



**Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016).**

En presente documento ha sido elaborado por los siguientes miembros del Observatorio de Contratación Pública: José María Gimeno Feliú y José Antonio Moreno Molina (Directores); Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreo Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández<sup>1</sup>.

30 de enero de 2017

---

<sup>1</sup> Proyectos de investigación concedidos por Ministerio de Economía y Competitividad titulados: "LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: HACIA UN NUEVO SISTEMA DE GOBERNANZA PÚBLICA Y DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS (Ref: DER2015-67102-C2-1-P) y "EL TIEMPO DE LAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS: HACIA LA EXCELENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (SMART PROCUREMENT) A TRAVÉS DE COMPRAS EFICACES, ESTRATÉGICAS Y TRANSNACIONALES", (Ref: DER2015-67102-C2-2-P).

## 1 CONSIDERACIONES GENERALES AL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA DE INTEGRIDAD

### 1.1 INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DE LA INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La transparencia en la contratación pública es un objetivo principal en la reforma de la legislación de contratos públicos. Pues sin transparencia no hay una competencia real, y la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis como los actuales son muchos más visibles estos efectos, que provocan una evidente desafección ciudadana.

El mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen “mayores tentaciones” y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público. De hecho la organización Transparencia Internacional afirma que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial»<sup>2</sup>.

Asimismo, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que “*el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea*”, e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los “*efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior*”<sup>3</sup>.

En un