definitiva, una revisión global del texto que dé respuesta a los problemas que se observarán y permita construir la norma fundamental de la contratación pública de acuerdo con el nuevo planteamiento que esta pretende.

C) El dictamen se detendrá en primer lugar sobre estas cuestiones generales y otras igualmente relevantes que merecen un análisis pormenorizado. Posteriormente se harán observaciones al articulado. El esquema que para ello seguirá el dictamen será el siguiente:

Ante todo, estudio de las siguientes cuestiones generales:

- Transposición de la Directiva 2004/18/CE (apartado IV).
- Delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (apartado V).
- Nuevo enfoque de la legislación de contratos públicos (apartado VI).
- Estructura del anteproyecto (apartado VII).
- Aspectos generales de técnica normativa (apartado VIII).

A continuación, se harán las observaciones al anteproyecto, según el criterio de ordenación de este:

- Al Título Preliminar (apartado IX).
- Al Libro I (apartado X).
- Al Libro II (apartado XI).
- Al Libro III (apartado XII).
- Al Libro IV (apartado XIII).
- Al Libro V (apartado XIV).
- A las disposiciones de la parte final (apartado XV).

IV. Transposición de la Directiva 2004/18/CE

1. Principales novedades de la Directiva 2004/18/CE

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, deroga, como se dijo –artículo 82– las tres directivas anteriores relativas a coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (Directiva 92/50/CEE), de suministro (Directiva 93/36/CEE) y de obras (Directiva

93/37/CEE) y procede “a su refundición en un único texto”, a la vista de las modificaciones de aquellas que habían sido “necesarias para responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996” (considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE).

Como primera novedad de esta directiva cabe destacar la que ella misma señala en su considerando 1: “La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 [principios del Tratado, libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia]”.

Además, pueden señalarse, entre otras, las siguientes novedades:

- El artículo 6 establece una norma relativa a la confidencialidad.
- Los artículos 7 a 9 fijan los umbrales de aplicación de los contratos regulados por la directiva [estos umbrales se han variado después por el Reglamento (CE) 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005]; y los artículos 10 a 19 regulan ciertos contratos en “situaciones específicas” (sector de la defensa), excluidos o de “régimen especial” (contratos reservados).
- Los artículos 23 a 27 contienen importantes normas relativas a pliegos de condiciones y documentos del contrato: especificaciones técnicas (artículo 23), variantes (artículo 24), subcontratación (artículo 25), condiciones de ejecución del contrato (artículo 26) y obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente y a las disposiciones de protección y las condiciones de trabajo (artículo 27).
- En materia de procedimiento, la directiva presenta novedades relevantes: la regulación del procedimiento de diálogo competitivo (artículo 29), la regulación de los casos que justifican el recurso al procedimiento negociado, con o sin publicidad (artículos 30 y 31) y la regulación de los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición (artículos 33 y 34).
- Como normas de publicidad y transparencia, es novedosa la regulación de la publicación de los anuncios (artículos 35 a 37), la de los plazos de recepción de las solicitudes de participación y de las ofertas (artículo 38) y el deber de información a los candidatos y licitadores (artículo 41).
- En materia de aptitud y selección de los participantes, cabe destacar las normas sobre verificación de dicha aptitud (artículo 44) y los criterios de selección cualitativa que se establecen: junto a la capacidad económica y técnico-profesional, el cumplimiento de normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental (artículos 49 y 50, respectivamente). También la admisibilidad de listas oficiales de operadores económicos autorizados (artículo 52).
- Respecto a la adjudicación del contrato, los tres artículos de la Directiva 2004/18/CE contienen importantes novedades: criterios de adjudicación del contrato (artículo 53), utilización de subastas electrónicas (artículo 54) y ofertas anormalmente bajas (artículo 55).
- Se lleva a cabo una detallada regulación de las concesiones de obras públicas (artículos 66 a 74) y de las normas aplicables a concursos de proyectos en el sector de servicios (artículos 66 a 74), incluyendo lo relativo a composición y decisiones del jurado del concurso (artículos 72 y 73).
- Por último, los artículos 75 y 76 regulan las obligaciones de suministro de información estadística por parte de los Estados miembros a la Comisión, relativa a los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras adjudicados por los poderes públicos durante el año anterior.

2. La transposición de la Directiva 2004/18/CE en el anteproyecto

A) Por el orden en que aparecen en el articulado de la ley proyectada, las materias en las que hay normas de la Directiva 2004/18/CE objeto de transposición son las siguientes:

- Contratos excluidos: contratos de trabajo (artículo 4.1.a] del anteproyecto y 16.e] de la directiva); convenios del artículo 296 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 4.1.e] y disposición adicional vigésimo cuarta del anteproyecto y artículo 10 de la directiva); acuerdos internacionales (artículo 4.1.f], i] y j] del anteproyecto y 15 de la directiva); contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación (artículo 4.1.k] del anteproyecto y

16.c] de la directiva) y contratos relativos a determinados servicios financieros (artículo 4.1.l] del anteproyecto y 16.d] de la directiva).

- Delimitación de tipos contractuales: contrato de obras (artículo 6 del anteproyecto y 1.2.b] de la directiva); contrato de concesión de obras públicas (artículo 7 del anteproyecto y 1.3 de la directiva); contrato de suministro (artículo 9 del anteproyecto y 1.2.c] de la directiva) y contrato de servicios (artículo 10 del anteproyecto y 1.2.d] de la directiva).

- Contratos mixtos: artículo 12 del anteproyecto y artículo 1.2, apartados c) y d) de la directiva.

- Contratos no sujetos a regulación armonizada en ningún caso, con independencia de su valor estimado: artículo 13.2 del anteproyecto y artículos 10, 13, 14, 16 (apartados b] y f]) y 21 de la directiva.

- Umbral de los contratos sujetos a regulación armonizada: contratos de obras y de concesión de obras públicas (artículo 14 del anteproyecto y artículos 7 y 56 de la directiva); contratos de suministro (artículo 15 del anteproyecto y artículo 7 de la directiva); contratos de servicios (artículo 16 del anteproyecto y 7 de la directiva); contratos de obras y de servicios subvencionados (artículo 17 del anteproyecto y 8 de la directiva).

- Perfil de contratante del órgano de contratación: artículo 42 del anteproyecto y anexo VIII de la directiva (en relación con el anuncio previo del artículo 135 del anteproyecto y 35 de la directiva).

- Normas especiales de capacidad: empresas comunitarias (artículo 47 del anteproyecto y artículos 4.1 y 46 de la directiva); uniones de empresarios (artículo 48 del anteproyecto y 4.2 de la directiva).

- Prohibiciones de contratar: artículo 49 del anteproyecto y artículo 45, apartados 1 y 2, de la directiva.

- Solvencia: exigencia (artículo 51 del anteproyecto y 44, apartados 1 y 2, de la directiva); integración de la solvencia con medios externos (artículo 52 del anteproyecto y artículos 47.2 y 48.3 de la directiva) y concreción de las condiciones de solvencia (artículo 53.1 del anteproyecto y artículo 4.1, segundo párrafo, de la directiva).

- Exigencia de clasificación: artículo 54 del anteproyecto y 52 de la directiva.

- Prueba de la no concurrencia de prohibición de contratar: artículo 62 del anteproyecto y 45.3 de la directiva.

- Acreditación de la solvencia: solvencia económica y financiera (artículo 64 del anteproyecto y 47 de la directiva); solvencia técnica o técnico-profesional (artículos 65 a 68 del anteproyecto y 48 de la directiva); acreditación del cumplimiento de normas de garantía de la calidad, de normas de gestión medioambiental y documentación e información complementaria (artículos 69 a 71 del anteproyecto y artículos 49 a 51 de la directiva, respectivamente).

- Certificaciones de inscripción en registros y certificados comunitarios de clasificación: artículos 72 y 73 del anteproyecto y artículo 52 de la directiva.

- Cálculo del valor estimado de los contratos: artículo 76 del anteproyecto y artículo 9 de la directiva.

- Tramitación urgente del expediente: artículo 96 del anteproyecto y artículos 38.8 y 40.4 de la directiva.

- Pliegos de condiciones: reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas (artículo 101 del anteproyecto y 23 de la directiva); condiciones especiales de ejecución (artículo 102 del anteproyecto y 26 de la directiva) e información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, condiciones laborales y subrogación en contratos de trabajo (artículo 103 del anteproyecto y 27 de la directiva).

- Normas generales sobre adjudicación de contratos celebrados por las Administraciones Públicas: procedimiento a seguir (artículo 122.2 del anteproyecto y 28 de la directiva); principio de igualdad y transparencia (artículo 123 del anteproyecto y 2 de la directiva); confidencialidad (124 del anteproyecto y 6 de la directiva); anuncio previo a la licitación (125 del anteproyecto y 35 de la directiva); convocatoria de licitaciones (artículo 126 del anteproyecto y artículos 35 y 36 de la directiva); plazos de presentación de solicitudes de participación y de proposiciones, así como reducción de aquellos en casos de urgencia (127 y 128 del anteproyecto y 38.1, 38.8 y 40.4 de la directiva); admisibilidad de variantes o mejoras (131 del anteproyecto y 24 de la directiva); subasta electrónica (132 del anteproyecto y artículos 1.7 y 54 de la directiva); criterios de valoración (artículo 134 del anteproyecto y 53 de la directiva); ofertas con valores anormales o desproporcionados (136 del anteproyecto y 55 de la directiva); notificación a los candidatos y licitadores de la adjudicación definitiva (137 del anteproyecto y 41 de la directiva); publicidad de las adjudicaciones (138 del anteproyecto y 35

de la directiva) y renuncia al contrato o desistimiento del procedimiento (139 del anteproyecto y 41.1 de la directiva).

- Procedimiento abierto: delimitación (artículo 141 del anteproyecto y artículo 1.11.a] de la directiva); información a los licitadores (142 y 39 de la directiva); presentación de proposiciones (143 y 38 de la directiva).

- Procedimiento restringido: caracterización (146 y 11.1.b] de la directiva); criterios para la selección de candidatos (147 y 44 de la directiva); solicitudes de participación (148 y 38 de la directiva); selección de solicitantes (149 y 44 de la directiva); contenido de las invitaciones e información a los invitados (150 y 40 de la directiva); proposiciones (151 y 38 de la directiva).

- Procedimiento negociado: caracterización (artículo 153 del anteproyecto y 1.1.d] de la directiva); supuestos generales de aplicación (154 y 30 y 31 de la directiva) y supuestos específicos para contratos de obras, gestión de servicios públicos, suministro y servicios (artículos 155 a 158 del anteproyecto, respectivamente, y artículos 30 y 31 de la directiva); anuncio de licitación, presentación de solicitudes y negociación (artículos 161 y 162 del anteproyecto y 30 y 44 de la directiva).

- Diálogo competitivo: caracterización (163 del anteproyecto y artículos 1.11.c], párrafo primero, y 29.8 de la directiva); supuestos de aplicación (artículo 164 del anteproyecto y artículos 1.11.c], párrafos segundo a cuarto, y 29.1 de la directiva) y desarrollo (artículos 165 a 167 del anteproyecto y artículo 29 de la directiva).

- Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos: artículos 168 a 172 del anteproyecto y artículos 1.11.e) y 66 a 74 de la directiva.

- Acuerdos marco: artículos 180 a 182 del anteproyecto y 1.5 y 32 de la directiva.

- Sistemas dinámicos de contratación: artículos 183 a 186 y 1.6 y 33 de la directiva.

- Funcionalidad y principios de actuación de las centrales de contratación: artículo 187 del anteproyecto y artículos 1.10 y 11 de la directiva.

- Contrato de concesión de obras públicas: subcontratación (artículo 249 del anteproyecto y 60 de la directiva); adjudicación de contratos de obras por el concesionario (artículo 250 del anteproyecto y artículos 62 a 65 de la directiva).

- Contratos reservados: disposición adicional séptima del anteproyecto y artículo 19 de la directiva.

- Contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales: disposición adicional undécima del anteproyecto y artículo 12 de la directiva.

- Medios de comunicación y uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos: disposiciones adicionales decimoctava y decimonovena del anteproyecto y artículo 42 y anexo X de la directiva.

B) La transposición efectuada por el anteproyecto se ajusta, con carácter general, a las exigencias de incorporación del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento interno.

Los principios que han de regir la transposición de directivas comunitarias han sido recogidos por este Consejo en numerosas ocasiones desde el dictamen número 48.377 sobre el anteproyecto de Ley de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas (aprobado posteriormente como Ley 47/1985) y recientemente se han reiterado, por ejemplo, en el dictamen 461/2006, de 20 de abril (anteproyecto de Ley de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas). Hacen referencia, en líneas generales, a que es el Derecho interno de cada Estado el que, dentro de los límites del Derecho comunitario, ha de determinar el órgano y el procedimiento para llevar a cabo la aplicación normativa del Derecho comunitario; al hecho de que, por ello, la naturaleza y el rango de las normas de adaptación o de incorporación son cuestiones que deben resolverse según el sistema interno de fuentes, por lo que será de acuerdo con este como habrá de determinarse, en cada caso, si la norma interna ha de tener, o no, rango de ley; y por último, a que las directivas no predeterminan por sí, ni alteran la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Desde el punto de vista de estas exigencias, es claro que resulta adecuado que sea una norma con rango de ley la que venga a efectuar la transposición de los principales aspectos de la Directiva 2004/18/CE, sin perjuicio de que por vía reglamentaria pueda procederse a su desarrollo posterior en algunos aspectos. Más aún, es así cuando se trata de una norma que proyecta derogar el vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ley que había venido realizando la principal labor de transposición de las directivas comunitarias relativas a coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos

públicos de servicios, de suministro y de obras (las ya citadas Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, respectivamente).

Esta afirmación está en línea, además, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con arreglo a la cual es la ley el instrumento adecuado para establecer normas básicas (entre otras, Sentencias 1/1982, de 28 de enero, y 32/1983, de 28 de abril), sin perjuicio de que por vía reglamentaria pueda el Gobierno regular aspectos concretos del núcleo básico previamente determinado por la norma legal.

En cuanto a la posible afectación de las competencias autonómicas, ha de estarse a lo que se dice sobre el particular en el apartado siguiente de este dictamen.

En fin, desde un punto de vista sustantivo el Consejo de Estado considera que el anteproyecto sometido a consulta lleva a cabo, en líneas generales, una correcta transposición de la Directiva 2004/18/CE, sin perjuicio de las observaciones que se formulan en relación con determinadas materias en el cuerpo del dictamen.

V. La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el anteproyecto

1. Planteamiento de la cuestión

El apartado 3 del artículo 2 del anteproyecto (“Ámbito de aplicación”) señala: “La aplicación de esta ley a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades se efectuará en los términos previstos en la disposición final séptima”.

La mencionada disposición final séptima del anteproyecto contiene las siguientes previsiones:

- El artículo 21 y las disposiciones finales tercera y cuarta se dictan al amparo de las competencias atribuidas al Estado por la regla 6ª del artículo 149.1 de la Constitución y son de aplicación general.

- Los restantes artículos de la ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades de ellas dependientes. No obstante, hay una serie de artículos que no tienen carácter básico y que se enumeran a continuación.

- Las normas que en desarrollo de la ley promulgue la Administración General del Estado podrán tener el carácter de normas básicas cuando constituyan el complemento necesario de dicho carácter respecto de los artículos que lo tienen atribuido conforme al apartado anterior y así se señale en la propia norma de desarrollo.

La cuestión fundamental que se plantea es si la aludida disposición final se ajusta al marco competencial perfilado por la Constitución. Desde esta perspectiva, nada hay que objetar a la previsión contenida en su apartado 1, que considera dictadas al amparo del artículo 149.1.6ª de la Constitución las previsiones relativas a la determinación del orden jurisdiccional competente para resolver las cuestiones litigiosas que surjan en el marco de los contratos del sector público (artículo 21 del anteproyecto), al régimen de determinadas cesiones de crédito (modificación de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras) y a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, así como a la definición de legislación especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras (modificación del artículo 71.1 y del apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

Es, en consecuencia, la cuestión relativa a la declaración del carácter básico de la ley y a la enumeración de aquellos de sus preceptos que no tienen tal carácter la que ha suscitado un mayor debate en la tramitación del expediente.

2. El alcance del carácter básico de la futura ley

Como se acaba de apuntar, se proyecta atribuir carácter básico a toda la ley y exceptuar de dicho carácter las previsiones que se señalan en la disposición final séptima, apartado 2, del anteproyecto.

Han formulado observaciones a la disposición final séptima del anteproyecto algunas de las Comunidades Autónomas que han intervenido en el expediente. Así, la Junta de Andalucía se limita a señalar que “no alcanza a comprenderse la naturaleza básica de determinadas disposiciones”. La Comunidad de Madrid subraya que se ha ampliado, con respecto al texto refundido vigente, el número de artículos que se consideran legislación básica, algunos de los cuales tienen un carácter meramente procedimental u organizativo. Y la Generalidad de Cataluña realiza unas extensas consideraciones sobre esta cuestión, tomando como punto de

partida la circunstancia de que el anteproyecto sigue en este punto concreto la línea del texto refundido vigente. Considera que hubiera sido preferible una regulación básica a través de la fijación de los principios fundamentales de la materia, en lugar de concebir las bases como normas que imponen prescripciones concretas. En fin, señala que se pretende declarar básicos más preceptos que los que ya tienen dicho carácter en el texto refundido vigente: no habiendo obstáculo jurídico alguno para ello distinto del propio alcance de la expresión “legislación básica”, sin embargo, habrá de valorarse la incidencia que estas previsiones tendrán sobre una regulación autonómica que en algunos casos lleva vigente aproximadamente diez años; y, de otra parte, considera que en ocasiones se aprecia cierta incoherencia al atribuir carácter básico a unas disposiciones y a otras no.

Por su parte, el Ministerio de Administraciones Públicas, si bien estima que desde la perspectiva formal el anteproyecto cubre adecuadamente los requisitos que la jurisprudencia constitucional exige a la normativa básica, ha formulado diversas observaciones en relación con la declaración del carácter básico de algunos de los artículos de la futura ley, no pocas de las cuales se han incorporado a la versión definitiva del apartado 2 de la disposición final séptima del anteproyecto sometido a consulta. Sin embargo, en algunos puntos concretos se ha mantenido la divergencia de criterios entre el citado Ministerio y el órgano proponente, de modo que en opinión del Ministerio de Administraciones Públicas no deberían tener carácter básico una serie de preceptos, a los que, sin embargo, la proyectada redacción del apartado 2 de la disposición final séptima atribuye tal carácter.

Frente a las objeciones planteadas en tal sentido, se han invocado los siguientes argumentos por el órgano proponente para justificar el carácter básico de los preceptos cuestionados:

- Artículos 15.1.a) y 16.1.a): ambas letras se relacionan con la letra b) siguiente, que se refiere a contratos distintos, por razón del sujeto o del objeto, de los contemplados en la letra anterior. Sin perjuicio de que las reglas de los respectivos apartados 1.a) afecten únicamente a los contratos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, conforman una unidad con el resto del precepto. Además, como se recuerda en el escrito de contestación a las observaciones del Ministerio de Administraciones Públicas, se trata de una regulación susceptible de ser modificada por la Comisión Europea.

- Artículo 27.2: el lugar de perfección del contrato tiene consecuencias civiles, administrativas y jurisdiccionales de gran importancia, que hacen que esta no sea una previsión meramente formalista. Además, no puede olvidarse que la futura ley regula también contratos privados, lo que, según el órgano proponente, hace que esta previsión cobre más importancia, especialmente cuando el contratista y el órgano de contratación no tienen una residencia común.

- Artículo 29: la salvedad relativa a los órganos de fiscalización equivalentes propios de las Comunidades Autónomas no supone injerencia alguna en su potestad de autoorganización, en la medida en que no se impone su creación, limitándose a prever una regulación sustantiva alternativa para el caso de que efectivamente se hayan creado esos órganos o no.

- Artículos 34.2, 37.4 y 38.2: se ha introducido un ajuste en la redacción que subraya que estas previsiones no inciden sobre la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas. En concreto, se ha introducido el inciso “sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano administrativo”.

- Artículo 42: parece lógico que este precepto tenga carácter básico en la medida en que transpone un concepto de la directiva (artículos 33 y 38) –el perfil del contratante–, que tiene diversas consecuencias, entre otros aspectos, sobre determinados plazos.

- Artículo 48.2: resulta correcto atribuir carácter básico a las exigencias que se aplican a las uniones de empresarios para poder contratar con el sector público. Desde una perspectiva más general este Consejo ha estimado que las cuestiones relativas a la capacidad para contratar reclaman indudablemente un régimen común, también por el juego del artículo 149.1.1ª de la Constitución.

- Artículo 53: como señala el órgano proponente, la posibilidad de exigir a los contratistas un compromiso de dedicar al contrato determinados medios materiales y la configuración de este compromiso como “obligación esencial del contrato” cuyo incumplimiento daría lugar a su resolución o a penalizaciones sugieren que este precepto debe tener carácter básico.

- Artículo 71: parece conveniente garantizar con carácter básico estas competencias del órgano de contratación, que se sitúan en la fase final de la adecuación de la aptitud y la solvencia.

- Artículo 87: en el plazo de quince días que media entre la adjudicación provisional y la definitiva el empresario deberá constituir la garantía, por lo que parece lógico que sea un plazo idéntico.
- Artículo 93.3: se regula no solo la incorporación de los pliegos al expediente (como hace el texto refundido vigente), sino también el supuesto de ausencia de pliego (sustituido por el documento descriptivo) en el procedimiento de diálogo competitivo.
- Artículo 96.2.b): su antecedente (artículo 71.2.b) del texto refundido vigente) tiene ya carácter básico en la actualidad.
- Artículo 98.3: la finalidad de este precepto no es restringir la potestad de autoorganización autonómica, sino garantizar la emisión de un dictamen previo que asegure la legalidad de los pliegos. Por tanto, ha de tener carácter básico.
- Artículo 116.2: debe subrayarse que la inclusión de un plazo para que los licitadores puedan solicitar aclaraciones tiene carácter potestativo para el órgano de contratación y que, de establecerse dicha posibilidad, las respuestas tendrán carácter vinculante. Por tanto, parece evidente que esta previsión ha de tener carácter básico.
- Artículos 119 y 120: ha de tenerse en cuenta que en el caso de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, el denominado programa funcional es el elemento de referencia sobre el que descansa el cumplimiento de los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia, en ausencia de otras determinaciones elaboradas con el nivel de precisión de los pliegos de cláusulas administrativas. De otra parte, la evaluación previa es el instrumento que garantiza que la opción por un procedimiento con menores exigencias de publicidad y transparencia es la adecuada una vez consideradas otras alternativas.
- Artículo 129.1: como señala el órgano proponente, el carácter de aceptación incondicionada del contenido de las cláusulas del pliego es un elemento esencial ligado a la publicidad y de igualdad de trato, por lo que debe considerarse básico.
- Artículo 197: además de las previsiones relativas a la audiencia al interesado y al dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, parece lógico que el resto de este artículo, relativo a la resolución por demora y a la posibilidad de prorrogar el contrato, también tenga carácter básico.
- Artículo 207.3 y 5: como ya ha señalado este Consejo en otras ocasiones, el régimen de aplicación de las causas de resolución de los contratos ha de tener carácter básico.
- Artículo 214: otro tanto cabe decir de la definición de los supuestos de fuerza mayor, que también tiene carácter básico en el texto refundido vigente (artículo 144).
- Artículo 215: no solo ha de tener carácter básico el plazo de diez días para emitir la correspondiente certificación. También parece que ha de tenerlo la propia regulación sustantiva.
- Artículo 216: aunque el artículo 126 del vigente texto refundido no tiene carácter básico, parece conveniente atribuir tal carácter a la posibilidad de establecer un sistema de retribución de las obras a tanto alzado, así como a la regulación de las obras con precio cerrado.
- Artículos 220.a), b) y c) y 222: como ya ha señalado anteriormente este Consejo, los preceptos que regulan las causas y efectos de resolución (en este caso del contrato de obras) deben tener carácter básico.
- Artículo 249: el porcentaje mínimo que ha de subcontratarse por el concesionario de obras públicas también tiene carácter básico en el texto refundido vigente (artículo 237).
- Artículo 258: en línea con lo afirmado en dictámenes anteriores, parece necesario que las previsiones relativas a la modificación del contrato de gestión de servicios públicos y al mantenimiento del equilibrio económico tengan carácter básico.
- Artículos 260 a 264: deben tener carácter básico en la medida en que regulan aspectos fundamentales del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos (falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares; incumplimiento del contratista; causas de resolución, aplicación y efectos).
- Artículos 268, 271 y 275: también parece oportuno atribuir carácter básico a determinados aspectos relevantes del régimen jurídico del contrato de suministro (entrega y recepción, facultades de la Administración en el proceso de fabricación y causas de resolución).
- Artículos 281 y 284.a), b) y d): por la misma razón también han de tener carácter básico estos elementos del régimen jurídico de los contratos de servicios (ejecución y responsabilidad del contratista, causas de resolución).

- Artículos 286.1 y 2 y 288: en relación con el contrato de elaboración de proyectos de obras y en línea con las anteriores afirmaciones, parece lógico atribuir carácter básico a la obligación de subsanación de errores y corrección de deficiencias y al régimen de responsabilidad por defectos o errores en el proyecto.

- Artículo 300: nada hay que objetar al reconocimiento con carácter básico de la competencia de los órganos consultivos autonómicos, sin perjuicio de las competencias de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

El Consejo de Estado no objeta a la regulación de esta materia en el anteproyecto y considera que este se muestra correcto en el cumplimiento del artículo 149.1.18ª de la Constitución, sin que el criterio adoptado en relación con los preceptos cuestionados menoscabe los principios que deben ser respetados en la determinación del núcleo constitutivo de la legislación básica. En este sentido, no puede olvidarse que el mencionado artículo 149.1.18ª “expresa el designio constitucional de que, en lo básico, un mismo sistema contractual rija para todas las Administraciones Públicas” en tanto pretende establecer “un sistema común de contratación, sin que el dato diferencial subjetivo lleve a sistemas distintos de contratación” (dictamen de 24 de noviembre de 1988 – expediente 51.924).

Debe ponderarse a este respecto que, en la dilucidación de las cuestiones suscitadas en torno a la legislación básica como competencia exclusiva del Estado, este Consejo ha tenido ocasión de fijar, entre otros, los siguientes criterios [entre otros, dictámenes de 24 de noviembre de 1988 (expediente 51.924), de 21 de mayo de 1992 (expediente 214/92), de 24 de noviembre de 1993 (expediente 1270/93) y de 22 de diciembre de 1998 (expediente 4464/98)]:

- La legislación básica del Estado sobre una materia tanto puede traducirse en principios y directrices de vigencia general y uniforme en todo el territorio nacional (y susceptibles de desarrollo por las Comunidades Autónomas con competencia para ello), cuanto en prescripciones acabadas en sí mismas sobre aspectos o extremos básicos, de suerte que no admitan desarrollo por las Comunidades Autónomas aunque quepa el ejercicio por estas de sus potestades normativas respecto de los demás extremos o aspectos en la materia de que se trate.

- En cualquier caso, no sería aceptable dar a la legislación básica un alcance que, por su plenitud y detalle, vaciara de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas para el desarrollo normativo de la legislación básica del Estado. Una interpretación equilibrada aparece reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 13/1989, de 26 de enero, y, en el mismo sentido, Sentencias 147/1991, de 4 de julio, y 194/2004, de 10 de noviembre, entre otras), al rechazar que se reputé básico “un conjunto de disposiciones exhaustivo que vacía de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas constitucionalmente reconocidas”.

- Por último, la circunstancia de que se califiquen como básicos determinados preceptos para los que no existe una regulación específica en el ámbito comunitario no quiebra el régimen de distribución de competencias previsto en la Constitución. En este sentido y a propósito del Derecho comunitario, ha entendido el Consejo de Estado que “el común denominador normativo” contenido en una directiva está llamado a coincidir –con naturalidad y por regla general- con el concepto de “bases” en supuestos de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque por supuesto no incida ni altere la distribución interna de competencias. Sin embargo, es preciso destacar que de la afirmación anterior (que “el común denominador normativo” de las directivas esté llamado a coincidir con el concepto de “bases”) no se deduce, ni cabe deducir, la afirmación contraria: que todas las cuestiones que no estén reguladas en las directivas comunitarias no pueden tener carácter básico.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, se han venido entendiendo como cuestiones cuya regulación debe tener carácter básico las relativas a la configuración misma del contrato administrativo; a su objeto y a sus requisitos; a su forma y documentación; a los sistemas de contratación y al régimen de publicidad; a las prerrogativas de la Administración; a la ineficacia del contrato; o a la ejecución del contrato. A este respecto pueden tenerse por reproducidas las consideraciones realizadas en los dictámenes de 24 de noviembre de 1988 (expediente 51.924) y de 24 de noviembre de 1993 (expediente 1270/93).

Por lo que se refiere al anteproyecto sometido a consulta y como ya se ha adelantado, el Consejo de Estado considera que el apartado 2 de su disposición final séptima es respetuoso con el esquema constitucional de distribución de competencias, sin que suponga una quiebra

de dicho esquema el hecho de que preceptos que en el texto refundido todavía vigente se declaran no básicos tengan en el anteproyecto tal carácter. Como señala la Dirección General del Patrimonio del Estado en la nota sobre las principales alegaciones formuladas en el trámite de audiencia, “parece totalmente justificado que, además de las normas derivadas de las directivas (normas sobre preparación y adjudicación de los contratos y sobre capacidad de los contratistas), se consideren básicas la mayoría de las disposiciones que regulan el régimen peculiar de los contratos administrativos (libro IV del anteproyecto), en la medida en que constituyen una derogación de las normas de Derecho civil y establecen privilegios y prerrogativas para la Administración (conectándose, de este modo, con el título competencial “régimen jurídico de las Administraciones Públicas”), como medio para lograr una mínima homogeneidad en el estatuto del contratista”.

En definitiva, el Consejo de Estado comparte la opción seguida en el anteproyecto a la hora de determinar cuáles de sus artículos han de tener o no carácter básico en la medida en que da adecuada respuesta a la previsión contenida en el artículo 149.1.18ª de la Constitución.

Afirmaba este Consejo en el dictamen al anteproyecto de la que luego sería Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (dictamen de 22 de diciembre de 1998 – expediente 4464/98), que “(...) debería revisarse la nueva redacción del apartado uno de la disposición final primera de la Ley 13/1995, pues, tal y como figura en la versión definitiva del anteproyecto, no parece que dé una adecuada respuesta a la previsión contenida en el artículo 149.1.18ª de la Constitución (baste pensar, por ejemplo, que –en función de la Comunidad Autónoma de que se trate– podrían variar determinadas causas de resolución de los contratos, los mecanismos de revisión de precios e incluso las propias obligaciones del contratista gestor de un servicio público)”.

Pues bien, el anteproyecto que ahora se examina contribuye a superar problemas como los indicados, sin que pueda entenderse que afecte de forma directa a aspectos puramente organizatorios o de carácter meramente procedimental. En todo caso, y así lo indica el órgano proponente, se ha cuidado especialmente la redacción de los artículos para evitar incluir en ellos previsiones o referencias orgánicas específicas y así garantizar su aplicabilidad a las Administraciones no estatales.

Es cierto que, de aprobarse en sus actuales términos su disposición final séptima, el anteproyecto podría incidir sobre la normativa autonómica vigente, no tanto por razón de temas procedimentales u organizativos como por razón de que en él se declaran básicos diversos aspectos de la regulación sustantiva de la contratación del sector público que hasta ahora no tenían dicho carácter. Esta circunstancia, sin embargo, no ha de constituir obstáculo para que se produzca una más correcta redefinición del alcance básico de la ley como la que propone el anteproyecto sometido a consulta a fin de garantizar, en lo básico, un mismo sistema contractual para todas las Administraciones Públicas de forma más completa que el texto refundido vigente.

VI. El nuevo enfoque de la legislación de contratos públicos

El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público parte de una concepción novedosa a la hora de incorporar el Derecho comunitario de la contratación pública a nuestro ordenamiento interno.

Tal concepción puede apreciarse en dos tipos de cuestiones entrelazadas entre sí. De un lado, la ampliación y redefinición del ámbito subjetivo, que ya no se basa en un proceso de sucesiva ampliación de los sujetos contratantes partiendo de su asimilación mayor o menor a la Administración Pública stricto sensu, sino que parte desde el comienzo de una delimitación de tipo funcional o según la actividad y no según la forma de personificación jurídica. De otro, el influjo que dicha ampliación produce sobre el que podría llamarse ámbito objetivo: es decir, la nueva delimitación del régimen contractual concretamente aplicable por esos sujetos está en función, en primer lugar, del tipo de contrato que celebren, si es o no uno de los contratos típicos contemplados por las directivas (la relevancia del contrato mixto se encuentra ahora en esta sede), en segundo lugar depende de la cuantía del contrato en cuestión y, en fin, también juega el criterio relativo a que el sujeto contratante sea una Administración Pública, o un “organismo de Derecho público” –en sentido comunitario– no considerado Administración Pública, o un ente del sector público que no se considere “organismo de Derecho público”. Sin embargo, este último criterio ya no tiene la trascendencia que tenía en la regulación anterior, en el que servía para definir el régimen completo del contrato –administrativo o privado–, sino que pesa ahora fundamentalmente en lo relativo a efectos y extinción (por ejemplo, a efectos de preparación y adjudicación el anteproyecto pretende que un contrato administrativo de un

Ministerio, otro privado de una entidad pública o privada dirigida a satisfacer necesidades de interés general u otro contrato privado de una sociedad mercantil gestionada públicamente encuentren sus concretas reglas jurídico-públicas de actuación, pero, sin embargo, otorga menos importancia a que sus efectos se desarrollen también bajo las prerrogativas clásicas del Derecho administrativo de contratación –en el primer caso– o caigan bajo el dominio del Derecho privado –en los dos últimos–).

A todo ello cabe añadir, para completar el nuevo enfoque legislativo, que este replanteamiento ha llevado también a que el aspecto de garantía de los aspectos competitivos de la contratación pública (suficientemente tutelado en la regulación anterior por recursos administrativos ordinarios y jurisdicción contencioso-administrativa, en la medida que giraba aún sobre el contrato de la Administración y la posibilidad del particular de separar sus actos preparatorios y de adjudicación cuando cayesen bajo la órbita del contrato privado) se regule ahora de forma novedosa: en paralelo con el enfoque funcional y por cuantías del anteproyecto, la posibilidad del recurso contra actos preparatorios o de adjudicación de contratos, públicos o privados por su sujeto adjudicador, pero de tipo y cuantía suficiente para estar sometidos a reglas jurídico-públicas (las de la ley), se instrumenta ahora mediante un recurso especial que agota la vía administrativa y la correlativa atribución de competencia para tratar de estas cuestiones a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este planteamiento del anteproyecto, plausible en cuanto destinado a dotar de un régimen estable jurídico-público a toda la contratación realizada por los sujetos que se consideran poderes adjudicadores según el Derecho comunitario, se encuentra sin embargo con no pocas dificultades en su concreta articulación.

Los siguientes apartados tratarán de las cuestiones más importantes en relación con esta materia, tanto la relativa a la estructura del anteproyecto –condicionada por este objetivo global– como las referentes a otras cuestiones de delimitación de ámbito subjetivo y objetivo, tipos contractuales, regímenes contractuales, recurso especial en materia de contratación, etcétera.

VII. Estructura del anteproyecto

A) La estructura con la que formalmente se presenta el anteproyecto sometido a consulta es consecuencia de diversos factores. La clave de la sistemática que presenta el anteproyecto está ya expresada, sin embargo, en los dos párrafos del artículo 1 del mismo: por un lado, es objeto de la ley “regular la actividad contractual del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (...)”. Por otro, señala el párrafo segundo que “es igualmente objeto de esta ley la regulación del régimen jurídico de los contratos administrativos (...)”.

Ello significa muy claramente el abandono del criterio tradicional de construcción de la legislación sobre contratos públicos alrededor de la figura del contrato administrativo, para proceder después por extensión de diversos aspectos de su régimen y aplicación de los mismos a otro tipo de contratos de la Administración, los contratos privados, o a otros contratos celebrados por sujetos diferentes a aquella. Ahora –en el anteproyecto objeto de consulta– esta regulación es igualmente objeto de esta ley, aunque en segundo lugar. Pero con anterioridad la proyectada Ley de Contratos del Sector Público trata de la regulación de la actividad contractual del sector público, si bien dicha regulación, pese a lo que parece declarar el párrafo primero del artículo 1, no es completa; se ciñe a los aspectos de garantía de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos es decir, a los aspectos de garantía de una adjudicación libre, pública y competitiva.

En rigor, la novedad de este designio legislativo, como se hizo notar, no es tan grande. Ya el dictamen del Consejo de Estado número 214/92, antes citado, señalaba que “es nota característica del Derecho comunitario [en relación con la contratación pública] su carácter parcial, al centrarse de manera exclusiva en lo relativo a la adjudicación de los contratos, con cuanto ésta comporta, omitiendo toda referencia a la ejecución de los mismos” y que “sustancialmente, pues, la normativa comunitaria se concreta en la eliminación de todo tipo de discriminaciones entre contratistas nacionales y no nacionales y de restricciones para estos últimos y en la organización de una adecuada publicidad para que el proceso de licitación y de adjudicación de los contratos públicos se produzca con absoluta transparencia”.

Sí hay novedad, en cambio, en el modo de introducir estas garantías en nuestro ordenamiento interno, concretamente en nuestra legislación de contratos públicos. Pues en el presente anteproyecto la regulación de la ley se hace girar sobre un criterio funcional –tipos y cuantías de contratos–; o, si se quiere, la continuada ampliación del ámbito subjetivo del Derecho comunitario de la contratación pública, al igual que llevó en su momento a una extensión del concepto de contrato administrativo atípico o innominado –giro o tráfico de la Administración contratante– para hacer posible el control con normas públicas de toda la actividad contractual administrativa, lleva ahora a una ampliación e incluso desnaturalización del concepto de contrato administrativo típico: en realidad, ya no resulta relevante (a efectos únicamente, se insiste, de publicidad, licitación y adjudicación) el hecho de que el contrato sea administrativo sino más bien el dato de que sea típico; cuando en uno de los contratos definidos en los tipos comunitarios –sin importar que sea administrativo o privado– se supere determinada cuantía, habrán de aplicarse las normas que sobre garantía de adjudicación prevé el Derecho comunitario.

De ahí que en la estructura de la ley se abandone el tradicional esquema de parte general y parte especial, pensado tradicionalmente en nuestra legislación para la aplicación clara y sencilla de las reglas de los contratos administrativos: reglas generales para todos ellos –en su régimen completo: preparación, adjudicación, efectos y extinción–; reglas especiales según tipos –sobre las mismas materias–.

Ahora bien, el abandono de dicho esquema no es total ni podría serlo, por la razón antes apuntada de que las normas que tienen su origen en el Derecho comunitario no abarcan la totalidad de los aspectos que sí interesan al Derecho interno de la contratación administrativa. Por ello, la pretendida construcción del sistema de la ley como un sistema completo de la actividad contractual del sector público no es realmente tal, sino un troceamiento de la regulación en fases o bloques de materias, de modo que en unas el juego de los contratos típicos sujetos a regulación comunitaria (armonizada) es mayor –singularmente en materia de requisitos previos de licitación (publicidad, condiciones de solvencia, presentación de las ofertas) y en los procedimientos de adjudicación–; mientras que en otras se reconoce con toda densidad la regulación tradicional del contrato administrativo –así, en lo referente a normas generales de precio, objeto, garantías y, sobre todo, en la preparación de los contratos típicos (Título III de Libro II) y en todo lo relativo a cumplimiento, modificación, efectos y extinción de dichos contratos (Libro IV). La lectura de estas dos últimas materias hace especialmente evidente que continúa existiendo una auténtica “parte especial” para estos contratos en nuestro Derecho)–.

En resumen, pese a la intención general del anteproyecto de hacer un diseño amplio –título preliminar– en el que encuadrar tanto actividad contractual del sector público en sentido general como régimen jurídico específico de ciertos contratos administrativos, lo cierto es que en algunos puntos la lectura de la ley –en parte, ciertamente por inercia, en otra gran parte por el mayor peso específico y real de la regulación tradicional de los contratos administrativos– continúa acusando una fuerte “dependencia” de la legislación sobre régimen jurídico del contrato administrativo, con esporádicas “distorsiones” debidas a la incorporación de las exigencias comunitarias.

B) Las dos piezas que permiten entender esta forma de estructuración del anteproyecto –y que eventualmente podrían aportar una vía de solución– están expresadas en la memoria justificativa que acompaña al mismo. La primera es la tipología de las entidades contratantes, que están llamadas a aplicar la ley con diferentes niveles de intensidad y según sus regímenes contractuales –contratos administrativos o privados– propios. La segunda pieza fundamental es la construcción de la categoría de los llamados “contratos sujetos a regulación armonizada”, que permite la aplicación –o inaplicación– clara de las normas del Derecho comunitario según que los contratos superen o no las cuantías previstas por aquel. La conjunción de ambos criterios da una idea general de los diversos regímenes concretos que pueden resultar de aplicación.

En primer lugar, la memoria justificativa es clara a la hora de exponer la tipología de entidades contratantes que resulta del anteproyecto. Merece la pena por ello transcribir por extenso lo que dice sobre el particular:

“Dentro de las entidades del sector público, resulta necesario singularizar tres categorías, por su relevancia a efectos de regulación: Administraciones Públicas; entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18; y entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a la Directiva.

- Administraciones Públicas. Se definen en el apartado 2 del artículo 3, tomando como referencia la caracterización del “sector público administrativo” contenida en el artículo 3.1 LGP. Las Administraciones Públicas constituyen el núcleo de sujetos al que se aplica con mayor intensidad la ley en cuanto a las normas que rigen la preparación y adjudicación de sus contratos; adicionalmente, solo los contratos que celebren las Administraciones Públicas pueden tener carácter administrativo (artículo 20.1).

- Entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18. Se definen en el artículo 13.1 por referencia a los criterios sentados en la directiva y recogidos en la letra h) del artículo 3.1, aunque, en este caso, el carácter residual de la referencia no opera en relación con todas las entidades enumeradas en las letras a) a g) del artículo 3.1 sino solo en relación con las que, dentro de esa enumeración, [no] tengan el carácter de Administraciones Públicas, con lo que se define un ámbito más amplio. Además de por las normas del Libro I aplicables a todos los contratos del sector público, los entes integrantes de esta categoría se rigen por unas reglas bastante próximas a las de las Administraciones Públicas en la preparación y adjudicación de contratos sujetos a la Directiva 2004/18 (cfr. artículos 27, 104, 105, 173 y 174), y por unas normas con un menor nivel de exigencia en los restantes contratos (artículo 175).

- Restantes entes del sector público. Se definen negativamente por no tener el carácter de Administraciones Públicas, ni estar sujetos a la directiva: son, en definitiva, los entes que, estando incluidos en el ámbito del artículo 3.1, no se encuentran mencionados en el artículo 13.1. Además de las normas del Libro I aplicables a todos los contratos del sector público, estos sujetos deben observar unas directrices mínimas para la adjudicación de los contratos que pretendan celebrar (artículo 176”).

Respecto al juego de los contratos sujetos a regulación armonizada, su delimitación es relativamente clara (artículos 13 a 17 de la ley, incluyendo los contratos subvencionados) y únicamente interesa ahora precisar la virtualidad que pueden tener los mismos dentro de la ley. A este respecto, dice la memoria justificativa:

“Para lograr esta diferenciación [normas que provienen del Derecho comunitario y las que no tienen tal origen] se ha acuñado el concepto de “contratos sujetos a regulación armonizada”, para designar a aquellos negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sujetos a las directrices comunitarias. A la inversa y por exclusión, el concepto define también el ámbito de contratos respecto de los cuales el legislador goza de mayor libertad para su configuración”.

De la conjunción de los dos anteriores criterios resultan, pues, las siguientes posibilidades.

a) Contratos celebrados por las Administraciones Públicas

El régimen fundamental continúa siendo el de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y, dentro de estos, el de los contratos administrativos, con ciertas especialidades en el caso de que sean típicos. Para estos contratos está concebida prácticamente la ley: habrán de aplicar las disposiciones que a ellos se refieran –y son la inmensa mayoría– en el Libro I, en el Libro II (con normas especiales para los diversos contratos típicos), en el Libro III (de forma exclusiva todo el Capítulo I del Título I, que es el grueso de ese libro) y todo el Libro IV, que es de aplicación exclusiva para los mismos.

Además, sobre este régimen de máxima intensidad para los contratos administrativos, apenas tiene relevancia la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y los que no lo están. Casi la única diferencia de régimen apreciable entre unos y otros es la diversa exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículos 125 y 126 del anteproyecto): algo que ya ocurre en el vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que la memoria justificativa considera una técnica de regulación “aceptable cuando se aplica a Administraciones Públicas, habida cuenta de que las normas que rigen su contratación han sido tradicionalmente más estrictas en nuestro derecho que en el comunitario”. En este primer nivel de intensidad opera también una tradicional distinción de régimen, según se trate o no de contratos menores por su cuantía (artículo 122.3).

Por último, la celebración de contratos privados por las Administraciones Públicas, es decir que sean privados por su objeto (artículo 20.1, segundo párrafo), encuentra obviamente sus propias reglas (artículo 20.2), que son en esencia las mismas que existen según la regulación vigente.

b) Contratos celebrados por entes del sector público creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

Se hace referencia ahora a los contratos celebrados por todos aquellos entes, organismos o entidades del sector público que, sin tener el carácter de Administración Pública (artículo 3.2

de la ley), cumplen los criterios del artículo 13.1 del anteproyecto (es decir, “organismos de Derecho público” según el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE). Es relativamente importante –como se verá– que las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales no tienen la consideración de Administraciones Públicas a efectos de esta ley (artículo 3.2.e], último párrafo, del anteproyecto).

Los contratos que celebren estos entes del sector público son todos ellos, por razón de los sujetos contratantes, contratos privados. Por ello, el criterio relevante para que esos contratos queden sujetos a las reglas de preparación y adjudicación jurídico-públicas de la ley es que los contratos que celebren sean típicos –de uno de los tipos que pueden celebrar según la ley: obras, concesión de obras públicas, suministro y servicios–. A su vez, dichos contratos podrán quedar sujetos o no a regulación armonizada, según su cuantía.

Pues bien, para los contratos celebrados por estas entidades del sector público sujetos a regulación armonizada, incluyendo los contratos subvencionados (el que podría denominarse segundo régimen de intensidad), la ley prevé las siguientes reglas. En materia de preparación, deberán observar las reglas sobre especificaciones técnicas, condiciones especiales de ejecución e información sobre ciertas condiciones de los artículos 101, 102 y 103, respectivamente (artículo 104.1) y además las reglas especiales para cada contrato típico del Título III del Libro II. En adjudicación, deben observar las mismas reglas que los contratos administrativos con algunas adaptaciones en menos (artículos 174 y 177). En este segundo nivel de intensidad opera también una distinción inferior de régimen –similar a la que existe en los contratos administrativos menores– según la cuantía (104.2).

En cuanto a los contratos celebrados por las entidades del sector público no sujetos a regulación armonizada (el que podría llamarse tercer nivel de intensidad), la ley, en materia de preparación, prevé una serie de normas mínimas cuando los contratos superen la cuantía de 50.000 euros (artículo 104.2), y, en sede de adjudicación, se les exigen una serie de reglas en forma de principios, la aprobación de unas instrucciones sobre procedimientos de contratación y cierta publicidad (artículo 175).

c) Contratos celebrados por otros entes del sector público

Por exclusión de todos los sujetos anteriores, pueden celebrar también contratos en el ámbito del sector público aquellos entes, organismos o entidades que se contemplen en el artículo 3.1 pero no cumplen las condiciones del artículo 13.1 del anteproyecto (es decir, que no sean “organismos de Derecho público” ni, por tanto, en forma alguna “poderes adjudicadores” según el artículo 1.9 de la directiva). Es decir, entidades que no satisfagan en su actuación necesidades de interés general.

Los contratos celebrados por estos sujetos, todos ellos privados, encuentran en la ley las reglas generales que les resultan de aplicación del Libro I y las someras normas que, en materia de adjudicación, prevé el artículo 176: principios de publicidad, concurrencia, transparencia, etc.; directriz de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, e instrucciones internas que aseguren la efectividad de aquellos principios y de esta directriz, informadas por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad. Además, se incluye para ellos en la ley lo previsto por el artículo 250 (apartados 2, 3 y 4) en lo relativo a las adjudicaciones de contratos de obras que hayan de realizar a terceros, cuando sean concesionarios de obras públicas. También pueden utilizar los instrumentos de racionalización técnica de la contratación, adaptándose a lo previsto en la ley, en contratos sujetos a regulación armonizada (según la interpretación más razonable del artículo 179 del anteproyecto).

C) A la vista de cuanto antecede, cabe plantear cuáles son las consecuencias resultantes de esta estructuración interna de la ley, es decir si es apta para conseguir los objetivos que se propone –las que coloquialmente podrían denominarse “ventajas” de esta sistemática– y si, por otra parte, no genera riesgos y problemas de mayor calado.

En cuanto a las primeras, confesadamente la ley persigue los siguientes objetivos (apartado II de la exposición de motivos, memoria justificativa):

- Definición amplia de su ámbito de aplicación. Con las reglas previstas actualmente en el anteproyecto, ciertamente se define de forma amplia el ámbito subjetivo de la ley –en términos semejantes a como quedaba la regulación vigente tras el Real Decreto-ley 5/2005–. Pero nada añade de sustancial a la regulación anterior. Quizá la ventaja pueda cifrarse en la posibilidad de esta estructura para –en palabras de la exposición de motivos– servir de “nicho normativo para que, en línea con las posiciones que postulan una mayor disciplina en la actuación del sector público en su conjunto, puedan incluirse reglas para sujetos que

tradicionalmente se han situado extramuros de esta legislación”. Pero, con la regulación actualmente proyectada, dicho objetivo no parece que haga necesario un replanteamiento sistemático como el que se aborda.

- En segundo lugar, identificación funcional precisa del área normativa vinculada a regulaciones europeas. Como se ha visto, esta “identificación” para el caso de los contratos administrativos es de muy poco relieve (apenas una diferencia en el régimen de publicidad). Donde realmente vendría a operar una diferencia de régimen que hiciese preciso distinguir entre contratos sujetos y no sujetos a regulación comunitaria, es justamente para el resto de entes del sector público. Y estos, como también se ha analizado, se caracterizan por unos regímenes no muy extensos: o bien se asemejan en mucho al de los contratos administrativos (el que se ha llamado segundo nivel de intensidad); o bien siguen encontrando por ahora pocas normas jurídico-públicas de actuación (tercer y cuarto nivel). Dicha diferenciación podría conseguirse de otra manera.

- En fin, aunque de forma expresa la exposición de motivos no se haga eco de ello, debe apuntarse una consecuencia más, cercana pero no idéntica a la anterior. Se trata de la que podría llamarse “flexibilización” de la regulación para algunos entes del sector público que no son Administraciones Públicas y creados para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles. Algunos de estos entes, según la regulación hoy vigente –muy destacadamente, las entidades públicas empresariales estatales y sus asimiladas autonómicas o locales–, aplican íntegramente la regulación prevista para los contratos administrativos. Según lo previsto en el anteproyecto, estas entidades (ya no consideradas Administración Pública a estos efectos), caso de que celebrasen contratos no sujetos a regulación armonizada, no deberían aplicar tan rígidamente dicho régimen: pasarían, por decirlo de forma gráfica, del segundo al tercer nivel. Es decir, la estructura proyectada serviría, no sin complicación, a una ampliación del ámbito subjetivo y una identificación funcional de las normas que para ciertos sujetos proceden en más del Derecho comunitario y también para que determinados contratos tradicionalmente administrativos vengan ahora a quedar sujetos en menos al Derecho interno.

Junto a todo ello han de tenerse en cuenta los riesgos, complejidades y dificultades que origina la presente estructura.

En primer lugar, la estructura adoptada adolece de un error de concepción –o más bien de construcción– que ya ha sido advertido. Se trata de la circunstancia de que se presenta como una norma de la actividad contractual del sector público (artículo 1.1) cuando, incluso con la regulación proyectada, el grueso de la regulación sigue girando sobre normas pensadas para las Administraciones Públicas. Ello da lugar a problemas sistemáticos y en ocasiones sustantivos (confusión de regímenes). Simplemente, por poner algunos ejemplos, el Libro I trata según su rúbrica de la configuración general de la contratación del sector público; sin embargo, basta leer las rúbricas de los capítulos para ver que hay alguno únicamente aplicable a Administraciones Públicas (revisión de precios, garantías); si se desciende al nivel de los artículos, la aplicabilidad únicamente a Administraciones Públicas se multiplica (artículo 24, artículo 28.2 relativo a formalización, artículo 49.2 para prohibiciones de contratar, etc.). Algo similar sucede en diversos preceptos del Libro II; así, en el Título III de este –que resulta de aplicación tanto a Administraciones Públicas como a otros sujetos cuando celebren contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 105)–, se localizan, junto a artículos que precisan adecuadamente “la Administración o la entidad contratante”, algunos preceptos en sede de contrato de concesión de obras públicas que únicamente tratan de “la Administración concedente” (artículos 113 a 115) u otros que solo hablan de “la Administración” en sede del contrato de obras: artículo 112 o artículo 108.4, el caso de este último se presta especialmente a confusión, pues remite a los artículos 286 a 288 sobre responsabilidad por errores en el proyecto, preceptos que se encuentran en el Libro IV, solo referente a contratos administrativos y que por tanto limitan la posibilidad de exigencia de dicha responsabilidad a las Administraciones Públicas: de ahí que si el artículo 108.4 quisiera limitar su aplicación a las Administraciones, debiera precisarlo expresamente. También existen, en fin, casos en los que sucede lo contrario: localización, en una sede específica de contratos administrativos, de preceptos referidos al régimen contractual de otras entidades (ejemplo paradigmático es el artículo 250, como ya se ha visto, que prevé normas de adjudicación a aplicar por entidades del 13.1 [apartado 1] o por entidades del sector público excluidas del 13.1 [apartados 2, 3 y 4]). En general, la nueva estructura origina no pocos problemas que fuerzan a constantes precisiones relativas a los sujetos para los que resulta aplicable una concreta norma.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, existe un problema de construcción sistemática (que también implica alguno sustantivo o de régimen), derivado una vez más de la dificultad de origen consistente en la regulación conjunta de contratos administrativos y garantías de contratación del sector público. Se trata de una cuestión no ya tanto de delimitación, cuanto de decisión de la exigencia que se quiere aplicar a los contratos celebrados por entidades públicas del artículo 13.1 del anteproyecto: si se quiere dotar a estos solo del régimen propio de los contratos armonizados –el que se llamó segundo nivel de intensidad– o si quiere extenderse a los mismos también la aplicación de ciertas garantías aun cuando contraten por debajo del umbral. Es un asunto que, en ocasiones, excede de la mera sistemática. Así, se plantea en primer lugar en la incorporación de aquellas novedades del Derecho comunitario contenidas en el Libro III del anteproyecto: como se verá, en línea con lo previsto por la Directiva 2004/18/CE, algunas de tales novedades se reservan a la Administración Pública (subasta electrónica, diálogo competitivo), en otras en cambio (acuerdos marco, sistemas dinámicos, centrales de contratación) parece que se quiere permitir su uso a estas y a otras entidades del sector público –con una deficiente regulación, según se observará en su momento–. Junto a ello, existe un problema diverso, cual es el de la aplicación de ciertas reglas jurídico-públicas de contratación a las entidades del artículo 13.1 aun cuando contraten por debajo del umbral. Es esta una cuestión sustantiva de régimen de tales entidades, que afecta a diferentes aspectos –preparación, adjudicación, recurso– y sobre la que se volverá en el momento oportuno.

En fin, aunque quizá sea lo más relevante, el régimen de los contratos típicos se ha complicado notablemente. Para localizar el régimen completo de un contrato típico que se pretenda celebrar conforme a la ley, y partiendo simplemente de los dos regímenes más completos –es decir, el de contratos celebrados por Administraciones Públicas y el de los celebrados por entes del sector público creados para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles, que estén sujetos a regulación armonizada–, la selección de las normas aplicables obliga a recorrer prácticamente todos los libros de la ley para encontrarlas. Así, un contrato de obras, de suministro, de servicios o de gestión de servicios públicos –en este último caso solo por lo que hace a Administraciones Públicas– encuentra sus reglas de aplicación en las normas generales del Libro I (distinguiendo a su vez si el sujeto contratante es Administración Pública o no); en el Libro II, las normas generales de preparación (haciendo la misma distinción) y las específicas de preparación del contrato típico de que se trate; las de adjudicación del Libro III (distinguiendo nuevamente), y finalmente en el Libro IV –solo si el contrato es administrativo, es decir celebrado por una Administración Pública– encuentra las reglas generales sobre efectos, modificación y extinción y las específicas del contrato típico. En fin, si el contrato es de colaboración entre el sector público y el sector privado –que solo pueden celebrar las Administraciones Públicas– o de concesión de obras públicas, la dispersión es aún mayor, pues se trata de contratos marcados por fuertes especialidades y para los que se dan reglas aún más específicas. Así se observará respecto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (por ejemplo, encuentra la regla especial de adjudicación siempre por el procedimiento de diálogo competitivo, que marca intensamente toda su regulación; en su ejecución, funciona como un contrato mixto según la prestación principal; etc.) y respecto del contrato de concesión de obras públicas (la localización de normas especiales comienza ya en sede de aptitud del contratista [artículo 46.2]; en sus normas de preparación se incluye lo relativo al contenido de las proposiciones de licitación [artículo 116.1.c]; en adjudicación hay una regla específica de plazo en el artículo 148.1; y tiene una regulación de su ejecución especialmente intensa en su capítulo correspondiente del Título II del Libro IV).

D) Todo lo anterior lleva a sugerir la conveniencia de un replanteamiento de la estructura del anteproyecto. Debería hacerse un esfuerzo por encontrar una sistemática de aquel que, dando respuesta a los objetivos pretendidos y expresados por el Departamento proponente, no diese lugar en cambio a los inconvenientes que presenta la estructura proyectada. Debe tenerse en cuenta, además, que la transposición de la Directiva 2004/18/CE y la introducción de los criterios subjetivos de aplicación del Derecho comunitario no conducen forzosamente a una estructuración de la ley tal y como la que pretende el anteproyecto.

Un intento en tal sentido debería tener en cuenta, fundamentalmente, a juicio del Consejo de Estado, lo siguiente:

1.º) Desde la perspectiva del Derecho comunitario, que a este le importa esencialmente la aplicación del principio de igualdad de trato a las nacionales de todos los Estados miembros, y se circunscribe a las fases de preparación y adjudicación de determinados contratos

públicos (obras, servicios y suministros) que superan un determinado umbral cuantitativo. Y que este principio de igualdad de trato ha de aplicarse también por los “poderes adjudicadores”, que se delimitan de acuerdo con un concepto funcional (como es lógico cuando se pretende conseguir un resultado en términos de realidad económica, y no de formas jurídicas).

2.º) Desde la perspectiva del Derecho interno, la ley regula, en relación con las Administraciones Públicas –tal como las define el artículo 3.2–, el régimen completo del contrato (preparación, adjudicación, efectos y extinción); además, la regulación de los contratos administrativos típicos sigue teniendo una elaboración normativa muy detallada. Desde esta misma perspectiva, el anteproyecto se considera obligado a regular las fases de preparación y adjudicación de los contratos objeto de regulación comunitaria (contratos sujetos a una regulación armonizada); prescindiendo, sin razón alguna sólida, de regular en el mismo sentido estas mismas fases respecto de los contratos que no lleguen al umbral cuantitativo de la directiva (con la excepción, obvia, de la innecesariedad de publicidad comunitaria). En fin, todavía desde el punto de vista del Derecho interno, al resto del sector público le son de aplicación determinados preceptos.

Pues bien, a efectos de la mayor claridad y coherencia con el Derecho comunitario, parece que una estructura adecuada sería la siguiente:

- Regular en primer lugar, de forma completa, los contratos de las Administraciones Públicas tanto en la parte general como en relación a cada uno de los contratos. Esto constituiría la regulación troncal de referencia. Esta regulación detallada de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas comprendería todas las normas pensadas para ellos en los actuales libros I a IV con carácter general –también, claro está, algunas normas novedosas como las relativas a “racionalización técnica de la contratación”–, y a continuación las normas específicamente pensadas para los contratos típicos en los libros II y IV (es decir, una recuperación del criterio parte general/parte especial por lo que hace a contratos de las Administraciones Públicas). En todas estas normas, las mínimas exigencias impuestas adicionalmente por el Derecho comunitario se introducirían directamente, tal y como por lo demás sucede en la regulación proyectada (artículos 125 y 126 del anteproyecto).

- En segundo término, y con referencia a esa regulación troncal, regular los contratos de los demás poderes adjudicadores. Esta regulación se aplicaría a los que antes se han denominado segundo y tercer nivel de intensidad, es decir a aquellos sujetos que requieren, bien de una flexibilización de las tradicionales exigencias de los contratos administrativos al tiempo que un sometimiento a las normas comunitarias cuando celebren contratos por encima de ciertas cuantías (poderes adjudicadores que celebren contratos sujetos a regulación armonizada, segundo nivel), o bien que requieren simplemente que los contratos que celebren queden sometidos a ciertas exigencias comunitarias (esos mismos sujetos cuando contraten por debajo de los umbrales comunitarios, tercer nivel). En cualquier caso, resultaría deseable, como se ha dicho, que tampoco respecto a estos sujetos se hiciese distinción entre contratos por encima y por debajo del umbral comunitario, resultándoles de aplicación las mismas reglas respecto a la preparación y adjudicación.

- A continuación, regular, también con referencia a esa regulación troncal, la contratación de los demás entes que forman parte del sector público.

- En el Título Preliminar se contendrían las normas relativas a la definición de un ámbito subjetivo de aplicación amplio –tal y como después se dirá al tratar de este– y las demás de aplicación general que se prevén en el anteproyecto. En lo relativo a las garantías o recursos para garantizar una adjudicación libre y competitiva que también impone el Derecho comunitario, su regulación podría hacerse también en el Título Preliminar o bien como parte de la regulación troncal de las Administraciones Públicas, incluyendo después convenientemente las diferencias de régimen que resulten precisas cuando el sujeto sea un poder adjudicador distinto de aquellas u otro sujeto del sector público.

Ello significaría una reelaboración de la ley que ganaría en claridad sin perder su contenido, y que facilitaría su utilización por todos los operadores jurídicos.

Lo cual se estima muy importante, porque los poderes del Estado han de valorar -ya desde la fase de anteproyecto- el impacto que va a producir la ley y la facilidad de asimilación, entendimiento y aplicación por todos los destinatarios.

VIII. Aspectos generales de técnica normativa

1. Ajustes normativos

El anteproyecto de Ley sometido a consulta contiene determinadas regulaciones o referencias a textos legales, que requerirían de ciertos ajustes normativos. Estos son de dos clases: en

primer lugar, ajustes que resultan necesarios por referirse a regulaciones o a textos legales que han sido desplazados por otros actualmente en vigor (apartados a] y b] siguientes); en segundo lugar, conveniencia de adaptar determinados artículos o algunas referencias del anteproyecto a la normativa sobre esas materias actualmente en tramitación –en fase de anteproyecto o de proyecto de ley– (apartados c] y d]).

a) Referencia a la nueva causa de prohibición de contratar añadida por la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado

Una vez remitido el expediente sobre el presente anteproyecto al Consejo de Estado, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Esta ley establece “las obligaciones que incumben a los miembros del Gobierno y a los altos cargos de la Administración General del Estado para prevenir situaciones que puedan originar conflictos de intereses” y para ello da normas sobre “los requisitos a que han de someterse los titulares de determinados órganos con carácter previo a su nombramiento” (Título I) y sobre “prevención de situaciones de conflictos de intereses” de dichas personas (Título II) [cfr. párrafos primero, tercero y cuarto del preámbulo]. Entre estas últimas, se prevén determinadas “limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese” (artículo 8), una de las cuales consiste en que “durante los dos años siguientes a la fecha de su cese los altos cargos, a los que se refiere el artículo 3, no podrán desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado” (apartado 3 de ese artículo), de modo que si la Oficina de Conflictos de Intereses estima “que la actividad privada que quiera desempeñar una persona que hubiera ocupado un alto cargo vulnera lo previsto en el apartado 1”, tras la comunicación al interesado y las eventuales alegaciones de este, “propondrá la resolución que proceda” (apartado 5).

A su vez, la infracción de la norma del artículo 8.1 se considera infracción muy grave (artículo 17.1.a] de la ley) y se sanciona según lo previsto en el artículo 18 de la ley. El artículo 18.5 precisa: “En el supuesto previsto en el artículo 8.5 si la empresa o sociedad prosiguiera con la contratación de la persona que ha vulnerado lo establecido en el apartado 1 del mismo, la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la declaración de incumplimiento de la ley llevará aparejada además la prohibición a la empresa o sociedad para contratar con el sector público estatal, autonómico o local, durante todo el periodo que sea aplicable la limitación prevista en el artículo 8.1. A tal fin la Oficina de Conflictos de Intereses procederá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”.

Por último, la disposición final segunda de la Ley 5/2006 añade una nueva letra l) al artículo 20 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en los siguientes términos: “Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el Boletín Oficial del Estado el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo”.

En el anteproyecto de Ley sometido a consulta, la regulación de las prohibiciones de contratar se hace en los artículos 49 (determinación de las causas de prohibición de contratar, lo que se corresponde con la regulación del artículo 20 del vigente texto refundido; en el anteproyecto se distingue entre prohibiciones de contratar con el sector público [apartado 1] y con las Administraciones Públicas [apartado 2]) y 50 (forma y plazo de declaración de la prohibición, lo que se corresponde con el artículo 21 del vigente texto refundido).

Cabe destacar que en el artículo 49.1.f) del anteproyecto, se añadió, en una de las últimas versiones, un segundo párrafo a instancia del Ministerio de Administraciones Públicas, dirigido a coordinar la regulación del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público con la regulación del entonces anteproyecto de la Ley 5/2006. Este párrafo debiera pues suprimirse.

En cuanto a la manera de introducir la nueva regulación en el anteproyecto, debe diferenciarse:

- Por un lado, la causa de prohibición de contratar (esto es, la primera frase que la disposición final segunda de la Ley 5/2006 introduce como artículo 20.I] del vigente texto refundido: Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el Boletín Oficial del Estado el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo) podría contenerse como un nuevo apartado g) del apartado 1 del artículo 49 del anteproyecto.

Respecto a esta causa, queda la duda de si el último párrafo del artículo 49.1.f) del anteproyecto –extensión de la prohibición de contratar a ciertas personas cercanas– quiere también aplicarse a esta nueva causa de prohibición de contratar. De ser así, podría reiterarse después de cada una de las causas, (apartados f] y g]), o como un párrafo final del artículo referido expresa y únicamente a ambas.

- Por otro lado, lo relativo a la duración de la prohibición (es decir, la segunda frase que la disposición final segunda de la Ley 5/2006 introduce como artículo 20.I] del vigente texto refundido: La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo) debería introducirse en el artículo 50 del anteproyecto. Quizá lo más correcto fuera hacerlo como un párrafo del artículo 50.1, por ejemplo con esta redacción: La prohibición de contratar prevista en la letra g) del apartado 1 del artículo anterior se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo. Por último, en cuanto al artículo 50 del anteproyecto y su coordinación con lo hoy previsto por el artículo 18.5 “in fine” de la Ley 5/2006 (es decir, que “a tal fin [comunicación de la prohibición] la Oficina de Conflictos de Intereses procederá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”), es claro que hoy dicha remisión debe entenderse hecha al artículo 50.5 de la Ley de Contratos del Sector Público, pero es una modificación que deberá producirse en su día respecto de la Ley 5/2006.

b) Actualización de la referencia a la suspensión de pagos (artículo 246.2)

Otro necesario ajuste en el anteproyecto es el que debe hacerse en el artículo 246.2 de aquel. Se refiere el precepto a la aplicación de las causas de resolución en el contrato de concesión de obras públicas. Mientras que la enumeración de las causas de resolución se ha actualizado a las categorías de la Ley Concursal (el artículo 245.b) establece como causa de resolución la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento), no ha sucedido lo mismo con el artículo 246.2, que sigue hablando de la suspensión de pagos.

Con independencia de cómo quede redactado el resto del artículo 246.2, la regla sobre la aplicación de la causa de resolución prevista para el contrato de concesión de obras públicas por el artículo 245.b), debe establecerse de modo similar al que figura en el artículo 207.2 del anteproyecto respecto a la aplicación de esta causa de resolución con carácter general; es decir, debe establecerse, con la redacción que se estime conveniente, que la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato.

c) Referencia a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, los transportes y los servicios postales (disposición adicional undécima)

La disposición adicional undécima es uno de los preceptos del anteproyecto en los que se plantea la cuestión relativa a la existencia de un anteproyecto o proyecto de ley actualmente en tramitación, y las consecuencias que ello debe tener sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público sometido a consulta.

El Consejo de Estado considera que los dos principios que deben guiar la actuación en esta materia son: 1º) incorporación y coordinación lo más amplia posible de la normativa en fase de tramitación, siempre que resulte precisa y no contradictoria con la legislación actualmente en vigor, en el texto del anteproyecto de Ley sometido a consulta; y 2º) diferimiento de todos aquellos aspectos que dependan de la definitiva aprobación de la normativa en cuestión –tales como su denominación, numeración, etc.– hasta el momento en que dicha aprobación se haga efectiva. En este punto puede jugar un importante papel el conocimiento de la

tramitación que tenga el Departamento proponente, en especial si la elaboración de los diversos anteproyectos ha sido de su competencia.

Desde este punto de vista, la disposición adicional undécima del anteproyecto cumple con el primero de los objetivos señalados –además de que responde a la transposición del artículo 12 de la Directiva 2004/18/CE–. Ahora bien, hace repetidas alusiones a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, añadiendo por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE. Es claro que, a la fecha de emisión de este dictamen, no existe tal ley en nuestro ordenamiento ni se ha procedido a incorporar mediante ella ni mediante ninguna otra norma la Directiva 2004/17/CE. Al Departamento proponente le corresponde la coordinación en la tramitación de ambos textos legales y en las pertinentes referencias a uno u otro, según los principios antes mencionados.

d) La conveniencia de ajustarse a otras normas en fase de tramitación

Un problema similar al que se acaba de tratar se presenta en diversas materias que son objeto de regulación en el anteproyecto, y respecto de las que existe una elaboración normativa en paralelo que afecta a determinados puntos de ella.

Así, durante la tramitación de este expediente se ha hecho referencia a las siguientes normas en curso de elaboración: proyecto de Ley de Agencias; proposición de Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción; trabajos preparatorios de una Ley básica del Gobierno y de las Administraciones Locales. Además, algunos preceptos del anteproyecto hacen referencia a artículos de otras leyes (por ejemplo, artículo 42 del Código de Comercio) respecto a los que existe también una tramitación normativa dirigida a modificarlos (en el caso citado, anteproyecto de Ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, sobre el que este Consejo emitió el dictamen 405/2006, de 20 de abril).

Es claro que, en los aspectos referentes a estas normas que se encuentran en tramitación, sería deseable lograr el máximo grado de coordinación entre las diversas regulaciones, atendiendo a la seguridad jurídica de los futuros destinatarios y a la evitación de sucesivas y parciales modificaciones en dichas materias. Todo ello teniendo en cuenta, claro está, el grado de tramitación en que se encuentre la normativa proyectada y la efectiva posibilidad de adaptación a la misma.

En cualquier caso, la sugerencia que se hace en este sentido se dirige sobre todo a la elaboración de futuras normas, habida cuenta de que sobre esos aspectos hubiera resultado necesaria la audiencia por extenso, en el presente anteproyecto, a los sectores sociales afectados.

2. Remisiones

Este Consejo ha recordado con frecuencia, respecto a esta técnica, que “utilizadas con prudencia las remisiones normativas, tanto internas como externas a la Ley, pueden facilitar el más exacto entendimiento de los preceptos. Pero traspasado un determinado umbral, no fácil de fijar en abstracto, la profusión de remisiones puede dificultar y hasta impedir una normal intelección de la Ley. De ahí que el Consejo de Estado venga recomendando la reducción de las remisiones hasta lo estrictamente indispensable, prefiriéndose que las remisiones no se hagan puramente a un número determinado de un artículo sino que venga este acompañado de una mención conceptual que facilite la comprensión” (dictamen 1571/2005, de 13 de octubre).

En el anteproyecto de Ley sometido a consulta, el empleo de las remisiones –la mayoría de las veces, al propio texto de la ley– es muy abundante.

Debe tenerse en cuenta, ante todo, lo ya señalado al tratar de la estructura del anteproyecto. Dada la singular forma de construcción a la que responde la ley proyectada, el uso de remisiones es prácticamente inevitable. Junto a las remisiones propiamente dichas, numerosos preceptos de la ley acotan su ámbito de aplicación conteniendo una referencia a los sujetos o al régimen contractual para el que resultan aplicables. Por ejemplo, solo en los artículos 27 y 28 se advierten las siguientes expresiones de este tipo: los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos de las restantes entidades del sector público cuando estén sujetos a regulación armonizada (artículo 27.1); los contratos del sector público (artículo 27.2); los entes, organismos y entidades del sector público (artículo 28.1) y los contratos que celebren las Administraciones Públicas (...), sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores (...) (artículo 28.2). Además, en los dos apartados del artículo 28 hay remisiones a números de artículos de la ley, donde se contiene el régimen o la salvedad a aplicar en el caso concreto. Los ejemplos en el texto del anteproyecto podrían multiplicarse.

Incluso se da el caso, frecuente, de rúbricas de secciones, capítulos y títulos que contienen una referencia delimitadora del tipo de las descritas; así, el Capítulo Único del Título II del Libro II (Reglas aplicables a la preparación de los contratos celebrados por las entidades mencionadas en el artículo 13.1 que no tengan el carácter de Administraciones Públicas) o las tres secciones del Capítulo II del Título I del Libro III.

En todos estos casos, y sobre todo cuando se trata de preceptos que contienen una referencia a un régimen concreto, el Consejo de Estado encarece en primer lugar la conveniencia de cuidar la precisión. Como ya se dijo, es necesario que cada artículo que contenga una expresión en este sentido sea unívoco, preciso y no contradictorio con otra regulación de la ley.

Sentado lo anterior, este Consejo también considera necesario que el número de remisiones –en el sentido estricto de artículos que envían a otro de la misma ley o de otra diferente para localizar la norma aplicable– se limite a lo indispensable. Cuando no se pueda prescindir de la remisión, que esta se haga, no solo al número del artículo, sino que se acompañe “de una mención conceptual que facilite la comprensión” (dictamen 1571/2005, antes citado). En todo caso, son desaconsejables las remisiones sucesivas, de un artículo a otro y de este a otro posterior. Por vía de ejemplo, puede señalarse alguna remisión especialmente complicada que debería ser corregida:

- Así, el artículo 304.1 del anteproyecto se refiere a los casos en que la inscripción en los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas es voluntaria para los empresarios, y lo hace sin perjuicio de lo señalado en el artículo 58 y en el apartado 2 del artículo anterior. La segunda de estas remisiones lleva al artículo 303.2, que a su vez remite al artículo 50.4 para determinar qué prohibiciones de contratar se habrán de inscribir en el Registro. Este último delimita, en fin, dichas prohibiciones, pero no sustantivamente, sino refiriéndose a las de las letras c) y e) del apartado 1 del artículo anterior, a las establecidas en su apartado 2 y a la causa prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo anterior.

- Otro caso sería el del artículo 298.1 del anteproyecto, que comienza diciendo en los procedimientos regulados en la sección 6ª, capítulo I, título I, Libro III (...). Precepto en el que resultaría mucho más sencillo decir en los concursos de proyectos (podría añadirse luego, aunque no parece necesario, la sede en que se regulan).

Todo ello debe dar lugar a una completa revisión del texto para hacer más cómodo su manejo y más sencilla su intelección.

3. Habilitación para el desarrollo reglamentario

Como se puso de relieve con carácter general, la norma proyectada debería hacer un esfuerzo por deferir al desarrollo por norma reglamentaria de todos aquellos aspectos que, por constituir una regulación de detalle o ser materia sujeta a modificaciones y ajustes de carácter técnico, podrían quedar fuera del texto de la ley.

Para ello podría contener una disposición que habilitase con carácter general a tal desarrollo reglamentario y, en particular, en las materias que según lo dicho pudieran quedar sujetas a tal desarrollo (por ejemplo, las contenidas en los anexos de la ley).

4. Extensión de ciertos artículos

“Los artículos no deben ser excesivamente largos. Cada artículo debe recoger un precepto, mandato, instrucción o regla, o varios de ellos, siempre que respondan a una misma unidad temática. No es conveniente que los artículos tengan más de cuatro apartados. El exceso de subdivisiones dificulta la comprensión del artículo, por lo que resulta más adecuado transformarlas en nuevos artículos” (punto 30 de las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005).

De acuerdo con esta directriz, deberían corregirse los artículos del anteproyecto excesivamente largos. Especialmente inadecuada resulta la técnica normativa seguida, por ejemplo, en el artículo 116.1 del anteproyecto, que entrecruza dos enumeraciones de diverso origen y distribuidas en muchos apartados. Así, se enumeran las menciones que deben contener los pliegos de cláusulas administrativas particulares en el contrato de concesión de obras públicas (11 apartados) y, a propósito de la tercera de ellas, contenido de las proposiciones, se regula lo relativo a los extremos que deberán contener estas (siete apartados). Debería dedicarse a esta última materia un artículo aparte.

5. Entrada en vigor

Nada dispone la disposición final décima sobre el particular. El órgano proponente ha manifestado, en respuesta a ciertas observaciones, la intención de dar a la norma un período de “vacatio legis” relativamente largo (seis meses), lo cual se estima indispensable por parte de este Consejo, habida cuenta del número e intensidad de adaptaciones que tanto las

entidades contratantes como los operadores económicos se verán obligadas a realizar en virtud de las nuevas normas.

IX. Título Preliminar

A. Ámbito subjetivo de aplicación y regímenes contractuales

1. Evolución del Derecho comunitario en la materia

El Derecho comunitario de la contratación pública pretende la aplicación de sus reglas a todas las entidades de los Estados miembros que puedan considerarse “poderes adjudicadores”, y, en algunos casos, con mayor intensidad a todos los sujetos que se consideren “organismos de Derecho público” según esas mismas reglas.

La definición de “poderes adjudicadores” y de “organismos de Derecho público” se recogió en las llamadas directivas “clásicas” sobre contratación de servicios, suministro y obras (respectivos artículos 1.b] de las Directiva 92/50/CEE –aunque esta hablaba de “entidad adjudicadora” y no de “poderes adjudicadores”–, 93/36/CEE y 93/37/CEE) y se recoge hoy, en esencia en los mismos términos, por el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE. Este artículo dispone lo siguiente:

“Son considerados ‘poderes adjudicadores’: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público. Es considerado ‘organismo de Derecho público’ cualquier organismo: a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas”.

Sobre esta base –la del artículo 1.b) de la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, fundamentalmente–, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) ha elaborado una amplia jurisprudencia en torno al concepto de organismo de Derecho público.

La Sentencia del TJCE de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, precisó que los tres requisitos “tienen un carácter acumulativo” (apartado 21) y, respecto al primer requisito, que “dicha entidad [se refería a la ‘Österreichische Staatsdruckerei’, imprenta estatal austriaca], en virtud de la legislación que la regula, ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil” (apartado 24) y más precisamente “con la finalidad específica de satisfacer estas necesidades de interés general. A este respecto, es indiferente que, además de cumplir dicha función, dicha entidad pueda desempeñar otras actividades, como la producción de otro material impreso, así como la edición y la distribución de libros. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por la ÖS, como señaló el Gobierno austriaco en sus observaciones escritas, tampoco es pertinente, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer” (apartado 25).

Posteriormente, la Sentencia del TJCE de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, reafirmó en primer lugar la doctrina anteriormente mencionada sobre el primer requisito y precisó que “el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas” (apartado 53, aunque admitiendo que “la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil” [apartado 49]). Sobre el segundo requisito, relativo a la personalidad jurídica, afirmó que “es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la Sentencia del Tribunal de

Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, apartado 11). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer. Por consiguiente, (...) la existencia o inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de apreciarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones en las que se especifiquen dichas necesidades” (apartados 62 y 63).

También la Sentencia del TJCE de 1 de febrero de 2001, Comisión c. Francia, C-237/99, reiteró esta jurisprudencia respecto a la indiferencia de la forma jurídica para la apreciación de concurrencia del primer requisito; en particular estimó que “si bien las SA VAM [sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado] son sociedades comerciales, su actividad está, sin embargo, detalladamente regulada” (apartado 50) y que dichas entidades “cumplen también los tres requisitos que, conforme a ésta [Directiva 93/37/CEE], caracterizan a un organismo de Derecho público y son entidades adjudicadoras” (apartado 60).

En fin, precisiones relativas a las tres condiciones que alternativamente permiten entender cumplido el tercer requisito –actividad mayoritariamente financiada por organismos de Derecho público, o gestión sometida a un control por parte de estos, u órgano de administración, de dirección o de vigilancia compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por aquellos– se hicieron en la ya citada Sentencia de 1 de febrero de 2001 Comisión c. Francia, respecto a la condición de la gestión sometida a un control público (“la gestión de las SA VAM está sujeta a un control de los poderes públicos que les permite influir en las decisiones de éstas en materia de contratos públicos” [apartado 59]) y en la Sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2000, Universidad de Cambridge, C-380/98, por lo que hace a la condición de actividad mayoritariamente financiada por organismos de Derecho público (apartado 26).

2. Evolución de la legislación española

El texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, estableció un sistema de delimitación del ámbito subjetivo y aplicación de sus normas basado, como se dijo, en la aplicación del régimen más intenso en el caso de contratos celebrados por Administraciones Públicas y la extensión de este a determinadas entidades de Derecho público que cumpliesen ciertos requisitos (artículo 1.3); o a otras entidades de Derecho público que, aun sin cumplirlos, celebrasen contratos por encima de ciertas cuantías, a las que se aplicaban las normas de capacidad, publicidad, licitación y adjudicación (artículo 2.1); o, en fin, a las sociedades mercantiles bajo control público, que debían observar ciertos principios en la adjudicación de sus contratos (disposición adicional sexta).

La Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003, Comisión c. España, C-214/00, condenó al Reino de España por incumplimiento de la Directiva 89/665/CEE, “al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público” (apartado 102 y punto 1 del fallo). La sentencia se basó en que, con arreglo a la jurisprudencia comunitaria antes citada, “el estatuto de Derecho privado no constituye un criterio que pueda excluir su calificación [la de las mencionadas sociedades] como entidad adjudicadora en el sentido del art. 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del art. 1, apartado 1 de la Directiva 89/665” (apartado 55).

Pocos meses después el TJCE tuvo ocasión de reiterar esta argumentación en una nueva sentencia de condena (Sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión c. España [SEIPSA], C-283/00), también en el marco de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, pero en relación con un caso concreto: la licitación relativa a la ejecución de obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S. A. (SEIPSA). De ella se desprende, de forma incluso más clara que de la anterior, que las sociedades descritas deben someterse a toda la normativa comunitaria de contratos por tener la consideración de organismos de Derecho público y, por tanto, de entidades adjudicadoras.

Estas dos sentencias obligaron a modificar la redacción del artículo 2.1 y la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el sentido de añadir en el ámbito de aplicación del artículo 2.1 a las “sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” y de sujetar a las mismas a los principios de la disposición adicional sexta en los contratos que no superasen las cuantías de aquél, así como a añadir una nueva disposición adicional decimosexta, reformas que se introdujeron por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden Social.

Por último, la Sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005, Comisión c. España, C-84/03, condenó al Reino de España por los siguientes motivos:

“al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, de dicho Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;

-al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de este los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y

-al permitir en los artículos 141, letra a) y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas”.

Ello dio lugar a una nueva modificación del texto refundido aprobada por Real-Decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, que afectó, entre otros, al artículo 2.1, en el que se incorporó “al ámbito subjetivo de la Ley a las fundaciones del sector público para solucionar los problemas derivados de la ausencia de aplicación por éstas de las normas contenidas en las directivas comunitarias sobre procedimiento de adjudicación de los contratos cuando tales fundaciones gestionan proyectos financiados con fondos europeos, sin alterar su régimen contractual sujeto al derecho privado” (apartado IV de la exposición de motivos, párrafo tercero) y a la disposición adicional sexta, pretendiendo “reintegrar a la legalidad anterior al 1 de enero de 2004 a un conjunto de sociedades públicas -de ámbito estatal, autonómico y local- que en estos momentos no están sujetas a la obligación legal de ajustar sus contratos a los principios de publicidad y concurrencia, incluyendo en tal supuesto a las fundaciones del sector público” (apartado IV de la exposición de motivos, párrafo cuarto). También se modificó el artículo 3.1, apartados c) y l), para “incluir determinados aspectos de los convenios firmados con otras Administraciones” (apartado IV de la exposición de motivos, párrafo primero).

3. Perspectiva general de la delimitación del sector público en el anteproyecto. Conveniencia de precisar el concepto de poderes adjudicadores

A) El artículo 3.1 del anteproyecto parte de la delimitación de aquellos entes, organismos y entidades que forman parte del sector público. En líneas generales, ello supone un cambio de enfoque que ya fue explicado anteriormente, que se basa en una delimitación amplia e inicial de los sujetos sometidos a la ley, cualquiera que sea la intensidad del régimen que deban aplicar.

La enumeración de los sujetos comprendidos en el sector público responde, según explica la memoria justificativa, a la definición de sector público contenida en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, “con las necesarias adaptaciones de redacción para permitir la extrapolación de las categorías de este artículo 2.1 LGP (que se refiere al sector público estatal) a los niveles autonómico y local”. Además, “se ha incluido una mención expresa a las Universidades Públicas y a los denominados “reguladores independientes”, con el fin de despejar posibles dudas” (artículo 3.1.c)).

La que la memoria denomina “cláusula de cierre” de este artículo es la definición de “organismo de Derecho público” basada en el artículo 1.9, párrafos tercero a quinto, de la Directiva 2004/18/CE: “Cualesquiera otros entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que un sujeto perteneciente al sector público financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión, o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”. La transposición, prácticamente literal, resulta ajustada al concepto de la directiva en los términos que después se analizarán (entendiendo en todo caso que el criterio de

delimitación es ahora funcional y que dentro de este concepto de “organismo de Derecho público” se incluyen tanto entidades públicas como privadas siempre que se dirijan a satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles). Por su parte, el artículo 3.1.i) del anteproyecto incluye también en el sector público a “las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en los apartados anteriores”, en transposición en este caso del artículo 1.9, primer párrafo, de la Directiva 2004/18/CE.

Por último, este concepto amplio de sector público comprende algunas otras categorías de sujetos de base jurídico-privada. Así, se han incluido las “Mutuas de accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social” (letra g)). Y, por otra parte, las personificaciones en forma jurídico-privada de sociedad o de fundación bajo gestión o control públicos (artículo 3.1, letras d) y f)).

B) La redacción del artículo 3 del anteproyecto no recoge con la necesaria claridad la delimitación de los poderes adjudicadores que realiza el artículo 9.1 de la Directiva 2004/18/CE en los términos antes vistos.

En efecto:

- es una categoría que dada su definición comprenderá normalmente algunas de las categorías anteriores [p. ej. la d), la e) y la f)] aun cuando la redacción actual del anteproyecto no ha adoptado una posición al respecto dejando abierta la posibilidad, según los casos, de que las comprenda o no.

- es una categoría de importancia decisiva en la estructura de la ley, como resulta del artículo 13.1, que incluye los contratos de estas entidades entre los sujetos a una regulación armonizada, lo que da lugar a que se incluyan también en la regulación de la revisión de oficio (artículo 31), y en el régimen correspondiente de adjudicación (artículo 174).

En consecuencia, parece necesario que en la propia ley aparezcan ya con toda claridad, desde el primer momento, los distintos niveles de intensidad en la aplicación de regímenes contractuales y, en concreto, en lo que respecta a los entes que componen el sector público, porque de esta forma se facilita el seguimiento e interpretación de la ley.

A tal efecto, se proponen las siguientes modificaciones en el artículo 3:

a) Artículo 3.1.h)

Ante todo, el Consejo de Estado considera que, en la enumeración de sujetos que forman parte del sector público (artículo 3.1 de la ley), tras la mención de aquellos sujetos que según la propia ley se consideran Administraciones Públicas, debería incluirse la definición del artículo actual 3.1.h), no como cláusula de cierre o residual, sino como criterio que resulta decisivo para la efectiva sujeción de determinadas entidades al Derecho comunitario. En este sentido, esta cláusula “de cabecera” –tras la mención de las Administraciones– iría después seguida de la enumeración de una serie de entidades que, de forma meramente indicativa y no exhaustiva, podrían cumplir en su caso los criterios de dicha definición.

Además, de hacerse así, el apartado correspondiente al actual artículo 3.1.h), que, como se acaba de ver, puede comprender normalmente los entes de las letras d), e) y f), debería hacer referencia no ya a cualesquiera otros entes (...), sino más simplemente a cualesquiera entes (...).

b) Inclusión de dos apartados (3 y 4) en el artículo 3.

El artículo 3.2 trata de los entes del sector público que tienen el carácter de Administraciones Públicas (y que son poderes adjudicadores para el Derecho comunitario europeo); pero no singulariza los entes del sector público que no siendo Administraciones Públicas para el Derecho comunitario son, sin embargo, poderes adjudicadores.

Por ello, parece necesario individualizar estos entes de conformidad con la directiva comunitaria añadiendo un apartado 3.3 que podría decir:

3. Dentro del sector público, tienen la consideración de poderes adjudicadores, además de las Administraciones Públicas enumeradas en el apartado anterior: a) Los entes comprendidos en el sector público, dotados de personalidad jurídica, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público. b) Las asociaciones constituidas por los poderes adjudicadores.

Además de ello, a efectos de la mayor claridad, podría incluirse un apartado 4 del siguiente tenor:

4. Los demás entes incluidos en el sector público no tienen la condición de poderes adjudicadores.

De esta forma quedarían delimitados los sujetos a los que luego les son de aplicación los distintos regímenes de contratación:

- Las Administraciones Públicas sujetas a la ley en cuanto a los contratos incluidos en la misma, desde la preparación hasta la extinción.

- Los demás poderes adjudicadores sujetos al régimen establecido en la ley en cuanto a los contratos incluidos en la misma, en términos similares a las Administraciones, desde la preparación hasta la adjudicación. Se insiste en que sería deseable que a estos sujetos les fuera de aplicación, en lo sustancial, un régimen similar al de la contratación de las Administraciones desde la preparación a la adjudicación y no solo en aquellos “contratos sujetos a una regulación armonizada”.

- Entes incluidos en el sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores, sujetos a determinados preceptos de la ley.

La fijación de este punto de partida, con claridad, resulta imprescindible para el adecuado entendimiento de la ley, cuyos preceptos habrán de ser modificados para adecuarlos a este punto de partida (así, por ejemplo, de acogerse esta observación, las menciones frecuentes a las entidades reguladas en el artículo 13.1 deberían hacerse a los poderes adjudicadores del artículo 3.3, según la redacción propuesta), de forma que al contenido de la ley resulte claro, inteligible y coherente.

4. Delimitación del concepto de Administraciones Públicas a efectos de la ley

Como se ha visto, la delimitación del ámbito de inclusión en el sector público se hace en el artículo 3.1 del anteproyecto. Junto a ello, tiene relevancia para algunas entidades de las incluidas –las mencionadas en el artículo 3.1, apartados a), b) y c)– el criterio de que tengan o no la consideración de Administraciones Públicas, y ello dentro del sector público, y a los efectos de esta ley (artículo 3.2); criterio que se analizará a continuación.

Ante todo, tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, y también las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social (artículo 3.2.a)], así como los organismos autónomos (artículo 3.2.b)].

Igualmente se consideran Administraciones Públicas a estos efectos las Universidades Públicas (artículo 3.2.c)]; y también los llamados “reguladores independientes”: “entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad” (artículo 3.2.d)].

Por último, precisa el artículo 3.2.e) que tienen la consideración de Administraciones Públicas “las entidades de derecho público vinculadas a una Administración Pública o dependientes de la misma que cumplan alguna de las características siguientes: 1.ª que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o 2.ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios”.

“No obstante –matiza el último párrafo de este artículo–, a efectos de esta ley, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales”.

La consecuencia que deriva de tal norma es que las mencionadas entidades no habrán de sujetarse, como se vio, al régimen previsto para las Administraciones Públicas, sino al menos intenso de las entidades públicas que cumplan los requisitos del artículo 13.1 de la ley. A su vez, la aplicación de dicho régimen plantea toda la problemática, a la que se aludirá seguidamente, sobre la actividad de estos entes creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

5. Entidades del sector público creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

a) Delimitación funcional de sujetos incluidos en esta categoría

Este segundo gran bloque de sujetos sometidos a la Ley de Contratos del Sector Público es el que supone una mayor novedad. Se basa fundamentalmente en un criterio de delimitación funcional, que responde a la definición de “organismo de Derecho público” del Derecho comunitario (artículo 13.1 del anteproyecto). Para interpretar este habrá de estarse pues a la

jurisprudencia comunitaria recaída en torno a los tres requisitos que componen dicha definición, en los términos que antes se vieron. En particular, cabe destacar que la interpretación del segundo requisito –personalidad jurídica– es independiente de la forma jurídica, pública o privada, de la entidad en cuestión y que el requisito relativo a la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de entenderse en el sentido de que es decisivo el criterio de la satisfacción de necesidades de interés general, con independencia de que la actividad desarrollada comprenda otras vertientes de carácter industrial o mercantil (sentencia del TJCE Mannesmann antes citada, apartado 25). Así pues, solo queda excluida de este régimen –resultándole de aplicación el mínimo previsto para poderes adjudicadores que no son organismos de Derecho público–, en línea de principio, la contratación de aquellas entidades que desempeñen sus actividades en régimen de efectiva competencia, siempre que esta circunstancia sea indicio de que realmente dichas actividades no satisfacen necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (sentencia del TJCE BFI Holding antes citada, apartados 53 y 49).

En este segundo bloque podrán quedar comprendidas, pues, según esos criterios funcionales, en primer lugar entidades jurídico-públicas.

Ante todo, las entidades públicas empresariales, por cuanto quedan excluidas de la consideración de Administración Pública, como se vio (artículo 3.2. último párrafo, del anteproyecto).

Junto a ellas, la disposición adicional vigésimo quinta del anteproyecto establece en su apartado 1: “El régimen de contratación del Instituto Español de Comercio Exterior, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, el ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias será el establecido en esta ley para las entidades públicas empresariales”.

También quedarán comprendidas “cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo” (artículo 3.1.c)), siempre que no se consideren Administraciones Públicas según los criterios del artículo 3.2.e), en cuyo caso aplicarán el régimen más intenso previsto para estas.

En fin, también seguirán este régimen de contratación los consorcios dotados de personalidad jurídica propia que se regulan en la Ley 30/1992 y en la legislación de régimen local (artículo 3.1.e)) y en general todas las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades –incluyendo los entes de forma jurídico-pública– mencionados en los apartados anteriores (artículo 3.1.i)).

Se ha incluido en el ámbito subjetivo a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (artículo 3.1.g)). Ello responde a lo observado por el informe de la Abogacía General del Estado de 27 de julio de 2005:

“(…) Su inclusión en el sector público que, a efectos de contratación, delimita el artículo 3.1 del borrador parece obligada, pues no sería coherente que las aludidas Mutuas formen parte del sector público estatal, en su función de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, según el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y, en cambio, no aparezcan incluidas en la enumeración de entes del sector público que, en materia de contratación, realiza el artículo 3.1 del borrador. A lo anterior, de por sí suficiente para que tales entidades se incluyan en dicho precepto se une el intenso control que la Administración del Estado (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) ejerce sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, conforme resulta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, y la propia configuración de las Mutuas como entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social. En consecuencia, siendo las entidades de que se trata entidades creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estando dotadas de personalidad jurídica cumplen uno de los requisitos exigidos por el artículo 1, apartado 9, epígrafe c) de la Directiva 2004/18/CE, lo que determina que sea un ‘poder adjudicador’”.

Según los datos que el propio informe menciona, más propiamente habría que concluir que se trata de “organismos de Derecho público” en el sentido del artículo 1.9 de la citada directiva, pues reúnen los tres requisitos que este enumera (satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, personalidad jurídica y dependencia estrecha de una entidad del sector público en virtud de una de las condiciones previstas,

control de su gestión). La aplicación del régimen de estas entidades se consigue, en cualquier caso, mediante el entendimiento de que cumplen dichos criterios según el artículo 13.1 del anteproyecto.

Por último, el artículo 3.1 menciona entre los entes comprendidos en el sector público a dos formas de personificación jurídico-privadas: las fundaciones y las sociedades mercantiles.

Respecto a las primeras, ya no se dice –como sucede en la Ley General Presupuestaria– “del sector público”, para no incurrir en reiteración con la categoría general del artículo 3.1 del anteproyecto, pero su delimitación es idéntica a la que se contiene de estas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (artículo 44), esto es, las que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una entidad integrada en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades (artículo 3.1.f) del anteproyecto).

Por lo que hace a las sociedades mercantiles incluidas en el sector público, en el vigente texto refundido se delimitan por referencia al artículo 166.1, apartados c) y d), de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. El artículo 3.1.d) del anteproyecto se refiere a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100, lo que únicamente reproduce el criterio del artículo 166.1.c) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En cambio, nada se dice sobre el supuesto previsto en el artículo 166.1.d) de la citada ley (las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos). Con las necesarias adaptaciones, este supuesto debería recogerse también en el anteproyecto.

b) Régimen aplicable

Todas estas entidades podrán quedar sujetas al régimen de los “organismos de Derecho público” del Derecho comunitario o entidades del artículo 13.1 del anteproyecto, siempre que cumplan los criterios de este. Deberán en ese caso discriminar según que sus contratos queden sujetos a regulación armonizada o no lo estén.

En el primer supuesto, es decir cuando estas entidades celebren contratos sujetos a regulación armonizada, deberán aplicar –según se apuntó antes, al tratar de la estructura del anteproyecto–, ante todo, las reglas generales del Libro I, en la medida en que estén destinadas a ellas. En materia de preparación, deberán observar las reglas sobre especificaciones técnicas, condiciones especiales de ejecución e información sobre ciertas condiciones de los artículos 101, 102 y 103, respectivamente (artículo 104.1) y además las reglas especiales para cada contrato típico del Título III del Libro II. Y en adjudicación, deben observar las mismas reglas que los contratos administrativos con algunas adaptaciones en menos (artículos 174 y 177).

En cuanto a los contratos celebrados por estas entidades del sector público no sujetos a regulación armonizada, además de las reglas generales del Libro I, la ley, en materia de preparación, prevé una serie de normas mínimas cuando los contratos superen la cuantía de 50.000 euros (artículo 104.2), y en cuanto a la adjudicación, se les exigen una serie de reglas en forma de principios, la aprobación de unas instrucciones sobre procedimientos de contratación y cierta publicidad (artículo 175).

Debe observarse que esta regulación del anteproyecto resulta insuficiente para el régimen de estas entidades a la luz de las exigencias del Derecho comunitario. En esencia, el anteproyecto añade a lo que el vigente texto refundido (disposición adicional sexta) exige a las fundaciones del sector público y sociedades mercantiles bajo control público creadas para satisfacer necesidades de interés general y que celebren contratos por debajo de los umbrales comunitarios, ciertas normas mínimas de preparación y la aprobación de unas instrucciones internas con cierta publicidad en materia de adjudicación.

Ello resulta insuficiente, si se tiene en cuenta lo siguiente:

1º) Que ahora –con la regulación proyectada– este régimen puede extenderse también a un buen número de entidades de Derecho público.

2º) Y, sobre todo, que la aplicación mínima sobre la base de principios e instrucciones internas ha de quedar reservada únicamente, según la jurisprudencia comunitaria antes citada, a aquellas entidades que funcionalmente no cumplan los requisitos para ser consideradas organismos de Derecho público según el artículo 1.9 de la Directiva

2004/18/CE. Solo en estos últimos casos, cuando se trata de simples poderes adjudicadores que no satisfacen en su actividad necesidades de interés general no industriales o mercantiles, podrá darse una regulación de mínimos o principios a observar por los poderes adjudicadores. En el resto, la diferencia entre contratos sujetos a regulación armonizada y los que no lo están, no puede ser tal que suponga una exoneración de las reglas comunitarias para estos últimos, sino que deberán quedar sometidos a una flexibilización o minoración de dichas reglas.

En definitiva, el Consejo de Estado considera que la regulación prevista para estas entidades debería reforzarse, al menos, en el siguiente sentido:

- En materia de preparación, debe concretarse la publicidad exigida al pliego que menciona el artículo 104.2, respecto del que solo se prevé que se dará una publicidad adecuada con una antelación razonable.

- En materia de adjudicación, las instrucciones internas que regulen los procedimientos de contratación, que menciona el artículo 175.b), deberían imponerse como obligación directamente a los órganos de contratación (y no solo, como ahora se prevé, de modo que los órganos de las Administraciones Públicas a los que corresponda el control funcional de estas entidades velarán para que los órganos competentes de estas elaboren y aprueben unas instrucciones).

- Respecto a ambos –pliegos e instrucciones internas–, resultaría deseable hacer posible el control mediante el recurso especial en materia de contratación, a pesar de que no se trate de contratos sujetos a regulación armonizada, por las razones que se expondrán al tratar de dicho recurso.

- Por último, en cualquier caso, debería hacerse una matización respecto al régimen que prevé la disposición adicional vigésimo quinta, apartado 2. Esta dispone que las instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación de las Autoridades Portuarias serán elaboradas y aprobadas por el ente público Puertos del Estado, previo informe de la Abogacía del Estado. Norma que habrá de entenderse referida únicamente, y así debería precisarse, al caso en que las mencionadas entidades hayan de celebrar contratos no sujetos a regulación armonizada.

6. Otras entidades del sector público

Finalmente, forman también parte del sector público aquellas entidades que, incluidas en el ámbito del artículo 3.1 (de las mismas categorías analizadas en el apartado anterior), no reúnan los requisitos del artículo 13.1. Es decir, se consideren meros poderes adjudicadores sin la categoría de organismo de Derecho público, en los términos del Derecho comunitario.

La regulación en el anteproyecto, como se dijo, es mínima. Fundamentalmente, además de las reglas generales del Libro I, se da para ellas un precepto en sede de adjudicación (artículo 176). También se prevén exigencias de adjudicación cuando estas entidades resulten concesionarias de obras públicas (artículo 250, apartados 2, 3 y 4) y la posibilidad de que empleen ciertos instrumentos de racionalización técnica de la contratación (artículo 179).

Simplemente cabe observar que, en materia de preparación, el Título II del Libro II del anteproyecto no prevé norma alguna. Y el artículo 20.2 establece que los contratos privados (todos, incluidos los de estas entidades) se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las normas de los libros I, II, III y V de la presente ley (...). Convendría, para dar cumplimiento al designio de que todos los contratos de entidades del sector público encuentren reglas jurídico-públicas aplicables en materia de preparación y adjudicación, incluir alguna norma, aun cuando fuera en forma de principio, para cubrir este supuesto.

B. Tipos contractuales: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 11 y concordantes)

En nuestro Derecho interno, el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad (publicado como anexo a la Resolución de la Subsecretaría de Presidencia de 1 de abril de 2005), establece en su mandato cuadragésimo cuarto lo siguiente: “El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato”.

La figura, desarrollada en la práctica contractual de diversos países europeos, ha sido también objeto de atención por parte del Derecho comunitario.

El documento más relevante a tener en cuenta es el “Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones”, aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004. Constituye un acercamiento a la realidad de la colaboración público-privada y, aunque elaborado con el objetivo principal de consulta propio del “libro verde”, contiene importantes directrices en esta materia.

En su primera parte, describe ante todo el fenómeno de la colaboración público-privada en general. Partiendo de una muy amplia concepción de esta (cooperación entre autoridades públicas y mundo empresarial para la financiación, construcción, gestión, etc. de una infraestructura o la prestación de un servicio [punto 1]), destaca los rasgos fundamentales de la misma (duración relativamente larga; financiación privada compleja, en ocasiones completada con financiación pública; definición de los objetivos por el ‘socio público’ e importante papel del ‘operador económico’ o socio privado; y reparto de riesgos entre ambos [punto 2]) y los factores que han conducido a su expansión (pueden destacarse las restricciones presupuestarias y el necesario recurso a la financiación privada [punto 3]). Como ejemplos de esta colaboración, menciona “los proyectos de infraestructura, en particular en los sectores del transporte, la sanidad pública, la educación y la seguridad pública” (punto 4). Junto a ello, el reto del mercado interior se centra –de ahí su inmediata conexión con el Derecho de la contratación pública– en el examen relativo a si dichas formas de colaboración, en cuanto implican que una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero, resultan respetuosas con las libertades comunitarias y los principios que rigen la contratación pública (selección del socio privado) [puntos 8 a 10].

Así concebida la colaboración sector público-sector privado de forma general, el Libro Verde distingue dos formas fundamentales de la misma: “las operaciones de CPP [siglas que emplea para denominar dicha colaboración] de tipo puramente contractual” y las “operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente” (punto 20). No interesan ahora las formas de colaboración institucionalizada, que se estudian en la tercera parte del Libro Verde, dando algunas orientaciones sobre “la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado (en los Estados miembros, en este contexto, se utilizan terminología y fórmulas diferentes: por ejemplo, el ‘Kooperationsmodell’, las CPP asociativas o las ‘joint-ventures’)” [punto 53 y nota 50].

La segunda parte del Libro Verde se dedica a las formas contractuales de colaboración público-privada. A su vez, también aquí opera una fundamental distinción, la que existe entre el “modelo de concesión”, que “se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población ‘en lugar del socio público’, pero bajo su control” (punto 22) y otro tipo de organización, en el que “la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte)” y donde “la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público” (punto 23). A la primera modalidad, donde el acto de adjudicación se califica de concesión, dedica una serie de reflexiones –pone, entre otros, como típico ejemplo de la misma la regulación de la Ley española 13/2003, de 23 de mayo de 2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas–. La segunda modalidad, en la que el acto de adjudicación se califica de contrato público, es la que ahora interesa, por su conexión con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado regulado en el anteproyecto.

Pues bien, sobre este modelo de contrato el Libro Verde aporta una serie de consideraciones relevantes:

- Ante todo, respecto a la etapa de selección del socio privado, la Comisión estima que el procedimiento de diálogo competitivo es “un procedimiento particularmente adaptado a la adjudicación de contratos calificados de contratos públicos durante la puesta en marcha de una CPP de tipo puramente contractual, al tiempo que se protegen los derechos fundamentales de los operadores económicos” (puntos 24 a 27 y punto 2 de la consulta).

- Y respecto a la etapa posterior a la selección del socio privado, el Libro Verde da una serie de orientaciones dirigidas a garantizar los principios de transparencia e igualdad. Cabe destacar las siguientes:

- El éxito de la operación depende en gran medida de lo completa que sea la normativa contractual del proyecto. Resulta crucial la evaluación pertinente y el reparto de riesgos adecuado entre el sector público y el sector privado. También es importante prever mecanismos que permitan evaluar periódicamente la actuación del titular de la CPP. El principio de transparencia exige que la evaluación y el reparto de riesgos, así como la evaluación de la actuación, se comuniquen en la documentación de consulta (punto 45).

- Debe determinarse la duración de la colaboración, de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable del capital invertido. El principio de transparencia exige que estos datos se comuniquen en la documentación de consulta (punto 46).

- El Derecho comunitario de la contratación no se opone a la evolución de la colaboración que resulte necesaria. Ahora bien, en la documentación de consulta deben figurar las cláusulas conforme a las que se llevará a cabo una revisión de los cánones, o cláusulas claras que determinen con precisión las circunstancias y condiciones en las que podrán introducirse modificaciones en la relación contractual (punto 47).

A la vista de todo ello, el anteproyecto regula el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Ante todo, la exposición de motivos dedica su último párrafo a esta figura: Nominados únicamente en la práctica de la contratación pública [parece que debería decir dotados únicamente de tipicidad social], la ley viene, finalmente, a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración se acompasa a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto.

En cuanto al régimen de la ley, el artículo 11 parte de la caracterización de estos contratos, en los términos que después se analizarán. El título preliminar contiene otras dos normas relevantes sobre este tipo de contratos, que tratan de dotarlos del régimen de mayor intensidad y control previsto en la ley: por una parte, son contratos sujetos a regulación armonizada, en todo caso, es decir con independencia de su cuantía (artículo 13.1); por otra parte, y puesto que solo pueden ser celebrados por una Administración Pública ex artículo 11.1, serán siempre contratos administrativos (artículo 19.1.a)]. En sede de preparación – Libro II– se contienen tres artículos relativos al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículos 119 a 121). En materia de adjudicación, el artículo 164.3 establece que estos contratos se adjudicarán siempre por el procedimiento de diálogo competitivo. Entre las reglas generales sobre ejecución de los contratos administrativos –ya en el Libro IV–, el artículo 199 establece como salvedad a la regla de ejecución a riesgo y ventura del contratista lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Finalmente, en el Título II del Libro IV, los artículos 289 y 290 se refieren al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: el primero detalla su régimen jurídico, el segundo da una norma sobre duración. El régimen del anteproyecto sugiere las siguientes observaciones.

a) Sistemática

En primer lugar, la simple enumeración que acaba de hacerse sobre los preceptos que contienen el régimen de este contrato da idea de la dispersión con que se regula en el texto del anteproyecto. Para una figura de nuevo cuño en nuestro Derecho, resulta desafortunada una sistemática interna de la ley que presente los apenas diez preceptos dedicados a este contrato repartidos en prácticamente todos los libros de aquella.

Resultaría más clara una estructuración interna de la ley tal que este contrato encontrara todo su régimen jurídico agrupado, por ejemplo, en un título específicamente dedicado a ello dentro de un libro dedicado al régimen completo –con sus especialidades– de cada uno de los contratos típicos. No se desconoce que este criterio no ha sido seguido por el anteproyecto. Por ello, esta sugerencia ha de entenderse en relación con lo observado, con carácter general, sobre la estructura del anteproyecto.

En todo caso, el artículo 289 no contiene, pese a lo que se deduce de su lectura, una norma sobre todo el régimen jurídico del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que, como se ha dicho, está disperso en los diversos libros. Parece claro que se quiere referir únicamente a dicho régimen en materia de efectos, cumplimiento y extinción del contrato, por lo que debería precisarlo: por ejemplo, diciendo que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en cuanto a sus efectos, cumplimiento

y extinción, se regirán por las normas generales contenidas en el título I del presente libro y por las especiales (...).

b) Caracterización

El artículo 11 ha hecho un notable esfuerzo de precisión a la hora de definir el tipo del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. La rica realidad social de estos contratos trata de ser tipificada mediante las siguientes notas:

- Los sujetos son una Administración Pública y una entidad privada (contratista colaborador de la Administración o colaborador privado).

- Aquella encarga a este la realización de una actuación global e integrada. Esta comprende, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros (...), es decir en todo caso comprende la financiación por el colaborador privado. Ahora bien, el último párrafo de la exposición de motivos, antes transcrito, precisa más que el artículo 11 esta idea, puesto que dice: (...) cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, es decir que, tras la primera operación de financiación del proyecto, la Administración puede colaborar en la misma, lo que sin duda debería aclararse en el texto de la ley.

- El encargo se hace por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean.

- El objeto del contrato hace referencia a la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público. Esta frase indica la compleja materia social sobre la que recaen estos contratos: proyectos, como se vio, de construcción, gestión, mantenimiento de grandes infraestructuras, “por ejemplo –dice el Libro Verde de la Comisión Europea en esta materia–, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte”. Tales proyectos comprenden, en efecto, inversiones inmateriales, obras o suministros que han de ser –y es lo que ahora interesa– necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público. Que los contratos hayan de dirigirse a tales objetivos se expresaba ya como parte del mandato del Gobierno en esta materia: “una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público” (Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, antes citado). No es pertinente tratar ahora de las diversas concepciones del servicio público ni de las cuestiones dogmáticas implicadas en las mismas. Únicamente ha de destacarse que el mencionado mandato del Gobierno se refiere a “obligaciones de servicio público”, un concepto amplio y recibido por el legislador español incluso en sectores en los que se rebasa la idea tradicional de servicio público. En conexión con ello, cabe señalar que el citado Libro Verde sobre la colaboración público-privada ponía de relieve que las autoridades públicas recurren también a operaciones de colaboración con el sector privado en relación con la gestión de servicios públicos (por ejemplo, gestión de residuos o distribución de agua o energía); y añadía: “en este sentido, en el Libro Verde sobre los servicios de interés general [2003] se recuerda que, cuando una autoridad pública decide confiar la prestación de servicios a un tercero, está obligada a respetar la normativa en materia de contratación pública y concesiones, aunque se trate de un servicio considerado de interés general” (punto 7). En atención a todo ello, se sugiere la conveniencia de sustituir la expresión cumplimiento de determinados objetivos de servicio público por alguna otra que comprenda las categorías anteriormente señaladas, obligaciones de servicio público y servicios de interés general.

- Continúa el artículo 11 haciendo referencia al contenido del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, de modo que la actuación global e integrada que la Administración Pública encarga al operador privado comprenda alguna de las siguientes prestaciones. Enumera cuatro en términos muy amplios; en la última de ellas (artículo 11.1.d]) se refiere a otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado, por lo que cabría reiterar la observación anterior. Además, es de notar que la exposición de motivos nuevamente contiene una nota que bien se podría considerar típica, la relativa a que se trata de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial. Podría incluirse esta última idea en la caracterización del artículo 11; en todo caso, es claro que la nota de la indeterminación inicial de las prestaciones que constituirán el contenido del contrato –que no de las necesidades a cubrir– se compadece especialmente bien con el hecho de que estos contratos se hayan de adjudicar siempre por el procedimiento de diálogo competitivo.

- El artículo 11.2 contiene una norma que describe una serie de facultades del contratista colaborador, las relativas a que puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los

proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. En general nada hay que objetar a estas posibilidades, normales en la práctica de estos contratos; así lo refleja también el citado Libro Verde en su punto 2: “El importante papel del operador económico, que participa en diversas etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación)”. Es claro que en cada caso el alcance y los límites de estas facultades vendrán definidos por lo que se disponga para el correspondiente contrato típico conforme al que se realice la prestación principal –concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, etcétera–. Un problema particular lo constituye la posibilidad de contratar los servicios precisos: cuando esta facultad se desarrolle en el ejercicio de prestaciones propias del contrato de concesión de obras públicas, se habrán de aplicar las normas especiales que para aquel contienen los artículos 249 y 250 del anteproyecto, relativos a subcontratación y a adjudicación de contratos de obras por el concesionario, respectivamente. Por su relevancia –en especial la última norma, que se refiere a una nueva adjudicación– y la atención que les presta el Derecho comunitario (puntos 51 y 52 del Libro Verde), quizá pudieran singularizarse estas normas de alguna manera especial. También para ello resultaría más adecuada la sistemática que se propuso anteriormente.

- Por último, el artículo 11.3 se refiere a la prestación propia de la Administración Pública: consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. En este caso, la formulación sí que resulta más precisa que la contenida en la exposición de motivos, que es ahora la que convendría corregir: el precio a pagar por la Administración se acompasa [debería decir podrá acompasarse] a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto.

c) Reglas sobre preparación

Los artículos 119 a 121 contienen normas sobre preparación de estos contratos. El artículo 119 contiene una prescripción, quizá la única de la ley, que concreta el alcance de la norma del artículo 23 relativa a la necesidad e idoneidad del contrato y a la obligación de justificarlas previamente: así, establece que, con carácter previo al inicio del expediente, la Administración deberá elaborar un documento de evaluación en el que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para obtener las prestaciones que se pretenden alcanzar [quizá debiera decir para alcanzar los objetivos proyectados] o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros necesarios para llevar a cabo el contrato (...). Con ello se busca justamente la necesidad de proceder a una detallada evaluación previa del proyecto, cuya relevancia como se vio encarece la Comisión de la Unión Europea. Nada se establece en cambio sobre la evaluación periódica de la actuación del colaborador privado, que también recomendaba el Libro Verde aprobado por aquella (punto 45); podría calibrarse la conveniencia de introducir una norma en tal sentido.

El artículo 120 se refiere a la elaboración por el órgano de contratación de un programa funcional que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. De nuevo aquí se percibe la inconveniencia de la sistemática escogida, pues dicho documento descriptivo es el que sustituye a los pliegos en el caso de que haya de seguir para la adjudicación el procedimiento de diálogo competitivo, pero de ello no hay mención en la ley hasta muy posteriormente (artículo 165.3, en sede de adjudicación).

En fin, el artículo 121 regula las menciones específicas que, además de las generales, deberá contener el clausulado del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Cabe hacer al respecto algunas observaciones. Ante todo, debería incluirse una mención a la duración del contrato, elemento típico del mismo como se vio, y cuya fijación en el documento contractual es esencial para salvaguardar el principio de transparencia. Por otra parte, se prevé en el artículo la mención a las dos relevantes cuestiones que tocan a la modificación de las condiciones iniciales: las causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato (apartado e)) y las condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista (apartado i)). Este último apartado, en particular, presenta algún problema. En principio, el régimen jurídico de modificación y resolución de este contrato no presenta ninguna especialidad, sino que será el general de los contratos administrativos y el propio del contrato que corresponda a la prestación principal (artículo 289). Surge la duda, pues, del

alcance que deba darse al último inciso de este artículo 121.i): (...) modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista. Si tiene por finalidad ilustrar simplemente algunos casos en los que podrán introducirse modificaciones en el contrato (por razón de interés público y siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, según las reglas generales del artículo 202) o bien se refiere a que podrán señalarse las mencionadas circunstancias en el contrato como causas de resolución (ex artículo 206.h)], debería precisarse así expresamente, a los efectos de esos artículos. Si por el contrario tales circunstancias se quiere que jueguen como nuevas y autónomas causas, de modificación o de resolución, del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, debería introducirse un precepto expreso en sede de modificación y extinción de este contrato.

C. Contratos mixtos (artículo 12)

El artículo 12 del anteproyecto establece que "cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico".

Ante todo, debe advertirse –ya antes se hizo alusión a ello– que la regla de los contratos mixtos o complejos se predica hoy respecto de los tipos contractuales que regula la ley con carácter general (artículos 6 a 11).

Además, se ha variado la regla relativa a los mismos, en el sentido de que la regla de "absorción" en el régimen del contrato al que corresponda la prestación más importante desde el punto de vista económico ya no se aplica respecto a la "calificación y aplicación" del entero régimen del contrato –como dispone el vigente artículo 6 del texto refundido–, sino únicamente para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación.

El órgano proponente estima que ello es ajustado a las reglas de la Directiva 2004/18/CE. Efectivamente esta contiene reglas en tal sentido en su artículo 1.2, apartados c) y d), las cuales están previstas únicamente para la adjudicación por ser este el ámbito al que se ciñe la directiva.

Además, el órgano encargado de elaborar la norma no ha querido extender esta regla con carácter general, ya que, dice, "se ha considerado más prudente limitar la aplicabilidad de la denominada 'teoría de la absorción' a las reglas de adjudicación del contrato considerando que, en ocasiones, esta teoría puede no dar respuesta adecuada a los problemas de régimen sustantivo que plantea el contrato mixto, siendo preferible aplicar la yuxtaposición de los regímenes correspondientes a las distintas prestaciones fusionadas en el contrato.

No obstante, el Consejo de Estado considera que no habría problema en extender esta regla más allá, a los efectos y extinción del contrato, y así lo hace el propio anteproyecto cuando se trata de definir el régimen del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 259, ya analizado). Al menos, para no hacer imposible esta opción, el artículo 12 del anteproyecto podría quedar redactado de la siguiente manera:

"Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico".

Por otra parte, el artículo 25.2 del anteproyecto contiene una regla (solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante) que, a lo largo del expediente, se ha observado que podría tener mejor encaje en sede de contratos mixtos, como un apartado 2 del artículo 12.

El Consejo de Estado considera que la regla del artículo 25.2, en cuanto impone un límite para fusionar prestaciones en un contrato complejo o mixto, pero no supone un límite a la autonomía de la voluntad para exigir dichas prestaciones de otro modo, tendría mejor encaje en el artículo 12 que regula los contratos mixtos.

D. Contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 13.1)

Si se modifica la redacción del artículo 3, podría simplificarse la redacción del artículo 13.1 del anteproyecto, por ejemplo indicando:

“Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante sea un poder adjudicador, de conformidad con el artículo 3.3 de esta ley. Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17”.

E. Contratos administrativos y contratos privados (artículos 19 y 20)

Esta tradicional distinción de nuestro Derecho de los contratos públicos encuentra ahora, en parte, un nuevo sentido. Respecto a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, serán administrativos o privados por su objeto (artículos 19.1 y 20.1, párrafo segundo, del anteproyecto). Mientras que los contratos celebrados por los restantes sujetos del sector público, son contratos privados (artículo 20.1, primer párrafo).

Únicamente cabe destacar que, para los llamados “contratos administrativos especiales” o atípicos, el anteproyecto da una mínima norma de régimen (a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas: artículo 19.2 “in fine”) y que ya no se contienen en el anteproyecto las previsiones que respecto a ellos establece el artículo 8 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Y respecto a los contratos privados, como ya se dijo, no todos encuentran las reglas de aplicación a las que remite el artículo 20.2 del anteproyecto. Así, los contratos privados de los entes del sector público que no estén incluidos en los criterios del artículo 13.1 del anteproyecto no tienen previstas reglas de preparación, a pesar de lo que parece indicar el apartado 2 del artículo 20.

F. Jurisdicción competente (artículo 21)

El artículo 21, que cierra el Título Preliminar, contiene las reglas relativas al orden jurisdiccional competente para conocer de las diversas cuestiones en relación con los contratos que regula la ley. Con carácter general, el informe del Consejo General del Poder Judicial (de 19 de enero de 2006) considera que “la nueva norma, tiene la virtud de regular en un único precepto la competencia para conocer de los litigios que surjan en relación con los contratos”.

Respecto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, “será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17” (artículo 21.1). Se dan pues tres normas:

- En primer lugar, todas las cuestiones en relación con el régimen de los contratos administrativos siguen sometidas al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como lo están actualmente (la manera de agotar la vía previa será hoy doble: mediante recurso ordinario contra la adjudicación, en contratos no sujetos a regulación armonizada; mediante recurso especial en materia de contratación, en contratos que sí lo estén).

- En segundo lugar, por lo que hace a contratos privados de la Administración, este precepto supone un cambio fundamental respecto al sistema anterior, puesto que ya no gira sobre la facultad del particular de separar los actos de preparación y adjudicación relativos a contratos privados para impugnarlos ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; sino que se atribuye automáticamente a este el conocimiento de las cuestiones en relación con dichos actos. En este punto, el informe del Consejo General del Poder Judicial estima “oportuno y acertado que la nueva norma determine de manera clara la competencia de cada orden jurisdiccional, sin dejar a disposición de las partes la determinación de esa competencia para resolver las cuestiones que se planteen respecto de los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados”.

- Por último, respecto a los contratos (privados, de otras entidades distintas a la Administración Pública) sujetos a regulación armonizada, también se atribuye en todo caso el conocimiento de las cuestiones en relación con preparación y adjudicación de los mismos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (en este caso, el “referente jurídico-público”

para agotar la vía administrativa previa, como dice la memoria justificativa, es el acto de resolución del recurso especial en materia de contratación).

En cuanto al orden jurisdiccional civil, “será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada” (artículo 21.2). Así pues:

- En cuanto al primer inciso, no hay cambio, sino simple limitación: siempre el orden jurisdiccional civil ha sido el competente para resolver las controversias entre las partes en relación con efectos, cumplimiento y extinción –y siempre que las partes lo quisieran, sobre todo el contrato– de los contratos privados.

- El inciso final atribuye además al orden jurisdiccional civil el conocimiento de las cuestiones litigiosas que afecten a contratos privados (de otros sujetos que no sean Administraciones Públicas) no sujetos a regulación armonizada.

El Consejo de Estado no objeta la regulación proyectada. En todo caso, con posterioridad se hará una observación relativa a la conveniencia de extender el recurso especial en materia de contratación a todos los contratos en el ámbito del sector público, incluidos los no sujetos a regulación armonizada. De aceptarse tal observación, ello daría lugar a los siguientes cambios en el artículo que ahora se analiza:

- Por una parte –aunque externamente no variase la redacción del precepto–, la primera regla del artículo 21.1 (conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de todo el régimen de los contratos administrativos), se simplificaría en su sentido: siempre se impugnarían ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación; en otras palabras, el modo de agotar la vía administrativa previa sería único.

- Por otra parte, se simplificaría notablemente la redacción del artículo 21.1 “in fine” (solo tendría que precisar que igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados, pues no habría que distinguir los privados de las Administraciones Públicas y los de otros sujetos: todos ellos, sometidos o no a regulación armonizada, se someterían en las cuestiones relativas a su preparación y adjudicación al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues el “referente jurídico-público” de la resolución del recurso especial se habría extendido). Y correlativamente habría de suprimirse el último inciso del artículo 21.2 (atribución al orden jurisdiccional civil de las cuestiones sobre preparación y adjudicación de contratos privados no sujetos a regulación armonizada).

X. Libro I

A. Recurso especial en materia de contratación y medidas provisionales (artículos 37 y 38 del anteproyecto)

1. La Directiva 89/665/CEE

En el origen de estos novedosos artículos del anteproyecto se encuentra la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. La llamada “Directiva de recursos” nació con la finalidad de corregir la insuficiencia y heterogeneidad de los mecanismos nacionales de garantía de la contratación pública, considerando:

- “que las directivas comunitarias en materia de contratos públicos (...) no contienen disposiciones específicas que permitan garantizar su aplicación efectiva”;

- “que los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse”;

- “que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho”;

- “que la ausencia de los medios de recurso eficaces o la insuficiencia de los medios de recurso existentes en algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate; que es importante, por consiguiente, que los Estados miembros remedien esta situación”;

- “que, dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que el poder adjudicador podría eventualmente adoptar; que la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas”;

- “que es necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción” (...).

Las razones expuestas sirvieron para fundamentar una mayor y más directa intervención de las instituciones comunitarias en el control de las actuaciones contractuales de los Estados miembros. Así, la Directiva 89/665/CEE, además de articular una posible intervención de la Comisión antes de la celebración de un contrato cuando considere que se ha cometido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos (artículo 3 de la directiva), obliga a los Estados miembros a establecer un régimen de recursos en materia contractual con las siguientes características:

- Por una parte, debe tratarse de un sistema de recursos rápido y eficaz. En este sentido, dispone el artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE que “los Estados miembros tomarán, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE, las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible (...), con motivo de que dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho”.

- Por otra parte, la directiva establece que, junto a la posible anulación de las decisiones ilegales, los Estados miembros deben garantizar, cuando proceda, la adopción de medidas cautelares y la reparación de los daños y perjuicios causados por una infracción.

Así se desprende de su artículo 2.1, con arreglo al cual “los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores;

b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión; c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción”.

2. La transposición al Derecho español

En un primer momento, el legislador español consideró que no era necesario incorporar el contenido de esta Directiva 89/665/CEE en la medida en que –como indicaba la exposición de motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas– “nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta ya a su contenido”. Se entendió, en definitiva, que el sistema español de recursos administrativos y jurisdiccionales era suficiente para garantizar el cumplimiento de las previsiones de la directiva.

Sin embargo, una serie de pronunciamientos posteriores del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas iban a poner de relieve ciertas insuficiencias de ese sistema español de recursos en lo que afecta al control de la contratación pública, dando lugar a varias reformas de nuestra legislación de contratos administrativos.

Los artículos 37 y 38 del anteproyecto de Ley sometido a dictamen tratan de dar una solución definitiva a estos problemas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de las indicaciones que pueden extraerse de los trabajos

preparatorios para la revisión de esa directiva. El anteproyecto opta así por llevar a cabo una transposición ad hoc de la citada Directiva 89/665/CEE, creando un recurso especial en materia de contratación y un sistema especial de medidas cautelares aplicable con independencia de la formulación del citado recurso. El tercer mecanismo de garantía previsto en la directiva (la indemnización de daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción) no precisa ninguna previsión adicional en nuestro ordenamiento, que cumple con carácter general las disposiciones de la directiva a este respecto (en particular, debe recordarse que, con arreglo al artículo 2.5, “los Estados miembros podrán establecer que, cuando se reclamare una indemnización por daños y perjuicios alegando que la decisión se adoptó de forma ilegal, la decisión cuestionada debe ser anulada en primer término por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto”).

3. El ámbito de aplicación de los artículos 37 y 38 del anteproyecto

La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo référé précontractuel, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados.

4. Artículo 37: El recurso especial en materia de contratación

a) La decisión de crear un recurso ad hoc en materia de contratación

La principal novedad del Capítulo VI, Título I, Libro I del anteproyecto es, como ya se ha señalado, la regulación de un recurso especial frente a actos del procedimiento de adjudicación anteriores a la adjudicación definitiva del contrato. Se trata de un recurso administrativo excluyente de los correspondientes a la vía administrativa ordinaria, que juega como requisito necesario para el posterior acceso, en su caso, a la vía contencioso-administrativa, y que puede finalizar con “la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental”. Igualmente, el órgano administrativo competente podrá acordar la adjudicación del contrato a otro licitador (artículo 37.9).

Esta configuración legal del nuevo recurso coincide en muchos aspectos con el référé précontractuel creado por el legislador francés en 1992, aunque este último sea un recurso de carácter jurisdiccional, no administrativo. Más concretamente, se trata de un recurso jurisdiccional urgente de carácter preventivo, que debe plantearse antes de la conclusión del contrato, y que destaca por los amplios poderes de que dispone el juez administrativo para su resolución, pudiendo anular las decisiones que considere antijurídicas y suprimir las cláusulas y prescripciones que supongan limitación a la publicidad o a la concurrencia. Su decisión, que

debe recaer en un plazo máximo de veinte días, es inmediatamente ejecutoria, siendo susceptible de recurso de casación ante el Conseil d'État (artículos L 551-1 y 2 y R 551-1 a 4 del Código de Justicia Administrativa, introducidos por Ley de 4 de enero de 1992 y Decreto de 7 de septiembre de 1992, respectivamente).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de octubre de 1999 (asunto Alcatel) aclara las exigencias de la Directiva 89/665/CEE en relación con la vía de recursos en materia de contratación pública. Respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal austríaco, el TJCE afirma que las disposiciones de la citada directiva “deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”.

Igualmente, el Tribunal afirma que la Directiva 89/665/CEE “no puede interpretarse en el sentido de que, no obstante la inexistencia de recurso de anulación contra una decisión de adjudicación de un contrato público, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos estén facultados para conocer de recursos en las condiciones enunciadas en esta disposición”.

A juicio del Consejo de Estado, del tenor de este pronunciamiento judicial no puede concluirse claramente la exigencia de que los Estados establezcan un recurso ad hoc para estos supuestos. El sistema general de recursos administrativos y jurisdiccionales podría, por tanto, ser suficiente para dar cumplimiento a las exigencias del Derecho comunitario siempre que dicho sistema reúna los requisitos exigidos en la Directiva 89/665/CEE.

Con todo, el anteproyecto sometido a consulta, en línea con las soluciones adoptadas en el Derecho italiano, francés y alemán, entre otros, ha optado por la creación de un nuevo recurso especial en materia de contratación cuya regulación trata de incorporar todos esos requisitos de la Directiva de recursos.

b) Conveniencia de establecer el recurso como exclusivo y potestativo

Ante todo, el artículo 37.1 del anteproyecto pretende configurar este recurso como exclusivo (en el sentido de que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos que menciona el artículo 37.2) y como un recurso cuya interposición es necesaria para agotar la vía administrativa previa y acceder al recurso contencioso-administrativo (así se deduce de los términos relativos a que las decisiones “deberán ser objeto” de este recurso especial “con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo”).

Pues bien, el Consejo de Estado considera conveniente mantener la configuración del recurso como exclusivo, sin que proceda la interposición de otros recursos administrativos ordinarios contra las decisiones a que se refiere el artículo 37.2.

En cambio, deberían suprimirse o modificarse (por ejemplo, sustituyendo la expresión “deberán” por “podrán”) aquellas expresiones del artículo 37.1 que configuran este recurso como de obligada interposición para acceder a la vía contenciosa. En otras palabras, debería configurarse este recurso especial en materia de contratación como un recurso potestativo.

c) La necesidad de un recurso rápido y eficaz: decisiones impugnables

El primero de los requisitos exigido por la Directiva de recursos consiste en la necesaria eficacia y rapidez del sistema de recursos que se establezca. Así, el artículo 1.1 de la Directiva establece que los Estados miembros deben “garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible (...)”. Con ello se trata, a decir del Tribunal de Justicia, de “garantizar la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse” (Sentencia del TJCE de 11 de agosto de 1995, Comisión contra Alemania).

Esa “fase en la que las infracciones aún pueden corregirse” es, sin duda, la anterior a la perfección del contrato, pues antes de este el recurso aún es útil y puede permitir una protección jurídica completa; tras él sólo cabe el juego de la indemnización por los daños y perjuicios causados. En este sentido, el Abogado General señala en sus conclusiones al asunto Alcatel (Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1999) que “no hay que subestimar el alcance del contraste entre estas dos fases”, pues “la anulación de una decisión puede permitir al licitador que ha interpuesto el recurso preservar todas sus posibilidades para

obtener el contrato público. Por el contrario, la mera indemnización constituye muchas veces una compensación poco satisfactoria para una empresa excluida del contrato, habida cuenta, en particular, de las dificultades a que deberá hacer frente para demostrar la magnitud del perjuicio y la relación de causalidad con la infracción del Derecho comunitario”.

El vigente sistema de recursos español parece cumplir, de forma general, con este requisito de impugnabilidad de la adjudicación y las decisiones anteriores a ella, en la medida en que – con arreglo a los artículos 107 de la Ley 30/1992 y 25.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- los actos de trámite son recurribles cuando deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión contra España).

El artículo 37.2 del anteproyecto incorpora este concepto tradicional de actos de trámite recurribles, y añade otras decisiones a la lista de las que pueden impugnarse a través del recurso especial de contratación:

“Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que estos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.

La novedad principal de este precepto (además de la cita expresa de los pliegos) es la introducción del concepto de adjudicación provisional, figura regulada, junto con la adjudicación definitiva, en el artículo 135 del anteproyecto, y con la que se intenta dar satisfacción, por anticipado, a las nuevas exigencias que probablemente incorporará la Directiva de recursos, tras su revisión.

Según la memoria que acompaña al anteproyecto, la revisión de la Directiva de recursos prevé, en línea con la Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1999 (asunto Alcatel), insertar “un período de paralización del procedimiento entre la adjudicación del contrato y su formalización (dando por descontado que la perfección del vínculo se produce por medio de esta) de duración suficiente para permitir la interposición del correspondiente recurso, y la atribución a la presentación de éste de un efecto suspensivo automático”.

La recepción de este requerimiento en el anteproyecto difiere ligeramente, según la memoria, del planteamiento expuesto: “Al objeto de mantener el principio antiformalista que inspira nuestra legislación, se ha desdoblado la decisión de adjudicación en dos trámites, la adjudicación provisional (que se articula, además, a otros efectos ...) y la adjudicación definitiva, separados por un lapso de quince días hábiles que jugará el papel del período de congelación procedimental previsto en los trabajos preparatorios de la revisión de la Directiva de recursos. Durante los diez primeros días de ese plazo podrán los interesados interponer el recurso especial en materia de contratación, que producirá de forma automática la suspensión del procedimiento, suspensión que se mantendrá hasta la resolución del recurso”.

Sin perjuicio del riesgo que supone siempre llevar a cabo una reforma legislativa basada en simples proyectos de reforma del Derecho comunitario cuyo alcance y contenido se desconoce aún, nada hay que oponer a esta solución del anteproyecto, sin duda audaz y que se adapta a la vigente regulación comunitaria.

Por lo demás, el análisis del artículo 37.2 aporta un nuevo argumento a favor de la extensión del recurso especial a todos los contratos, estén o no sujetos a regulación armonizada.

La lectura de las distintas –y dispersas– disposiciones del anteproyecto relativas a la adjudicación de los contratos (en particular, los artículos 27 y 135), permite concluir que esta distinción entre adjudicación provisional y definitiva se aplica: por una parte, a todos los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, independientemente de sus características; y, por otra, a los de las restantes entidades del sector público cuando estén sujetos a regulación armonizada. Ese “período de congelación procedimental” entre la adjudicación provisional y la definitiva se dará, por tanto, en todos los contratos de las Administraciones Públicas, con independencia de sus características; sin embargo, solo será útil (a efectos de la interposición del recurso) en el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada. Debería, por ello, considerarse la posibilidad de equiparar el ámbito de aplicación del recurso con el definido en el artículo 27.1 del anteproyecto.

d) Aplicación del recurso a los actos de las sociedades mercantiles bajo control público

En otro orden de cosas, la definición del objeto de este recurso especial se amplía también en relación con la determinación de las autoridades adjudicadoras cuyas decisiones pueden ser impugnadas en esta vía.

En línea con la jurisprudencia del TJCE antes analizada, el anteproyecto considera ya como parte del sector público a las sociedades mercantiles bajo control público, incluyéndolas así en su ámbito de aplicación (artículos 3.1.d] y 13.1 del anteproyecto). Como consecuencia de ello, las decisiones adoptadas por dichas sociedades en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos podrán ser objeto del recurso especial de contratación, en las condiciones y con los requisitos establecidos en el artículo 37.

e) Competencia para resolver el recurso

El artículo 37 del anteproyecto se refiere a la autoridad competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación en su apartado 4, que tiene el siguiente tenor literal:

“Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano administrativo, serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del ministerio, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. En este último caso, cuando la entidad contratante esté vinculada con más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del ministerio, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida”.

El precepto reproducido atribuye siempre la competencia para la resolución del recurso a una autoridad administrativa, posibilitando así posteriormente el control de su decisión por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La configuración del recurso especial en materia de contratación como un recurso administrativo, no jurisdiccional (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Francia), resulta conforme a la Directiva 89/665/CEE, cuyo artículo 2.8 comienza diciendo expresamente que “cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito”.

Algunos interrogantes puede plantear, por el contrario, la atribución de la competencia para resolver el recurso al propio órgano de contratación en los casos en que este pertenezca a una entidad que tenga el carácter de Administración Pública. Ciertamente, ningún precepto de la Directiva 89/665/CEE predetermina en modo alguno qué tipo de órgano debe resolver el recurso, por lo que en principio nada impide configurar este en algunos casos a imagen del recurso de reposición, atribuyendo su conocimiento al propio órgano de contratación, autor de la decisión impugnada.

Sin embargo, no puede dejar de apuntarse que la normativa comunitaria hubiera permitido adoptar otras soluciones sin duda de mayor complejidad técnica, pero que podrían suponer una mayor garantía de los derechos de los administrados. Tal solución alternativa consistiría en atribuir la competencia para la resolución de estos recursos (independientemente del tipo de contrato) a un organismo independiente, posibilidad que apunta expresamente el artículo 81 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios:

“De conformidad con la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, los Estados miembros asegurarán la aplicación de la presente Directiva mediante mecanismos eficaces, accesibles y transparentes. A tal fin podrán designar o establecer, entre otras cosas, una agencia independiente”.

A juicio del Consejo de Estado, aunque la solución adoptada por el anteproyecto no es contraria a la Directiva de recursos, el sistema de recursos especiales en materia de contratación ganaría si se atribuyese su resolución a un organismo administrativo independiente y compuesto por especialistas.

Además de los beneficios que comporta la independencia del órgano llamado a resolver, la concentración de la competencia para ello en un número limitado de órganos podría permitir una mayor unificación de criterios en las resoluciones, descargando con ello la vía judicial.

f) Legitimación

Con arreglo al artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE: “Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso”.

El anteproyecto transpone esta exigencia sobre la legitimación para la interposición del recurso de forma bastante amplia en el apartado 3 del artículo 37:

“El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores”.

Nada hay que oponer al tenor del precepto reproducido, que se ajusta a las exigencias de mínimos trazadas por la Directiva de recursos.

En su interpretación deberán tenerse en cuenta, no obstante, algunos de los criterios interpretativos sentados por la jurisprudencia comunitaria. Así, por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 12 de febrero de 2004 establece que la negativa a reconocer el interés en obtener el contrato de que se trate y, en consecuencia, el derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665/CEE a una persona que no ha participado en el procedimiento de adjudicación del contrato ni ha interpuesto un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora en la que se fijan las características de la licitación que le impedían esa participación no puede menoscabar el efecto útil de dicha directiva.

5. Artículo 38: Medidas provisionales

La Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003 (Comisión contra España), antes mencionada, constató un segundo incumplimiento de la Directiva de recursos por parte de la legislación contractual española, en relación con el régimen de medidas cautelares. En particular, considera el Tribunal que es contrario a la Directiva 89/665/CEE condicionar, como hace la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa española, la adopción de medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra dichas decisiones.

Esta decisión judicial obligó a una nueva reforma del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, introduciéndose al efecto un nuevo artículo 60 bis con el siguiente tenor literal:

“1. Los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Esta solicitud podrá formularse con independencia de que se interponga el recurso correspondiente.

2. Serán órganos competentes para adoptar, en su caso, tales medidas provisionales los que lo sean para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase.

3. El plazo para solicitar la adopción de las medidas citadas será de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa.

Contra dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida”.

El artículo 38 del anteproyecto de Ley regula la adopción de medidas cautelares en materia de contratación de forma muy semejante al precepto que se acaba de reproducir, sin más diferencias que las derivadas de la creación del recurso especial.

No se entiende por ello la razón por la que el anteproyecto limita ahora la aplicación de estas medidas provisionales a los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, cuando la regulación todavía vigente (artículo 60 bis antes reproducido) no hace ningún tipo de distinción a este respecto, y debe entenderse aplicable a todos los contratos. Se produce con ello una injustificada restricción de las garantías con que hasta el momento cuentan los interesados.

Lo anterior lleva a subrayar la conveniencia, más arriba expresada, de extender la aplicación de los artículos 37 y 38 del anteproyecto a todos los contratos.

B. Normas generales sobre precio del contrato (artículo 75)

Se ha observado durante el expediente que no se incorpora en el anteproyecto la regla actualmente prevista en el último inciso del artículo 14.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de acuerdo con la cual, tras establecerse que los contratos tendrán siempre un precio cierto, se dispone: “En todo caso, los órganos de contratación cuidarán de que el precio del contrato sea el adecuado al mercado”.

La Dirección General del Patrimonio del Estado estima –en su nota para responder a las principales alegaciones formuladas en el trámite de audiencia– que si la expresión “precio de mercado” ha de entenderse en sentido amplio, esto es en referencia “a un mercado más amplio que el de la propia contratación pública” o a un “consenso del mercado”, su inclusión en el anteproyecto es contradictoria con “la piedra angular de selección de ofertas de la Directiva”, que es “la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa”.

Es más –añade–, “es necesario poner de manifiesto el conflicto latente que la existencia de este principio [precio adecuado al mercado] mantiene cuando los órganos de contratación reciben ofertas con bajas muy significativas respecto a los precios de mercado que se han incorporado a los presupuestos de licitación. En efecto, la asunción plena de la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa implica que los licitadores por razones subjetivas (exceso de capacidad, estrategias empresariales, etc.) u objetivas (disposición de medios en localizaciones geográficas próximas, de tecnologías especiales, etc.) puedan efectuar ofertas muy por debajo de los precios que corresponden al consenso del mercado, entendido en sentido amplio. Este fenómeno que se produce con naturalidad en el sistema vigente de contratación se contradice con la existencia del principio enunciado. Además, la directiva ampara (artículo 55.3) la adjudicación a ofertas que se sitúen fuera del precio de mercado e incluso tengan la apariencia de ‘anormalmente bajas’ aun cuando hayan sido construidas artificialmente gracias a ayudas de estado concedidas legalmente”.

Concluye que por todo ello la regla de precio adecuado al mercado no es compatible con el criterio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa en la directiva; y que, no obstante, la atención al precio de mercado es importante en otros momentos que sí se recogen en el anteproyecto: en general, para determinar el valor estimado del contrato; en fase de preparación, donde el presupuesto de licitación sí atiende a dicho precio; y en fase de ejecución, a través de las fórmulas de revisión de precios.

El Consejo de Estado considera que los argumentos esgrimidos por el órgano encargado de la elaboración no solo no son decisivos para la exclusión de la regla relativa a que los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea el adecuado al mercado, sino que llevan a propugnar la inclusión de dicha regla en el anteproyecto.

Ante todo, el criterio sobre el que gira el sistema de adjudicación de la Directiva 2004/18/CE (artículo 53) nada dice a favor o en contra de la inclusión de la regla del precio adecuado al mercado. El citado artículo de la directiva se refiere a que los criterios de adjudicación podrán ser: “a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico [...]; b) o bien solamente el precio más bajo”. El artículo 134 del anteproyecto, con otra redacción, viene a recoger esta misma norma. Así pues, el precio podrá ser único criterio de adjudicación o bien podrá ser tenido en cuenta junto a otros; en todo caso, la regla que ahora se analiza no afecta a esta cuestión, sino a la relativa a que el precio –juegue el papel que juegue en la concreta adjudicación– resulte adecuado al mercado.

En segundo lugar, y más relevante, el sentido de esta regla es el de garantizar que el precio – el ofrecido por uno de los licitadores y aceptado por el órgano de contratación– se adecue al efectivo cumplimiento del contrato y no dé lugar a la aceptación de una oferta que haya incurrido en una baja temeraria respecto al presupuesto de licitación, según la vigente terminología, o anormal o desproporcionada, en los términos de la Directiva 2004/18/CE y del anteproyecto. Este sentido sigue siendo el que tanto el Derecho comunitario como nuestro propio Derecho interno tratan de salvaguardar. La excepción prevista por el artículo 55.3 de la directiva, y recogida en el artículo 136.3, último párrafo, del anteproyecto, va en otra línea –no consideración automática de anormalmente baja de una oferta que cuente con ayudas de Estado–, pero no hace caer, sino que confirma, la regla general de que las ofertas no deberán ser anormales o desproporcionadas y para cuya aplicación el precio sigue siendo un factor determinante en esa valoración, bien el único (artículo 136.1 del anteproyecto) o uno de ellos (artículo 136.2).

Por ello, y aunque ciertamente la apreciación de una oferta anormal o desproporcionada no se vincule ya estrictamente y en todo caso en el anteproyecto a un precio anormalmente bajo (artículo 136.3), ello no puede llevar a la omisión total de una regla en este sentido. Desde este punto de vista, debe rechazarse enérgicamente que la exclusión de una regla similar a la que hoy contiene el artículo 14.1 “in fine” del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se justifique en la circunstancia relativa a “que los licitadores por razones subjetivas (exceso de capacidad, estrategias empresariales, etc.) u objetivas (disposición de medios en localizaciones geográficas próximas, de tecnologías especiales, etc.) puedan efectuar ofertas muy por debajo de los precios que corresponden al consenso del mercado, entendido en sentido amplio” o en el hecho de que este fenómeno –se dice– “se produce con naturalidad en el sistema vigente de contratación se contradice con la existencia del principio enunciado”, lo que, es claro, no ha de llevar a la eliminación del principio sino a la corrección de tal fenómeno.

Por lo demás, es claro que el mantenimiento de esta norma debería tener en cuenta la nueva regulación del artículo 136 del anteproyecto, y en especial el que este artículo permita la adjudicación a quien ha realizado una oferta desproporcionada o anormal, si se observa –por las explicaciones del oferente– que es una oferta seria que puede ser cumplida en atención a las circunstancias concurrentes.

En definitiva, el Consejo de Estado considera conveniente incluir en el artículo 75 del anteproyecto una regla del siguiente o similar tenor:

“En todo caso, los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, atendiendo generalmente al mercado”.

XI. Libro II

A. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas (artículo 101 y concordantes)

Este artículo regula por extenso lo relativo al establecimiento de prescripciones o especificaciones técnicas en los contratos, materia que ha sido objeto de atención por parte del Derecho comunitario.

Este se basó inicialmente en la evitación de especificaciones discriminatorias (prescripciones técnicas de determinadas condiciones que solo pudieran cumplir, o que beneficiaran a las empresas nacionales), en cuanto pudieran convertirse en una medida de efecto equivalente a la restricción de libertades comunitarias. Estas medidas podían consistir, abiertamente, en la reserva de determinados contratos a empresas nacionales o de determinadas partes del territorio nacional: así, en el caso resuelto por la Sentencia del TJCE de 20 de marzo de 1990, Dupont de Nemours Italiana c. Unità Sanitaria Locale di Carrara, en un conflicto que afectaba a las empresas de una zona del territorio italiano. En una línea similar, la inclusión de especificaciones que indicasen fabricación o procedencia determinada también quedaba prohibida, salvo que no pudieran definirse de otro modo, añadiendo en ese caso la expresión “o equivalente” (Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1993, que condenó al Reino de España por la redacción del entonces artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado).

Además, el Derecho comunitario ha incidido en el llamado orden para el establecimiento de prescripciones técnicas. Así, ya el “Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea” (Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996) señalaba que “las normas y especificaciones técnicas que describen las características de las obras, suministros o servicios objeto del contrato son un elemento fundamental de los esfuerzos de apertura de la contratación pública. La utilización de normas nacionales puede limitar en gran medida el acceso de los proveedores no nacionales a estos contratos. A este respecto, las

directivas prevén que los poderes adjudicatarios recurran a una definición de las especificaciones técnicas por referencia a las normas o acuerdos técnicos europeos, sin perjuicio de las reglas técnicas nacionales obligatorias, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario. En las directivas se ha hecho un esfuerzo por resolver este problema, obligando a los poderes adjudicatarios a referirse a normas europeas siempre que éstas existan". En este sentido, se contenían normas en las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (artículo 14), 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (artículo 8) y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (artículo 10), sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministro y obras, respectivamente.

El artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE contiene actualmente una completa regulación de esta materia.

En nuestro Derecho interno, el artículo 52 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas procedió a la transposición de las normas recogidas en las Directivas "clásicas".

El artículo 101 del anteproyecto transpone las reglas del artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE, ajustándose en líneas generales a aquella.

Cabe destacar que, respecto a la definición de las prescripciones técnicas, el artículo 101.1 establece lo siguiente: "Las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (lo que resulta ajustado al artículo 23.1 de la directiva). Y añade: y [se definirán], siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación".

Por su parte, el artículo 101.3 regula el orden para el establecimiento de prescripciones técnicas, ajustándose a la directiva. No obstante, no recoge el inciso inicial del vigente artículo 52.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo a la compatibilidad del Derecho comunitario, y que debería añadirse diciendo: Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes formas (...).

En cuanto a la prohibición de especificaciones técnicas discriminatorias por razón de exigencia de un determinado producto, se contiene en el artículo 101.8 del anteproyecto.

Por último, la regla del actual artículo 52.3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se recoge, en sede de capacidad para contratar, en el artículo 45.1 del anteproyecto, que establece: "Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a los contratos siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras". La salvedad inicial relativa a la inaplicación de esta regla en los casos de adjudicación mediante diálogo competitivo no deriva de la Directiva 2004/18/CE y debería suprimirse.

B. Condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 102 y concordantes)

A) Este artículo es el primero de los que se refieren a la posibilidad de integrar aspectos referentes a condiciones sociales o medioambientales en la contratación pública. En este caso se trata de integrar dichos aspectos en fase de ejecución del contrato (artículo 102). Con posterioridad se analizará la problemática diferente que plantea la introducción de criterios de este tipo en la fase de adjudicación (artículo 134). En ambos casos se aplica a los contratos celebrados por Administraciones Públicas.

B) La Directiva 2004/18/CE se refiere a las condiciones de ejecución del contrato, en primer lugar, en su considerando 33:

"Las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como

ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones -aplicables a la ejecución del contrato- de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional”.

El artículo 26 de la directiva establece lo siguiente:

“Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”.

C) En esta materia, son relevantes además dos comunicaciones interpretativas de la Comisión Europea: una, la “Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos” (de 15 de octubre de 2001); otra, la “Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública” (de 4 de julio de 2001).

C.1) Por lo que hace a los aspectos sociales, la Comunicación de 15 de octubre de 2001 se refiere en el punto 1.6 a la posibilidad de integrarlos en la fase de ejecución.

Ante todo, se admite que “una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o «condiciones de ejecución del contrato», siempre que esta se ajuste al Derecho comunitario y, en particular, que no tenga un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros”. Se añade que la introducción de dichas condiciones debe respetar las garantías de publicidad y transparencia y, en particular, “no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse tampoco a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación”. La Comisión aclara además que “la cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución de este último. En consecuencia, basta en principio con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir ese requisito en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada. En cambio, no puede exigirse que se cumplan esas condiciones a efectos de la presentación de la oferta”.

Respecto a las cláusulas contractuales sociales que se pueden introducir, a modo de ejemplo señala las siguientes:

- “la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación;
- la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica;
- la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional”.

C.2) En cuanto a los aspectos medioambientales, el punto 4 de la Comunicación de 4 de julio de 2001 se refiere a su introducción en la ejecución del contrato en términos muy semejantes. La incorporación de estas condiciones resulta posible, aunque debe salvaguardarse la transparencia y “deben evitarse las que sean especificaciones técnicas, criterios de selección o criterios de adjudicación encubiertos”. Igualmente, menciona una serie de ejemplos de “condiciones concretas suplementarias, relacionadas con los resultados o la ejecución del contrato y que en última instancia cumplen una serie de objetivos medioambientales de carácter general, que son suficientemente concretas, cumplen los principios del Derecho comunitario y son conformes con las directivas”.

D) En nuestro Derecho interno ha de tenerse en cuenta el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 4 de marzo de 2005, por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres (publicado como anexo a la Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo de 2005). El punto 1.1 de este acuerdo señala: “Se acuerda introducir en los pliegos de cláusulas de contratación con la Administración pública criterios que favorezcan la contratación de mujeres por parte de las empresas que concursen”.

El informe de impacto por razón de género se ha hecho eco de esta orientación gubernamental, a la cual responde la “medida positiva” que el anteproyecto introduce en este

sentido, la cual –explica– “se articula en tres preceptos”: artículo 102 y la eficacia de la previsión que este contempla en los artículos 196 y 206.h). Añade que “este planteamiento del anteproyecto que se entiende respetuoso con la Directiva 2004/18/CE, no se deduce del tenor literal del precepto que el artículo 102 transpone (artículo 26 de la Directiva) ni del elemento interpretativo, que resume sucintamente la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, contenido en el considerando 33 de la exposición de motivos de la misma Directiva. La mención expresa a un criterio social singular definido en los términos de habilitar a las entidades públicas a fijar condiciones de ejecución encaminadas a ‘eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer’ en el mercado laboral, encuentra su apoyo y acomodo en las propias disposiciones que se han reproducido en el apartado 1 de este informe [artículos 2, 3.2, 137.1 y 141.4 de Tratado de la Comunidad Europea]”.

E) A la vista de todo ello, el artículo 102 del anteproyecto dispone lo siguiente:

“1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que no sean discriminatorias y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. 2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.h). Cuando su incumplimiento no se tipifique como causa de resolución del contrato, podrá ser considerado, en los términos que se establezcan en el pliego o en el documento contractual, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e)”.

F) Cabe observar, en primer lugar, la norma relativa a la fijación de dichas condiciones “en el pliego o en el contrato”. Debería establecerse que la estipulación de estas condiciones ha de corresponder al pliego y, más en concreto, al de cláusulas administrativas particulares, toda vez que estas condiciones de ejecución “no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas” (Comunicación de 15 de octubre de 2001).

En segundo lugar, el tipo de condiciones que podrán establecerse se ajusta en líneas generales a lo permitido por el derecho comunitario, según lo antes visto.

Respecto a la eficacia, se plantea algún problema. La virtualidad de esta previsión se despliega en otros tres preceptos –y no solo en los dos que citaba el informe de impacto por razón de género–:

- El pliego –como se dijo, el de cláusulas administrativas particulares– podrá fijar, no solo las condiciones de ejecución concretas, sino las penalidades a imponer por el incumplimiento de aquellas (artículo 196.1).

- También podrá aquel atribuir a estas condiciones el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.h) [debería hacer referencia al artículo 206.g)].

- En fin, cuando su incumplimiento no se tipifique como causa de resolución del contrato, podrá ser considerado, en los términos que se establezcan en el pliego o en el documento contractual, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e). Esta última consecuencia es novedosa en nuestro ordenamiento y plantea varios inconvenientes. En primer lugar, se deja al órgano de contratación la definición de los incumplimientos que puedan constituir “infracciones graves” en esta materia y la apreciación de los mismos. Y en segundo lugar, los efectos no solo recaen sobre la fase de ejecución del contrato –penalidades, resolución– sino que afectan a la futura aptitud para contratar del contratista que hubiera incurrido en esta circunstancia. Esta consecuencia debería, pues, ser suprimida, tanto en lo que se refiere al establecimiento mismo de esta causa de prohibición de contratar, que parece responder a esta sola finalidad [artículo 49.2.e del anteproyecto y apartados concordantes del artículo 50], como en la facultad que se otorga al órgano de contratación de definir esta circunstancia como infracción grave en el pliego [artículo 102.2, último inciso].

G) Todavía respecto a los llamados “criterios cualitativos” –es decir, no estrictamente económicos– en la contratación pública, cabe señalar, en otro orden de consideraciones, que también se ha propugnado su introducción en el anteproyecto por parte del Ministerio de

Asuntos Exteriores y de Cooperación, tanto en fase de condiciones de ejecución como en fase de adjudicación, en lo relativo a las “exigencias del comercio justo”.

El órgano proponente, basándose en los condicionantes que el Derecho comunitario impone en esta materia, no ha incorporado dichos criterios en el anteproyecto. No obstante, ha introducido una “reflexión” en tal sentido en el punto 3 del apartado IV de la Exposición de Motivos, en el que, tras hacer referencia a la introducción en la contratación pública de consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterio para valorar las ofertas, añade: prefigurando una estructura que permita acoger en el futuro pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un ‘comercio justo’ con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Sin desconocer la importancia que sin duda merece la atención a dichos requerimientos, su mención en la exposición de motivos de la norma proyectada introduce un factor de confusión y, en cuanto basada en un mero designio de política legislativa sin incidencia jurídica alguna en la regulación del anteproyecto, debería ser suprimida.

XII. Libro III

A. La introducción de las novedades en materia de adjudicación derivadas de la Directiva 2004/18/CE

1. Aspectos generales

A) La Directiva 2004/18/CE regula una serie de figuras novedosas en materia de adjudicación que responden bien a una necesidad de flexibilización de los procedimientos (diálogo competitivo) o bien a exigencias de simplificación en la contratación y uso de medios electrónicos (subasta electrónica, acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación, centrales de contratación), cuyas peculiaridades se analizarán seguidamente.

En todo caso, ha de destacarse que el legislador comunitario, consciente de la novedad de tales procedimientos y figuras, no ha querido imponer una adaptación forzosa de estas a los diversos sistemas nacionales, sino que deja a los Estados miembros la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan recurrir a aquellas; sin perjuicio, claro es, de que una vez que se proceda a la incorporación deba hacerse en los términos definidos y regulados por la directiva. Así lo expresa el considerando 16 de la Directiva 2004/18/CE: “Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva”, y así se deduce de los términos de los respectivos preceptos (“los Estados miembros podrán estipular” [artículo 29, diálogo competitivo; artículo 11, centrales de compras] o “los Estados miembros podrán prever la posibilidad” [artículos 32 y 33, acuerdos marcos y sistemas dinámicos de adquisición y artículo 54, utilización de subastas electrónicas]).

B) El anteproyecto pretende la transposición de todas estas novedades, lo que lleva a cabo en su Libro III, en sede de selección del contratista y adjudicación de los contratos.

A su vez, la incorporación en dicho Libro III supone –según la técnica de estructuración y delimitación de regímenes escogida por el anteproyecto– que el alcance y la posibilidad de aplicar las nuevas figuras sean diversos según que el sujeto contratante sea una Administración Pública o alguna otra entidad del sector público. Así, cabe diferenciar:

- El procedimiento de diálogo competitivo podrá seguirse únicamente por la Administración Pública cuando se trate de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado –pues sólo aquella puede celebrar dichos contratos (artículo 11 del anteproyecto)–. En los restantes casos (como se verá, contratos particularmente complejos que no admitan su adjudicación mediante procedimiento abierto o restringido), el procedimiento de diálogo competitivo podrá seguirse por una Administración Pública o por otra entidad del sector público que cumpla los requisitos del artículo 13.1, siempre que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada (ex artículo 174).

- En cuanto a la subasta electrónica, esta forma de licitación resulta de aplicación a los contratos celebrados por Administraciones Públicas y también a los de aquellas entidades del sector público comprendidas en el ámbito del artículo 13.1 cuando estén sujetos a regulación armonizada (igualmente según la regla del artículo 174).

- Mayores problemas de delimitación presentan, por último, las figuras recogidas en el Título II del Libro III del anteproyecto bajo la rúbrica general de racionalización técnica de la contratación: los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y las centrales de contratación.

El primer problema se presenta porque la pretendida delimitación de régimen que hacen las normas generales de este título es imprecisa (téngase en cuenta lo dicho con carácter general al tratar de la estructura de la norma). Así, de la lectura de los artículos 178 y 179 parece desprenderse que este título es de aplicación a todos los entes del sector público, y ello porque el artículo 178 se refiere impersonalmente a que podrán utilizarse estos instrumentos, sin precisar sujetos; y el artículo 179 precisa el alcance para las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, para todas las restantes, pues. De esta primera lectura se deduciría pues que es un título –al igual que el Libro I– de aplicación general, con un alcance determinado para la Administración Pública y otro para el resto de entidades del sector público. Sin embargo, esta primera distinción quiebra en el Capítulo IV relativo a centrales de contratación (artículos 187 a 191), que solo resulta de aplicación a las Administraciones Públicas. Esta primera aclaración debiera reflejarse en las normas generales con que se abre el título.

Partiendo de que un capítulo es solo de aplicación a Administraciones Públicas y los otros dos (acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación) a la totalidad de entes del sector público, se hace preciso matizar con qué intensidad aplican las normas de este título los diversos sujetos.

Para ello este Título II del Libro III gira sobre una idea similar a la de la directiva que transpone, es decir que se trata de instrumentos de simplificación y mejora de los procedimientos de adjudicación potestativos para los órganos de contratación. Así lo indica el tenor del artículo 178: “(...) podrán concluirse acuerdos marco, articularse sistemas dinámicos o centralizar la contratación ...”.

Ahora bien, el artículo 179 añade: “Para las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, la regulación establecida en este título solo tendrá carácter imperativo en relación con la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada”. En la formulación de este precepto late una cierta confusión. Pues la regulación de estos instrumentos es, como se ha dicho, potestativa para los órganos de contratación –al igual que puede serlo, v. gr., el uso de medios telemáticos en lugar del uso de medios escritos–, pero ello no quiere decir que tal regulación sea dispositiva para los sujetos que puedan emplearla. La directiva comunitaria prevé la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a estos instrumentos “según quedan definidos y regulados por la presente Directiva” en los contratos que regula. De modo similar, el anteproyecto puede prever, como lo hace, la introducción de estas figuras en determinados contratos (los sujetos a regulación armonizada) o en todos los de la ley, pero una vez establecida la regulación –en caso de que un órgano de contratación use de tales instrumentos– deberá observarla en todo caso.

Recapitulando lo dicho, la regulación de los artículos 178 y 179 habría de contener las siguientes prescripciones:

- Para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos, las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, de acuerdo con las normas del presente título.
- Las restantes entidades del sector público podrán concluir acuerdos marco y articular sistemas dinámicos de contratación de acuerdo con las normas del presente título, “cuando celebren contratos sujetos a regulación armonizada” o sin más precisión.

C) En sus aspectos sustantivos, las figuras que introduce el Libro III del anteproyecto responden a diversos objetivos del Derecho comunitario.

El procedimiento de diálogo competitivo tiende a dar respuesta a la necesidad de flexibilización de los procedimientos de adjudicación previstos por las directivas “clásicas”. Los acuerdos marco buscan simplificar la celebración de determinados contratos, cuando alguna de sus condiciones hubiese sido fijada por un acuerdo previo con el órgano de contratación. Las técnicas de centralización de adquisiciones permiten racionalizar la contratación de diversos órganos, para el caso de contratos con características homogéneas, de modo que el respeto de los principios de adjudicación por la central sirva para entender que aquellos los han observado también en sus respectivos contratos.

Otros aspectos necesitados de mejora son todos los relativos a la contratación electrónica, ya sea que recaigan sobre el entero proceso de contratación (sistemas dinámicos), ya únicamente sobre la licitación (subasta electrónica) o ya, en fin, sobre cualesquiera medios a emplear en el procedimiento de selección y adjudicación (comunicaciones por medios electrónicos).

En las observaciones que siguen se tratará de todos estos instrumentos, por el orden en que se regulan en el anteproyecto. Con carácter general, cabe señalar que resulta oportuna y conveniente la introducción de estas figuras previstas y reguladas en sus líneas generales por la Directiva 2004/18/CE, aunque no sujetas a la exigencia de rigurosa transposición. En todo caso, no debe olvidarse que se trata de figuras novedosas en nuestro ordenamiento interno, dotadas de un alto grado de flexibilidad y que permiten un mayor margen de actuación tanto para el órgano de contratación como para los operadores económicos, y respecto a las cuales deberán observarse todas las cautelas previstas por el Derecho comunitario –recurso no abusivo a estos instrumentos, utilización tal que no falsee la competencia– y aquellas relativas a los principios esenciales en la contratación pública de publicidad y concurrencia (vigilancia y notificación de prácticas contrarias a la libre competencia, disposición adicional vigésimo séptima del anteproyecto).

2. Subasta electrónica

Una de las preocupaciones del Derecho comunitario es, como se dijo, la relativa a la introducción de los medios electrónicos en la contratación pública, siempre que se respeten las condiciones de transparencia y competencia entre los licitadores. Las ventajas propias del uso de medios electrónicos se concentran en este caso en la fase de licitación.

El considerando 14 de la Directiva 2004/18/CE procede a una justificación de la figura de la subasta electrónica amplia, aunque rodeada de cautelas. Para salvaguardar los principios de igualdad de trato y transparencia, “es conveniente prever –dice– que las subastas electrónicas sólo afecten a contratos de obras, de suministro o de servicios para los que las especificaciones puedan establecerse de manera precisa. Tal puede ser el caso, en particular, de los contratos recurrentes de suministros, obras y servicios. Con la misma finalidad, conviene prever también que la clasificación respectiva de los licitadores pueda establecerse en cada momento de la subasta electrónica”. Menciona luego su utilidad: “El recurso a las subastas electrónicas permite a los poderes adjudicadores pedir a los licitadores que presenten nuevos precios, revisados a la baja, y cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, mejorar asimismo elementos de la oferta distintos del precio”. Y de nuevo: “Para garantizar el respeto del principio de transparencia, conviene que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas. Por consiguiente, no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras y determinados contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras”. La definición del artículo 1.7 de la directiva comprende esos aspectos: “Una ‘subasta electrónica’ es un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos”.

La regulación está en sede de adjudicación, en el artículo 54 de la directiva. En su apartado 2 regula los posibles supuestos de utilización, siempre que las especificaciones del contrato puedan establecerse de manera precisa; y establece que podrá basarse solo en los precios o en estos y otros valores indicados en los pliegos de condiciones. Prevé las menciones que habrá de incluir el anuncio de licitación y el pliego de condiciones (apartado 3). Establece que antes de la subasta electrónica se procederá a una primera evaluación completa de las ofertas (apartado 4, primer párrafo) y detalla después el comienzo de la subasta mediante invitaciones simultáneas (apartado 4, segundo párrafo). El contenido de las invitaciones y el desarrollo de la subasta son objeto de regulación en los apartados 5 y 6. El apartado 7 describe los posibles modos de cierre de la subasta. Y el apartado 8 establece la adjudicación conforme a los criterios generales y en función de los resultados de la subasta, y contiene algunas cautelas generales (párrafo segundo).

El artículo 132 del anteproyecto se ha ajustado, en líneas generales, al artículo 54 de la directiva. La regulación está también en sede de adjudicación, aunque limitada en su utilización a los contratos de las Administraciones Públicas. Se prevé para los contratos de las directivas y para todos los demás que regula el anteproyecto, con carácter general. En cambio, se ha ceñido su utilización a procedimientos abiertos y restringidos y en ningún caso al negociado. Es claro que se trata de una forma específica de licitación y, como tal, puede

utilizarse tanto si el único criterio de adjudicación es el precio como si ha de atenderse, junto a este, a otros factores para determinar la oferta económicamente más ventajosa (nada que ver, por tanto, como ha repetido el órgano de elaboración del anteproyecto, con la antigua forma de adjudicación por subasta de nuestro Derecho ligada al primero de esos criterios de adjudicación). Las menciones a que obliga la directiva y el desarrollo de la subasta previsto por esta se transponen de forma prácticamente literal. Cabría sugerir en primer lugar, aunque la cuestión es simplemente de técnica normativa y redacción, que en la descripción de la subasta electrónica en el artículo 132.1 se hable, en línea con el artículo 1.7 de la directiva, más bien de proceso repetitivo o reiterativo y no simplemente iterativo (pues desarrollo en el tiempo lo hay en todo contrato y en toda licitación, y lo específico de la subasta electrónica es la reclasificación automática en virtud de las nuevas pujas) y se añada también en ese primer apartado la prevención general aunque luego aparece en el apartado 5— relativa a que es un proceso que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas (lo que incide en su carácter repetitivo y pone límites a un uso demasiado automatizado). Y también sería conveniente que en el artículo 132.2 “in fine” las cautelas de la directiva sean objeto de transposición completa, por su importancia: es decir, que se disponga que no se puede recurrir a la subasta electrónica de forma abusiva, ni tampoco, como ya está previsto, de forma que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato, pudiendo añadirse en este último caso tal como se ha sometido a licitación mediante la publicación del anuncio de licitación y definido en los pliegos de condiciones.

3. El diálogo competitivo como nuevo procedimiento de adjudicación

La necesidad de hacer más flexibles los procedimientos de adjudicación es una preocupación del Derecho comunitario. Como tal, se expresó ya en el Libro Verde de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 (“Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”) y posteriormente en la Comunicación de la misma de 11 de marzo de 1998 (“La contratación Pública en la Unión Europea”); se decía en esta que “en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuál son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores (...) Los procedimientos de derecho común previstos por las Directivas ‘clásicas’ sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados como demasiado rígidos para este tipo de actuaciones”.

La Directiva 2004/18/CE introduce la figura del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación. En su considerando 30, explica los supuestos para los que este procedimiento está concebido: cuando a los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos les resulte objetivamente imposible definir los medios para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones financieras y jurídicas que ofrezca el mercado (lo que ejemplifica “en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada”) y siempre “que la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos”. Señala también la cautela esencial que deberá observarse, de manera que el recurso a este procedimiento no restrinja o falsee la competencia, “especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas o imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa”.

La regulación del artículo 29 de la directiva parte de la delimitación de los supuestos de aplicación: “en el caso de contratos particularmente complejos” (los cuales a su vez se definen en el artículo 11.1.c) por la incapacidad objetiva del poder adjudicador, bien para definir los medios técnicos ni siquiera mediante especificaciones técnicas formuladas en términos de rendimiento o exigencias funcionales [artículo 23.3, apartados b, c y d], bien para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto) y “cuando el poder adjudicador considere que el uso de los procedimientos abierto o restringido no permite la adjudicación del contrato” (apartado 1). El resto del artículo 29 establece el desarrollo de dicho procedimiento: anuncio de licitación y definición de sus necesidades en el mismo o en un documento descriptivo (apartado 2); diálogo entre el poder adjudicador y los licitadores (apartado 3); determinación de una solución e invitación a presentar una oferta final (apartados 5 y 6); evaluación de las ofertas y selección de la económicamente más ventajosa (apartado 7). Se introducen cautelas relativas a la confidencialidad de las soluciones propuestas (apartado 3, segundo párrafo) y a que las precisiones, aclaraciones y ajustes sobre las ofertas finales de

los licitadores o sobre la seleccionada no podrán modificar elementos sustanciales de aquella de tal modo que se falsee la competencia (apartados 6, párrafo segundo y 7, párrafo segundo). Se prevé la posibilidad de premios y pagos para los participantes en el diálogo (apartado 8).

La transposición que efectúa el anteproyecto parte de una caracterización del procedimiento ajustada a la directiva y la posibilidad de establecer “primas y compensaciones” para los participantes en el diálogo (artículo 163).

La delimitación de los supuestos de aplicación se hace en el artículo 164. Los apartados 1 y 2 recogen los supuestos, en que podrá utilizarse el diálogo competitivo, de “contratos particularmente complejos” y siempre que “el órgano de contratación considere que el procedimiento abierto o restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato”, en términos ajustados a la directiva. El apartado 3 establece que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se adjudicarán siempre por este procedimiento (norma que, como todo lo relativo al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, no deriva de la transposición de la directiva y será objeto de análisis en un apartado posterior). Cabe destacar que, siendo estos los supuestos de aplicación, no resulta precisa y debería mejorarse la redacción del artículo 122.2 del anteproyecto en cuanto delimita los supuestos generales de aplicación de los diversos procedimientos de adjudicación. El último inciso de dicho artículo señala que en el caso previsto en el artículo 164 podrá recurrirse al diálogo competitivo, cuando más bien debería indicar –con esta o similar redacción– que el diálogo competitivo se usará en los casos y según los términos previstos en el artículo 164.

En cuanto al desarrollo del procedimiento, se contiene en los artículos 165 a 167. El artículo 165, tras reproducir en sus términos la norma de la directiva relativa a que el órgano de contratación publicará un anuncio de licitación dando a conocer sus necesidades, que definirá bien en el propio anuncio, bien en un documento descriptivo, regula la fase inicial por remisión a lo dispuesto para el procedimiento restringido en los artículos 147 a 150. Es decir, prevé la aplicación de las normas sobre invitación a participar en el procedimiento –en el diálogo, en este caso– y sobre selección de los invitados (artículos 147 a 149); y también prevé la aplicación de las normas sobre contenido de las invitaciones (artículo 150). Sin embargo, en este último caso, el artículo 165.3 plantea algunas dudas en su concreta formulación, que no resulta precisa y que debería aclararse. Así, establece que serán aplicables las previsiones del artículo 150, con las siguientes variaciones: que las referencias hechas al pliego se entenderán realizadas al documento descriptivo –debería añadirse en su caso, pues puede suceder que dicho documento no resulte necesario, si las necesidades están definidas en el anuncio–; la invitación deberá indicar, dice, el lugar a donde deben dirigirse las comunicaciones, término que al parecer sustituye en el caso de diálogo competitivo al de ofertas (aunque no tiene mayor relevancia, debería aclararse); igualmente deberá indicar la invitación la lengua a utilizar (a diferencia de lo dispuesto para el procedimiento restringido, en el que debe indicarse la lengua en que deben estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano: se ha observado durante el expediente, y el Consejo de Estado comparte este criterio, que resulta más justa la regla del procedimiento restringido, no debiendo poder exigir un órgano de contratación español la presentación de ofertas o comunicaciones solo en un idioma distinto al castellano); en fin, y es el problema más grave, nada dice el artículo 165.3 sobre la fecha límite para la recepción de ofertas o comunicaciones: podría pensarse que se aplica la regla del artículo 150 –es decir, que la invitación debe fijar la fecha límite– pero entonces es dudoso si también resulta de aplicación lo dispuesto en tal sentido por el artículo 151. Todos estos aspectos deberían ser aclarados.

Por lo demás, una vez recibidas las ofertas o comunicaciones, se inicia el diálogo, para el que el artículo 166 establece una serie de normas muy abiertas, prácticamente reiteración de las de la directiva. Y una vez cerrado el diálogo, se invita a la presentación de las ofertas finales (166.4, último párrafo; cabe destacar que aquí sí se incluye la regla sobre fecha límite para las mismas y que la regla sobre lengua a utilizar matiza si se admite alguna otra además del castellano). El artículo 167.2 dispone por último que “el órgano de contratación (...) seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración –añade– habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente en base al precio ofertado”. Se ha incluido la cautela de la confidencialidad y la relativa a que, tanto sobre las ofertas finales como sobre la seleccionada, las precisiones, aclaraciones y ajustes que requiera el órgano de contratación no podrán

modificar elementos sustanciales de aquellas de tal modo que se falsee la competencia (167.1, párrafo segundo y 167.3).

4. Acuerdos marco

La figura de los acuerdos marco persigue la racionalización técnica de la contratación, en cuanto pretende hacer posible la celebración y adjudicación de contratos públicos en los términos y condiciones fijados por un acuerdo anterior dirigido a ello (sobre todo, en lo relativo a los precios y las cantidades). Basada en la categoría del contrato normativo, esta figura aparece en el Derecho comunitario de la contratación pública en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (artículo 1.5) y en nuestro Derecho interno en el artículo 6 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

En la Directiva 2004/18/CE, su considerando 11 explica que “cuando un poder adjudicador celebre, de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva, un acuerdo marco relativo, en particular, a la publicidad, los plazos y las condiciones para la presentación de ofertas, podrá suscribir contratos basados en dicho acuerdo marco durante la vigencia del mismo bien aplicando las condiciones establecidas en el acuerdo marco, bien, si no se han fijado todas las condiciones por anticipado en dicho acuerdo marco, volviendo a convocar una licitación entre las partes en el acuerdo marco sobre las condiciones no fijadas. La nueva licitación debe cumplir determinadas normas destinadas a garantizar la necesaria flexibilidad y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato. Por estos mismos motivos, debe limitarse la duración máxima de los acuerdos marco que no podrá ser superior a cuatro años, salvo en casos debidamente justificados por los poderes adjudicadores”.

De acuerdo con ello, el artículo 1.5 define acuerdo marco como “un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”. Y el artículo 32 de la directiva establece el régimen de los acuerdos marco, y de los contratos que se adjudiquen con base en aquellos. Para ello parte de algunas escuetas normas sobre celebración del propio acuerdo marco: que para tal celebración “los poderes adjudicadores seguirán las normas de procedimiento previstas en la presente Directiva en todas las fases hasta la adjudicación de los contratos basados en este acuerdo marco” (apartado 2, primer párrafo); que “la elección de las partes del acuerdo marco se llevará a cabo mediante la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con el artículo 53” (el mismo); que “la duración de un acuerdo marco no podrá superar los cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco” (apartado 2, cuarto párrafo); que “los poderes adjudicadores no podrán recurrir a los acuerdos marco de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada” (apartado 2, párrafo quinto) y que “cuando se celebre un acuerdo marco con varios operadores económicos, el número de éstos deberá ser de tres por lo menos, siempre que haya un número suficiente de operadores económicos que respondan a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación” (apartado 4).

Y por otro lado da normas sobre la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco. Ante todo, que “estos procedimientos sólo serán aplicables entre poderes adjudicadores y operadores económicos que sean originariamente partes en el acuerdo marco” y que “en la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco, las partes no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales en los términos establecidos en el acuerdo marco, en particular en el caso mencionado en el apartado 3” (artículo 32.2, párrafos segundo y tercero). Después establece las normas sobre las concretas adjudicaciones de contratos basados en un acuerdo marco. En primer lugar, “cuando se celebre un acuerdo marco con un único operador económico, los contratos basados en este acuerdo marco se adjudicarán con arreglo a los términos establecidos en el mismo. En la adjudicación de estos contratos, los poderes adjudicadores podrán consultar por escrito al operador que sea parte del acuerdo marco, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta” (artículo 32.3). Y en segundo lugar, “la adjudicación de contratos basados en acuerdos marco celebrados con varios operadores económicos” (artículo 32.4), que podrá realizarse

“bien mediante la aplicación de los términos basados en el acuerdo marco, sin convocar a las partes a una nueva licitación o bien, cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, una vez convocadas las partes a nueva licitación tomando como base los mismos términos, precisándolos si fuera necesario y, si ha lugar, tomando como base otros indicados en el pliego de condiciones del acuerdo marco”, con arreglo al procedimiento que establece dicho artículo.

En transposición de estas normas se establecen los artículos 180 a 182 del anteproyecto.

Los dos primeros preceptos se refieren a la funcionalidad de la figura en general (artículo 180.1) y a determinadas normas sobre la celebración de los acuerdos marco propiamente dichos (artículo 180, apartados 2 y 3, y todo el artículo 181). La caracterización o funcionalidad del instrumento global de los acuerdos marco que hace el artículo 180.1 es correcta en líneas generales, habilita ampliamente para usar de esta figura a todos los órganos de contratación del sector público e incluye la limitación general de que el recurso a este instrumento no distorsione la competencia. Ahora bien, se sugiere la mejora en dos puntos: por un lado, a esta última limitación –que el recurso a los acuerdos marco no se efectúe de manera que la competencia quede falseada– debería añadirse la cautela también general que prevé el artículo 32.2, último párrafo, de la directiva –es decir, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de manera abusiva o de forma que la competencia (...)–; por otro lado, sería conveniente hacer una mención no limitativa a la clase de condiciones que pueden establecer los acuerdos marco, tal como hace el artículo 1.5 de la directiva: diciendo, por ejemplo, que “los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones, en particular las relativas a precios y en su caso a las cantidades previstas, a que habrán de ajustarse los contratos (...)”.

En cuanto a las normas sobre celebración de los acuerdos marco, las relativas al número de partes cuando el acuerdo se celebre con varios empresarios y a la limitación temporal de cuatro años (artículo 180, 2 y 3) se ajustan literalmente a la directiva. Mayor problema plantean las normas que sobre procedimiento de celebración de acuerdos marco prevé el artículo 181. El artículo 181.1 establece con carácter general que para dicha celebración se seguirán las normas de procedimiento (preparación y adjudicación) establecidas en el libro II y en el capítulo I del título I de este libro, en cada caso, se entiende, las que correspondan según los sujetos del sector público que celebren el contrato: por ello, debería decirse más bien que se seguirán las normas de procedimiento establecidas en el libro II y en el título I [sin precisar capítulos, pues también los entes del sector público que no sean Administraciones Públicas, ni aun organismos públicos, pueden celebrar estos acuerdos] de este libro. Por su parte, respecto a la publicidad del acuerdo marco, el artículo 181.2 establece una remisión al artículo 138, apartados 1 y 4. Ante todo, sería mejor establecer directamente en esta sede cuál es la regla de publicidad, evitando una remisión. Pero además parece que la que se hace al artículo 138, sin mayor aclaración, es inadecuada porque dicho artículo se refiere a publicidad de las adjudicaciones –y no es de lo que se trata aquí, publicidad de la celebración de un acuerdo marco; sería más adecuado, por ejemplo, el anuncio previsto para la convocatoria de licitaciones por el artículo 126 del anteproyecto–, y porque la excepción de publicidad que el artículo 138.4 establece para ciertas adjudicaciones es inaplicable aquí y no la prevé la directiva. Debería pues fijarse la regla correspondiente a publicidad del acuerdo marco teniendo en cuenta estas observaciones.

En cuanto a las reglas sobre adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco, el artículo 182 se ajusta en general a lo dispuesto en el artículo 32 de la directiva, aunque cabría observar dos puntos. Por una parte, el artículo 182.2 “in fine” prevé que, para todos los contratos celebrados con base en un acuerdo marco, no será necesaria la publicidad de la adjudicación del artículo 138.1, regla que no está prevista en la directiva y que debería suprimirse. Por otra parte, en el artículo 182.4.a), que regula el caso de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios y en el que los términos de aquel no estuviesen definitivamente establecidos de modo que fuese necesaria nueva licitación –supuesto que parte ya de una cierta dosis de inseguridad–, se establece que el órgano de contratación podrá decidir que la consulta por escrito a todas las empresas que prevé el artículo 32.4.a) de la directiva quede reducida a menos empresarios –hasta un mínimo de tres– si se trata de contratos no sujetos a regulación armonizada. En estos contratos no hay ciertamente norma de la directiva en tal sentido, pero el Consejo de Estado considera que sería deseable suprimir la salvedad en cuestión, previendo en cualquier caso la consulta a todos los

empresarios que fueron partes en el acuerdo marco, desde el punto de vista de la transparencia que debe exigirse a los contratos adjudicados de esta manera.

5. Sistemas dinámicos de contratación

Por lo que hace a los sistemas electrónicos de contratación, expone el considerando 13 de la directiva: “Habida cuenta de la rápida expansión de los sistemas electrónicos de compra, conviene fijar desde este momento normas adecuadas que permitan a los poderes adjudicadores sacar el máximo provecho de las posibilidades que estos sistemas ofrecen. En ese sentido, conviene definir un sistema dinámico de adquisición totalmente electrónico para las compras corrientes, y establecer normas específicas para llevar a la práctica y regular el funcionamiento de dicho sistema, a fin de garantizar que todo operador económico que desee participar en el mismo reciba un trato equitativo. Cualquier operador económico debe poder integrarse en un sistema de este tipo si presenta una oferta indicativa conforme con el pliego de condiciones y cumple los criterios de selección. Esta técnica de adquisición permitirá, mediante la creación de una lista de licitadores ya aceptados y la posibilidad ofrecida a nuevos licitadores de integrarse en ella, que los poderes adjudicadores dispongan de una gama especialmente amplia de ofertas -gracias a los medios electrónicos utilizados-, garantizando así una utilización óptima de los fondos públicos mediante una amplia competencia”.

En desarrollo de tales objetivos, el artículo 1.6 de la directiva define “sistema dinámico de adquisición” como “un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones” y el artículo 33 regula el régimen de estos sistemas. Para ello establece una distinción entre la puesta en práctica del sistema dinámico de adquisición y la concreta licitación de cada contrato de acuerdo con las condiciones establecidas en el sistema. En este sentido, cabe decir que el sistema dinámico de contratación parte también de la virtualidad que ofrece la figura del contrato normativo – fijación por anticipado de ciertas condiciones que permiten celebrar, o no, un contrato según las mismas–, pero, a diferencia de lo que sucede con los acuerdos marco, se desarrolla mediante un procedimiento abierto, primero en el sentido riguroso de procedimiento de adjudicación abierto a todo contratista que cumpla las condiciones de la oferta, pero después también en el sentido de “constantemente abierto” (o dinámico) de modo que permite la presentación de ofertas durante todo el desarrollo del sistema, aunque obviamente se ciñe, en cada concreta licitación, a las que hayan sido presentadas y evaluadas hasta el momento de celebrar aquella. Así, resumidamente, los apartados 2, 3, 4 y 7 del artículo 33 de la directiva establecen las reglas de la puesta en práctica o aplicación del sistema dinámico de adquisición: procedimiento abierto y admisión de todo licitador que cumpla los criterios de selección y haya presentado oferta indicativa ajustada al pliego (apartado 2); desarrollo del sistema: anuncio, pliego y acceso directo y continuo al sistema por vía electrónica (apartado 3); evaluación de las ofertas indicativas y comunicación de su admisión o rechazo (apartado 4); criterios generales de duración del sistema no superior a 4 años, recurso al mismo no distorsionador de la competencia, gratuidad de este y uso exclusivo de medios electrónicos (apartados 7 y 2 “in fine”). Mientras que los apartados 5 y 6 definen en lo esencial la adjudicación de contratos basados en el sistema: licitación específica precedida de “anuncio de licitación simplificado” y posibilidad de presentación de ofertas indicativas en 15 días (apartado 5); y –una vez “momentáneamente cerrado” el sistema tras ese plazo– invitación, hecha a todos los licitadores admitidos, para presentar ofertas en ese contrato específico y adjudicación al licitador que haya presentado mejor oferta según los criterios del anuncio, reiterados o no en la invitación (apartado 6).

La regulación de los sistemas dinámicos de contratación se lleva a cabo en los artículos 183 a 186 del anteproyecto. La primera cuestión que plantea la transposición de esta nueva figura es la funcionalidad de la misma que pretende el anteproyecto. El artículo 183.1 establece que los órganos de contratación del sector público podrán articular sistemas dinámicos para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Ello plantea dos tipos de cuestiones, a juicio del Consejo de Estado:

- En primer lugar, la directiva (considerando 13, artículo 1.6, regulación general del artículo 33) prevé la utilización de estos sistemas –que llama de “adquisición”– para lo relativo a “compras de uso corriente” (el considerando 13 habla de “compras corrientes” y de facilitar las

“técnicas de adquisición”). Ciertamente, la expresión empleada por la directiva no es precisa, pero parece claro, al mismo tiempo, que el sistema implantado por aquella está pensado para su aplicación en ciertos contratos de suministro o, a lo sumo, en ciertos contratos de servicios (si bien es cierto que, en materia de centralización de adquisiciones, la directiva, empleando la misma terminología, trata de contratos de obras, suministro y servicios). Con todo, la virtualidad de los sistemas dinámicos en contratos de obras se antoja altamente complicada, a juicio de este Consejo de Estado; sin mencionar la muy difícil delimitación de lo que serían obras “de uso corriente”. En atención a ello, debería replantearse el alcance de esta figura en el anteproyecto.

- En segundo lugar, la directiva (artículo 1.6) contiene una precisión ulterior de lo que haya de entenderse por “compras de uso corriente”, añadiendo a continuación “cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador”. Esta matización o aclaración, con los necesarios retoques (mención al órgano de contratación), debería añadirse también en el artículo 183.1 del anteproyecto.

Los artículos 184 y 185 regulan la puesta en práctica y el desarrollo del sistema. En líneas generales, se ajustan a la directiva. Cabría sugerir la sustitución de la rúbrica del artículo 184, implementación, por otro término como puesta en práctica del sistema o aplicación de este. Sería deseable, asimismo, que el artículo 185.3 precisase la expresión cuanto antes referida al plazo de comunicación de admisión o rechazo de la oferta indicativa, pues la forzosa amplitud de los términos empleados por la directiva comunitaria no debe comportar imprecisión e inseguridad en la norma correspondiente en su transposición al ordenamiento interno.

Finalmente, el artículo 186 contiene las normas sobre adjudicación de los contratos específicos en el marco del sistema. Cabe observar algunos aspectos de la regulación. En el artículo 186.2, la previsión de la directiva relativa al anuncio simplificado de licitación y el plazo de 15 días para la presentación y evaluación de las últimas ofertas indicativas, se establece sólo para los contratos sujetos a regulación armonizada. Ciertamente, nada obliga a extender esta previsión más allá, para los contratos no sujetos a la directiva. Parece que el establecimiento de esta salvedad responde a un deseo de acortamiento de los trámites y simplificación en el caso de contratos de cuantía inferior a esos umbrales. No obstante, el Consejo de Estado sugiere la reconsideración de esta norma y el establecimiento general del trámite de anuncio simplificado de licitación, pues si bien dicho trámite alarga en unos días el procedimiento de adjudicación, también parece cumplir una función de dar claridad y seguridad al sistema, en cuanto “corta” el funcionamiento dinámico de este para anunciar una concreta licitación. Por otra parte, en el artículo 186.3 se establece un plazo suficiente para la presentación de ofertas una vez que se haya recibido la invitación: de nuevo debería precisarse cuál será ese plazo en aras de la seguridad jurídica.

6. Centrales de contratación

El considerando 15 de la directiva señala: “Se han desarrollado en algunos Estados miembros determinadas técnicas de centralización de adquisiciones. Varios poderes adjudicadores se encargan de efectuar adquisiciones o adjudicar contratos públicos/acuerdos marco destinados a otros poderes adjudicadores. Estas técnicas contribuyen, debido a la importancia de las cantidades adquiridas, a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de pedidos. Por consiguiente, conviene establecer una definición comunitaria de las centrales de compras al servicio de los poderes adjudicadores. Deben igualmente definirse las condiciones en las que, dentro del respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, puede considerarse que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras han respetado la presente Directiva”.

Por su parte, el artículo 1.10 de la directiva define “central de compras” como “un poder adjudicador que adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores, o adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministro o servicios destinados a poderes adjudicadores”. Mientras que el artículo 11 establece lo siguiente: “1. Los Estados miembros podrán establecer que los poderes adjudicadores adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de centrales de compras. 2. Se considerará que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras en los supuestos contemplados en el apartado 10 del artículo 1 han respetado las disposiciones de la presente Directiva, siempre que la central de compras respete dichas disposiciones”.

La regulación del anteproyecto comienza con el artículo 187 relativo a la funcionalidad de estas figuras, que transpone de modo ajustado las dos posibles funciones que para las

centrales prevé el artículo 1.10 de la directiva. Posteriormente, se refiere a la creación de estos instrumentos en ámbito autonómico y local, así como a la posibilidad de estos de adherirse a sistemas externos de contratación centralizada. Por último, los artículos 190 y 191 establecen las peculiaridades en ámbito estatal.

B. Criterios de valoración de las ofertas (artículo 134)

A) En este precepto se plantea de nuevo la cuestión relativa a la posibilidad de emplear criterios “cualitativos”, en especial medioambientales y sociales, en la contratación pública, en este caso como criterios de adjudicación del contrato.

B) De nuevo ha de partirse del Derecho comunitario, que ha hecho un esfuerzo por clarificar los criterios aplicables en esta materia (cfr. considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE).

En sede de adjudicación, la Directiva 2004/18/CE establece en su artículo 53.1 lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán:

a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución; b) o bien solamente el precio más bajo”.

En su considerando 1, se explica ya que “la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2”. El considerando 46 vuelve sobre el particular y precisa los siguientes aspectos: “La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa. (...) Cuando los poderes adjudicadores opten por adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, deben evaluar las ofertas con vistas a determinar cuál de ellas presenta la mejor relación calidad/precio. Para ello definirán criterios económicos y cualitativos que en su conjunto deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador. La determinación de esos criterios dependerá del objeto del contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta. A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato”.

Estas explicaciones responden a una jurisprudencia comunitaria que ha admitido una evolución en el sentido apuntado.

En primer lugar, algunas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han permitido la utilización de estos criterios como “criterios adicionales”. Así, en su Sentencia de 21 de septiembre de 1988, Gebroeders Beentjes, asunto 31/87, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estimó que el criterio de contratar a desempleados de larga duración –que no guardaba relación ni con la comprobación de la solvencia ni con los criterios de adjudicación enumerados en la directiva– era no obstante compatible con las directivas de contratación pública si se atenía a todos los criterios pertinentes de Derecho comunitario. En la Sentencia de 26 de septiembre de 2000, Comisión contra República Francesa

[Construcción de edificios escolares en la región Nord-Pas-de-Calais], se afirmó que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que esta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes.

En cuanto al uso de estos criterios para determinar la oferta económicamente más ventajosa, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha mostrado más cauto. Únicamente por lo que hace a criterios medioambientales, en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, asunto C-513/99, el Tribunal ha afirmado que “cuando en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación”.

En todo caso, la Comisión (Comunicaciones interpretativas de 4 de julio y 15 de octubre de 2001) considera, respecto al criterio de la oferta económica más ventajosa, que “la característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que, al igual que los criterios que se citan a modo de ejemplo, todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio” (punto 1.4.1 de la Comunicación de 15 de octubre de 2001 relativa a criterios sociales y, en términos muy semejantes, punto 3.1 de la Comunicación de 4 de julio de 2001 relativa a criterios medioambientales).

En particular, por lo que hace a los criterios sociales, se precisa que “entre los criterios que se mencionan a modo de ejemplo en las Directivas no figuran criterios sociales. Sin embargo, si por «criterios sociales» entendemos aquellos que permitan evaluar, por ejemplo, la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas, podemos considerar que éstos son aceptables, dado que contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de lo previsto en las directivas. Por el contrario, los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores o las preferencias de precios, por ejemplo, serían incompatibles con las actuales Directivas de contratación pública. Lo mismo cabe decir de los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo” (Comunicación de 15 de octubre de 2001).

C) Por lo que respecta a nuestro ordenamiento interno, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en alguna ocasión sobre esta cuestión, a propósito de los dictámenes sobre los proyectos normativos que darían lugar a la aprobación de los siguientes Decretos del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid:

- Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid, para apoyar la estabilidad y la calidad en el empleo. El dictamen 3495/98, de 19 de noviembre, estimó que los criterios de su artículo 2 “no dejan de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados”.

- Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. El dictamen 585/2003, de 20 de marzo de 2003 puso de manifiesto que “si bien sobre esta cuestión ya se pronunció el Consejo de Estado en su dictamen de 19 de noviembre de 1998 (expediente 3495/98), precisamente relativo al Decreto 213/1998, admitiendo la posibilidad de que el criterio relativo a la estabilidad y calidad en el empleo pueda configurarse como un criterio a efectos de la adjudicación por concurso, la inclusión de esta previsión en el proyecto que ahora se dictamina debería reconsiderarse o suspenderse temporalmente a la vista de las circunstancias, dado que, según señala la representación de las empresas, el Decreto 213/1998 se encuentra en la actualidad impugnado ante el Tribunal Superior de Justicia de

Madrid (trámite de conclusiones) y bajo denuncia ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (expediente 58/5040 de la Comisión)”.

- Decreto 128/2005, de 15 de diciembre, que deroga parcialmente determinadas medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo. El dictamen 1638/2005, de 13 de octubre, señaló que “la modificación normativa sometida a consulta –en un aspecto limitado y fruto de las urgencias impuestas por el requerimiento de la Comisión Europea en lo relativo a los fondos regionales– debería abordarse con mayor rigor, teniendo en cuenta los intereses en juego y las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria en esta materia”, fundándose, entre otras consideraciones, en que si bien “la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha permitido una cierta apertura a los criterios sociales en fase de adjudicación, aunque con matices”, “ello no obsta para que algunos otros criterios sociales sigan considerándose incompatibles con las Directivas de contratación pública [se citaba la Comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001]”, línea que ha sido confirmada por el artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE.

D) En cuanto a la regulación del anteproyecto, el artículo 134.1 establece lo siguiente:

“Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la asunción del compromiso de mantener éste invariable como precio cerrado, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o sociales, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”.

Nada hay que objetar a la introducción expresa del criterio de la oferta económicamente más ventajosa, junto al del precio más bajo, ajustado al artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE. Tampoco a la expresa mención de los diversos criterios vinculados al objeto del contrato que puedan servir para determinar aquella, entre los que se cuentan las características medioambientales, citadas por el mencionado artículo de la directiva.

Mayor inconveniente presenta la cita, sin mayor aclaración que la relativa a que se entenderán como criterios vinculados al objeto del contrato, de las características sociales:

- Como se ha visto, estas características no son contempladas por el artículo 53 de la directiva como criterios de adjudicación del contrato.

- Ciertamente, la propia directiva en sus considerandos hace alguna mención al posible juego de estas características sociales, bien de forma inespecífica (considerando 1), bien precisando que, bajo ciertas condiciones su determinación dependerá del objeto del contrato y deberán permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva– “el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades -definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato” (considerando 46).

- En fin, la jurisprudencia comunitaria y las directrices de la Comisión sobre la materia, si bien orientadas hacia una cierta apertura, siguen considerando que ciertas condiciones sociales son incompatibles con los objetivos comunitarios –tendientes a evitar el riesgo de discriminación y el relativo a que un poder adjudicador se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico–, de modo que solo se admiten “siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación” (sentencia Concordia Bus Finland, antes citada).

A la luz de todas estas consideraciones, el Consejo de Estado sugiere un replanteamiento de la mención de las características sociales como criterios de adjudicación expresamente incluidos en el artículo 134 del anteproyecto, resultando necesaria, en todo caso, una mayor precisión de las condiciones que deberán reunir para poder actuar como tales criterios.

C. Publicidad de las adjudicaciones (artículo 138)

En este precepto, y en su rúbrica, debería indicarse que, con independencia de la publicidad de las adjudicaciones en los diarios oficiales, estas han de notificarse personalmente a los interesados.

D. Resolución por falta de formalización del contrato imputable al contratista (artículo 140.3)

El artículo 54.3 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece la siguiente regla: “Cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado la Administración podrá acordar la resolución del mismo, siendo trámite necesario la audiencia del interesado y cuando se formule oposición por el contratista, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados”.

El artículo 140.3 del anteproyecto dispone:

“Cuando, por causas imputables al contratista, no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía que, en su caso se hubiese constituido. Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pueda ocasionar, con independencia de que pueda solicitar la resolución del contrato al amparo de la letra d) del artículo 206”.

La falta de referencia al dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente se ha justificado por el órgano proponente en que tal supuesto queda cubierto por la regla general (dictamen en todo caso de resolución, mediando oposición del contratista). No obstante, convendría reiterarlo en esta sede, en cuanto se menciona en ella la causa específica de resolución.

E. Apertura de las proposiciones (artículo 144.1 “in fine”)

Este artículo del anteproyecto ya no recoge la regla de apertura de las proposiciones en acto público como regla general, sino únicamente en el caso de que así se haya previsto en el pliego o indicado en el anuncio.

Se ha observado, y el Consejo de Estado también lo considera así, que resulta más respetuoso con el principio de transparencia –que, por lo demás, el anteproyecto introduce por primera vez de forma expresa (artículo 123)– el mantenimiento de la vigente regla del artículo 82.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece dicha apertura en todo caso en acto público.

XIII. Libro IV

A. Subcontratación (artículo 210 del anteproyecto)

La regulación de la subcontratación ha sido objeto de numerosas observaciones a lo largo del expediente. La mayoría de las sugerencias realizadas por organizaciones del sector empresarial van en la línea de una regulación más flexible, no tan detallada y que permita un más amplio juego de esta facultad, sin que la restricción de sus condiciones –se dice– redunde en beneficio del interés público ni en un mejor servicio para la Administración contratante. Por el contrario, las organizaciones sindicales estiman necesaria una regulación que ponga límites a un uso excesivo e incontrolado de la facultad de subcontratación, con la seguridad y mejora de las condiciones de trabajo que ello comporta.

En líneas generales, la regulación del artículo 210 del anteproyecto es más limitativa que la que recoge el vigente artículo 115 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En particular, el artículo 210.a) procede a la transposición de una norma que –con carácter potestativo– prevé el artículo 25.1 de la Directiva 2004/18/CE y va más allá de lo previsto por la misma. Así, el citado artículo de la directiva señala: “En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos”. Por su parte, el artículo 210.a) del anteproyecto establece lo siguiente: El licitador deberá indicar en la oferta la parte del contrato que tenga previsto subcontratar, señalando su importe, así como los subcontratistas propuestos.

Ciertamente, se trata de una norma que limita de modo relevante esta facultad, en especial por cuanto obliga a indicar la identidad de los subcontratistas. Quizá por ello pudiera llegarse a una solución como la que, en sede de concreción de las condiciones de solvencia, establece el artículo 53 del anteproyecto, que exige que se especifique únicamente, no ya el nombre, sino la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación. También, a efectos de conciliar una correcta aplicación de la subcontratación con su conveniencia práctica, podría establecerse una cautela en el artículo 210.a) del anteproyecto, en estos o parecidos términos:

“El licitador deberá indicar en la oferta la parte del contrato que tenga previsto subcontratar, señalando su importe, así como, en el caso de que así se determine en el pliego de condiciones, los subcontratistas propuestos”.

En otra línea de preocupaciones, el anteproyecto quizá pudiera incluir alguna regla relativa a que, sin perjuicio de que la única responsabilidad ante la Administración sea la del contratista principal (artículo 210.3 del anteproyecto), la forma de obligarse el subcontratista ante el contratista principal (cfr. ese mismo artículo, primer inciso), incluya la mención de algún tipo de “persona responsable” de la subcontrata, que conozca e informe sobre la ejecución del contrato.

Como se dijo con carácter general, debería coordinarse en todo caso lo que se prevea sobre esta materia con la Proposición de Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, actualmente en tramitación.

B. Pagos a subcontratistas y suministradores (artículo 211)

A) El artículo 211 del anteproyecto supone una importante variación en la regla del plazo del pago a subcontratistas y suministradores, respecto a la actualmente vigente.

En efecto, el artículo 116 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en su redacción por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales) establece lo siguiente en sus apartados 4 y 5:

“4. Salvo lo que se dispone en el siguiente apartado 5, el contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con el artículo 4 de la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la misma Ley.

5. Cuando el plazo de pago se convenga más allá de sesenta días, dicho pago se instrumentará mediante un documento que lleve aparejada la acción cambiaria; y cuando el plazo de pago supere los ciento veinte días, podrá además exigirse por el subcontratista o suministrador que dicho pago se garantice mediante aval. Los subcontratos y los contratos de suministros a que se refiere el párrafo anterior tendrán en todo caso naturaleza privada”.

El texto del artículo 211 del anteproyecto mantuvo una redacción similar hasta la versión de fecha 12 de diciembre de 2005 (artículo 211, apartados d] y e] de aquella versión). Con posterioridad, y a instancias de una observación del Ministerio de Justicia en su escrito de 13 de diciembre de 2005 –en el que señalaba que el apartado e) “resulta contrario a la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, puesto que permite pagos que se vayan [sic] más allá de los treinta y de los sesenta días contemplados en la misma”–, se dio la redacción definitiva al precepto, que es la que consta en el artículo 211.4 del anteproyecto sometido a consulta:

“El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”.

A su vez, el apartado 2 dispone que “los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 200.4. para las relaciones entre la Administración y el contratista”, por lo que la regla del pago a subcontratistas y suministradores se concreta finalmente en 60 días.

B) Respecto a esta regulación, algunas empresas (SEOPAN, ANCI, ANERCO; en sentido contrario, CEPSCO) han manifestado una preocupación, que se puede resumir en los siguientes términos del escrito de SEOPAN de fecha 4 de abril de 2006:

“El mantenimiento de la libertad de pactos que actualmente autoriza el citado artículo 116.5 del TRLCAP es de trascendental importancia para el sector de la construcción pues, sólo así, pueden los contratistas del Estado soportar la morosidad que vienen observando las Administraciones públicas que, en ningún caso, pagan dentro del plazo de 60 días a que están obligadas (Art. 99 TRLCAP). En el caso concreto de los Ayuntamientos, que realizan la tercera parte de las obras públicas, las demoras alcanzan los 200 días.

(...) La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incorpora al ordenamiento interno la Directiva 2000/35/CE, sobre morosidad en las operaciones comerciales. La vigente Ley 3/2004 transpone correctamente la Directiva europea de morosidad (...) De los informes jurídicos consultados pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) Los plazos de pago a los que se refiere la Directiva 2000/35, de morosidad, no se establecen con carácter obligatorio, sino supletorio a falta de pacto entre las partes. La

Directiva respeta la libertad de pactos, permitiéndose aplazamientos superiores a los que se establecen con carácter supletorio, siempre que dichos plazos no sean manifiestamente abusivos. Para determinar el carácter manifiestamente abusivo de las cláusulas sobre plazos de pago en los contratos entre empresas es necesario atender a los criterios establecidos en la Directiva 2000/35 de Morosidad, transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley 3/2004 de Morosidad, criterios que otorgan un amplio margen de apreciación a las autoridades competentes de los Estados miembros y que exigen tomar en consideración "todas las circunstancias del caso".

b) En el caso de cláusulas fijando un plazo de pago superior a sesenta o ciento veinte días en contratos entre contratistas de las Administraciones Públicas y subcontratistas o suministradores debe tomarse especialmente en cuenta la posición de los contratistas como acreedores de las Administraciones Públicas, y en particular: (i) Que las Administraciones Públicas disponen de un plazo para el pago al contratista de sesenta días; (ii) Que no suelen respetar el plazo de sesenta días; y (iii) Que los contratistas solo suelen reclamar el pago de los intereses de demora y la indemnización por costes de cobro a que tienen derecho en virtud del artículo 99.4 de la LCAP en caso de demoras extraordinarias en el pago.

c) Más allá de la naturaleza del producto o del servicio en cada caso, existen pues razones objetivas para que los contratos considerados se aparten del plazo supletorio previsto en la Directiva 2000/35 y en la Ley 3/2004 de Morosidad y que puedan llegar a contemplar plazos superiores a sesenta y ciento veinte días, no siendo la finalidad de estos plazos proporcionar al contratista de las Administraciones Públicas una liquidez adicional a expensas de los subcontratistas y suministradores.

d) A la luz de las conclusiones anteriores, no es posible entender que, al contemplar la posibilidad de que en los contratos considerados se establezcan plazos de pago superiores a sesenta y ciento veinte días, el apartado 5 del artículo 116 de la LCAP sea contrario a la Directiva 2000/35 de Morosidad. Por el contrario, las disposiciones contenidas en este precepto contribuyen indudablemente a evitar que la fijación de tales plazos pueda resultar abusiva para los subcontratistas y suministradores, por cuanto en tales casos obliga a los contratistas a otorgar garantías adicionales".

C) La Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales expresa en sus considerandos iniciales los objetivos que persigue. Parte de la siguiente situación: "Onerosas cargas administrativas y financieras pesan sobre las empresas, y especialmente sobre las pequeñas y medianas, debido a los plazos de pago excesivos y a la morosidad. Estos problemas son además una de las principales causas de la insolvencia que amenaza la propia supervivencia de las empresas y se traduce en la pérdida de numerosos puestos de trabajo" (considerando 7). "La presente Directiva –admite– tiene en cuenta la cuestión de los plazos de pago contractuales dilatados y, en particular, la existencia de determinados tipos de contrato en los que pueden estar justificados un período de pago más largo combinado con una restricción de la libertad de contratar o tipos de intereses más altos" (considerando 18). En fin, señala que "la presente Directiva debe prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor. Cuando un acuerdo sirva principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o cuando el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de las que él mismo sea beneficiario, podrán considerarse factores constitutivos de dicho abuso" (considerando 19).

En su regulación concreta, el artículo 3.1.b) establece que "los Estados miembros velarán por que: (...) si no se fija la fecha o el plazo de pago en el contrato, el interés sea pagadero automáticamente, sin necesidad de aviso de vencimiento: 30 días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente" o desde la recepción de la mercancía o servicios o a contar desde el acaecimiento de otras circunstancias.

El artículo 3.2 prevé: "En el caso de algunos tipos de contrato que deberá definir la legislación nacional, los Estados miembros podrán fijar el plazo de exigibilidad del pago de los intereses en un máximo de 60 días cuando obliguen a las partes contratantes a no rebasar dicha demora o cuando fijen un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal".

Por último, dispone el artículo 3.3: "Los Estados miembros dispondrán que cualquier acuerdo sobre la fecha de pago o sobre las consecuencias de la demora que no sea conforme a lo dispuesto en las letras b) a d) del apartado 1 y en el apartado 2 no sea aplicable o dé lugar al derecho a reclamar por daños si, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas los usos habituales del comercio y la naturaleza del producto, es manifiestamente abusivo

para el acreedor. Para determinar si un acuerdo es manifiestamente abusivo para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse de lo dispuesto en las letras b) a d) del apartado 1 y en el apartado 2. En caso de determinarse que el acuerdo es manifiestamente abusivo, se aplicarán las disposiciones legales, a no ser que los tribunales nacionales determinen otras condiciones que sean justas". D) El Consejo de Estado considera que la actual regulación del anteproyecto es ajustada a la Directiva 2000/35/CE.

Los plazos fijados por la citada directiva no se establecen como supletorios de la voluntad de las partes, sino que por el contrario es el apartamiento de las reglas de la Directiva 2000/35/CE el que dará lugar a que un determinado acuerdo pueda ser considerado "manifiestamente abusivo para el acreedor", con la consiguiente aplicación de las reglas legales. No se trata, pues, en la fijación de la norma nacional sobre la materia, de predeterminar un acuerdo de tal tipo ni se ha de calibrar si dichos plazos, o acuerdos sobre plazos, mayores se dirigen o no "a proporcionar al contratista de las Administraciones Públicas una liquidez adicional a expensas de los subcontratistas y suministradores" ni se resultan, según las circunstancias del caso o de la generalidad de los casos, abusivos.

Por el contrario, se trata más sencillamente de establecer la regla aplicable en la legislación sobre contratación pública, regla que ha de observar el máximo previsto en el artículo 3.2 de la Directiva 2000/35/CE, al que se ajusta el anteproyecto sometido a consulta.

C. Contrato de obras con precio cerrado (artículo 216.2)

El Consejo de Estado no desconoce la problemática que genera la práctica de los reformados de proyectos. El citado dictamen 214/92, de 21 de mayo, ponía ya de relieve esta cuestión, al decir que "la eficacia del sistema y de la acción administrativa en esta materia [contratación pública] ha de descansar en dos pilares fundamentales: a) Es el primero, que debe extremarse el rigor en la fase preparatoria del contrato y especialmente en la redacción del proyecto inicial, de forma que sólo muy excepcionalmente haya de recurrir a su ulterior modificación; no siendo aventurado afirmar que gran parte de las anomalías percibidas y de los conflictos surgidos en la fase de ejecución de los contratos administrativos son directamente referibles a carencias, insuficiencias o imprevisiones del proyecto (...). b) Es la segunda, que el buen fin de un contrato administrativo y la prevención de circunstancias o efectos que pueden llegar a ser gravemente perjudiciales depende en gran medida del continuado y diligente ejercicio de la función de vigilancia que corresponde a la Administración y, en concreto, al facultativo designado por la misma".

Respondiendo a esta preocupación, el anteproyecto ha incluido un precepto (artículo 216.2) que recoge la figura del que llama contrato de obras con precio cerrado, en el que establece: "Cuando el adjudicatario haya asumido el compromiso de mantener invariable el precio de su oferta, formulándolo con el carácter de precio cerrado, no serán abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto sometido a licitación".

Pues bien, cabe destacar que este precepto, que fue introducido acogiendo una sugerencia del Ministerio de Fomento y que en la versión inicial propuesta por este (noviembre de 2005) constaba de siete párrafos –a lo largo de los cuales se preveía un régimen completo, con sucesivas oportunidades de los licitadores de examinar el proyecto y poner de manifiesto cuantas mejoras estimasen pertinentes– ha quedado reducido, en la versión sometida a consulta, a una regla que no puede mantenerse en sus actuales términos.

En efecto, una previsión simple y sin matizaciones como la que recoge hoy el artículo 216.2, más que a solucionar los problemas de los proyectos modificados, viene a crear uno más grave, cual es el de la injusticia que comporta la regla de atribuir a la Administración contratante la facultad de ejercitar su ius variandi sin límite alguno y sin necesidad de abonar al contratista ninguna de las modificaciones realizadas. A la vista de ello, debería suprimirse la regla de este artículo 216.2 del anteproyecto.

D. Contrato de concesión de obras públicas

1. Sistemática. Exclusión de la regulación de la financiación privada de la concesión de obras públicas

Como ya se advirtió, el contrato de concesión de obras públicas más, si cabe, que otros contratos típicos– encuentra su régimen disperso en los distintos libros de la ley, con el añadido de que se trata además de un contrato con numerosas especialidades y una regulación propia que recibió de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

Un problema peculiar lo constituye la exclusión del anteproyecto de las normas reguladoras de la financiación privada de la concesión de obras públicas, que son las únicas cuyo

mantenimiento en vigor prevé la disposición derogatoria del anteproyecto (artículos 253 a 260 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Se ha observado durante el expediente, y el Consejo de Estado también lo considera así, que hubiera sido deseable traer esta regulación al anteproyecto, bien a su articulado, bien a alguna de las disposiciones de su parte final.

En todo caso, el órgano proponente ha justificado su decisión en la circunstancia de que está en tramitación una nueva normativa sobre esta materia, cuya “filosofía” –dice– se basa en un sistema restrictivo del esquema de financiación privada de la concesión de obra pública (que aflora ya, por lo demás, en algunos artículos del anteproyecto: artículos 263.4, 266.1) y cuya incorporación a la norma ahora proyectada ha resultado imposible, “en la medida que afecta a legislaciones troncales: hipotecaria, del mercado de valores, de entidades de crédito, además de los aspectos puramente contractuales”.

2. Presentación de proposiciones por empresas vinculadas

No se recoge en el anteproyecto la regla del artículo 234.4 del vigente texto refundido, de acuerdo con la cual: La presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas. Esta regla podría incorporarse en el artículo 250 del anteproyecto o bien, lo que parece sistemáticamente más idóneo, en el artículo 129.3 que regula la presentación de proposiciones.

XIV. Libro V

A. Jurados de concursos de proyectos (artículo 298)

En este artículo, además de la desafortunada remisión inicial que ya se observó, el artículo 298 ha añadido una de las reglas que con carácter básico prevé el artículo 172: que, cuando se exija a los candidatos poseer una determinada cualificación o experiencia, al menos una tercera parte de los miembros del Jurado deben estar en posesión de la misma u otra equivalente (artículo 298.2). No incorpora, en cambio, y debería hacerlo, la otra prescripción básica que recoge aquel artículo relativa a que el jurado estará compuesto por personas físicas independientes de los participantes en los concursos de proyectos.

B. Integración de las Mesas de contratación (artículo 295.3)

Respecto a los vocales de la Mesa de contratación, la regla del vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la que establece su artículo 81.1, párrafo segundo: “En la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades de derecho público y Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, deberán figurar necesariamente entre los vocales un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor”.

Como tal figuraba esta norma en las primeras versiones del anteproyecto sometido a consulta. A instancias de una observación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, fundada en que el Instituto Cervantes (Ley 7/1991 y Real Decreto 1526/1999) no comprende funcionarios en su plantilla, la regla del artículo 295.3 del anteproyecto dispone ahora:

“Los miembros de la Mesa serán nombrados por el órgano de contratación. El Secretario deberá ser designado entre funcionarios o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación, y entre los vocales deberán figurar necesariamente una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario”.

Resultaría más ajustado que el artículo 295.3 del anteproyecto precisase esta circunstancia en los términos que propuso el citado Ministerio, esto es, diciendo:

“Los miembros de la Mesa serán nombrados por el órgano de contratación. El Secretario deberá ser designado entre funcionarios o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación, y entre los vocales deberán figurar necesariamente un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, o, a falta de estos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario”.

XV. Disposiciones de la parte final

A. Contratación local (disposición adicional segunda)

El anteproyecto sometido a consulta incorpora a su contenido la regulación de la contratación local, hasta ahora repartida entre varios artículos tanto de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, como del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. La opción que sigue para ello el anteproyecto es recoger en una disposición adicional, en concreto la segunda, las principales especialidades de la contratación local.

Desde un punto de vista sustantivo, la regulación proyectada sigue la estela de las disposiciones vigentes aunque con algunas novedades como, por ejemplo, las derivadas de la nueva regulación de los municipios de gran población introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En este sentido, la Intervención General de la Administración del Estado formuló diversas observaciones sobre la necesidad de adecuar el anteproyecto a la mencionada Ley 57/2003, habiéndose recogido la práctica totalidad de dichas observaciones, referidas principalmente a dos aspectos:

- En el régimen local “común” la función de asesoramiento legal preceptivo se reserva al Secretario de la Corporación, pero en los municipios de gran población esta función se atribuye, según los casos, a la Asesoría Jurídica o al Secretario del Pleno: a la primera corresponde asesorar al Alcalde, a la Junta de Gobierno Local y a los órganos directivos; al segundo le corresponde el asesoramiento legal del Pleno de la Corporación. Por ello, se ha introducido en diversos apartados de la mencionada disposición adicional segunda la referencia genérica al titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico.

- Si bien en el régimen “común” las contrataciones corresponden al Presidente y al Pleno de la Corporación (artículos 21, 22, 33 y 34 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local), en los municipios de gran población las contrataciones se atribuyen en su integridad a la Junta de Gobierno Local (artículo 127.f) de la mencionada ley). A tal efecto se han introducido los ajustes oportunos.

De otra parte, el anteproyecto ha merecido una valoración positiva en tanto sigue las recomendaciones del Libro Blanco sobre la reforma del gobierno local elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas en 2005 y se sitúa en la línea de los trabajos preparatorios de la futura Ley Básica del Gobierno y la Administración Local. Así, cabe mencionar la posibilidad de que en los municipios de población inferior a cinco mil habitantes se celebren convenios de colaboración en virtud de los cuales se encomiende la gestión del procedimiento de contratación a las Diputaciones provinciales o a las Comunidades Autónomas de carácter uniprovincial. O también la previsión por la cual en tales municipios las competencias en materia de contratación pueden ser ejercidas por los órganos que, con el carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en la propia ley (artículo 188).

No obstante, también se ha puesto de manifiesto en el expediente (Federación Española de Municipios y Provincias) que en algunos puntos concretos la regulación proyectada diverge de la contenida en el anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local. Por ejemplo, a la hora de determinar los órganos competentes para la contratación (el anteproyecto de Ley Básica mencionado establece como único órgano con competencia para contratar al Consejo de Gobierno, si el municipio tiene más de cinco mil habitantes, o al Alcalde, mientras que el anteproyecto que ahora se examina se refiere al Alcalde y Presidentes de las Corporaciones Locales y a los Plenos de estas, en función del porcentaje de recursos ordinarios del presupuesto afectados, del importe de la operación y del número de habitantes del municipio). O también al introducir la figura de los municipios de gran población.

En fin, podría sopesarse la conveniencia de introducir en la regulación proyectada algunas de las sugerencias efectuadas por la Federación Española de Municipios y Provincias que tienen como principal finalidad ayudar a resolver los problemas de las Entidades Locales de menor capacidad económica y de gestión. En este sentido, se propone que las Diputaciones provinciales puedan asumir funciones de asistencia sobre la elaboración y difusión de los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares; o también la creación de una “oficina de supervisión de proyectos” en las Diputaciones, puesto que el anteproyecto no contempla especialidad alguna en esta materia (como sí hace el apartado 3 de la disposición adicional novena del texto refundido vigente).

Desde la perspectiva de la técnica normativa, cabe formular dos observaciones.

En primer lugar, si se opta por incluir en la legislación sobre contratos las especialidades de la contratación local, no parece que la ubicación más adecuada para ello sea una disposición adicional. Frente a ello cabrían dos posibilidades: o bien se podría incluir una nueva división en la ley que en su rúbrica hiciese referencia a las especialidades de la contratación local y en la que figurase, desglosado en artículos, el contenido de la actual disposición adicional segunda; o bien se podrían ir introduciendo las especialidades de la contratación local al hilo de los distintos aspectos del régimen de la contratación del sector público. En opinión de este Consejo sería preferible la primera opción.

En segundo lugar, la redacción de la disposición adicional segunda proyectada resulta excesivamente larga; problema que desaparecería si se optase por la solución indicada con anterioridad.

B. Modificación de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras (disposición final tercera)

Mediante la disposición final tercera del anteproyecto, se modifica la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, en lo que hace al régimen de determinadas cesiones de crédito.

Respecto a la nueva redacción de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, el Consejo de Estado nada tiene que objetar a lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3. En relación con este último se ha seguido el parecer de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

No sucede lo mismo, en cambio, respecto a la redacción que se propone del apartado 4 de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999. Según la versión sometida a consulta, se mantiene el régimen normal en caso de concurso del deudor cedido, sin más especialidad que reducir el período sospechoso de dos años a un año, con la siguiente redacción:

“Declarado el concurso del deudor cedido, serán rescindibles, de conformidad con lo previsto en el Capítulo IV del Título III de la Ley 22/2003, de 9 de julio, los pagos realizados por aquél al acreedor cesionario en el año anterior a la fecha de la declaración del concurso, siempre que fueran perjudiciales para la masa activa”.

Pues bien, esta redacción puede plantear problemas en el supuesto de concurso del deudor cedido, cuando la entidad de crédito no ha intervenido en el negocio jurídico entre el deudor y el acreedor con quien contrata el “factoring”; no puede saber si ese negocio ha sido perjudicial para el concursado deudor cedido. Por ello, parece más conveniente mantener la redacción que figuraba en una versión anterior del anteproyecto y que mereció el parecer favorable de la Comisión General de Codificación, que disponía:

“Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podría ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien lo ejercita pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectaría al cesionario sino cuando se hubiera pactado así expresamente”.

Por otro lado, si no se considera procedente esa excepción, sería conveniente eliminar el apartado 4, por carecer de sentido modificar para casos particulares los plazos de la Ley Concursal.

C. Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (disposición final cuarta)

Mediante este precepto, se añade un segundo párrafo al artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en relación con la regulación de la cesión de créditos, del siguiente tenor:

“Los pagos realizados por el deudor cedido al acreedor cesionario serán rescindibles en el año anterior a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”.

En conexión con lo observado anteriormente, sería conveniente suprimir la disposición final cuarta del anteproyecto que introduce este párrafo en el artículo 71.1 de la Ley Concursal. Ante todo, porque la redacción no es precisa, pues no es correcto que se rebaje el plazo de un año para los pagos realizados por cualquier deudor cedido al acreedor cesionario, sino solo en el marco de las operaciones protegidas por la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras. En segundo lugar, y fundamentalmente, porque resulta perturbador introducir en el texto de la Ley Concursal las especialidades financieras que pueden mantenerse en otras leyes; a ello serviría, en todo caso, la disposición adicional segunda de la Ley Concursal.

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

Que, una vez consideradas las observaciones que se formulan en el presente dictamen, puede V. E. someter al Consejo de Ministros, para su posterior elevación a las Cortes Generales como proyecto de ley, el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.”

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

Madrid, 25 de mayo de 2006

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. VICEPRESIDENTE SEGUNDO DEL GOBIERNO Y MINISTRO DE ECONOMÍA Y HACIENDA.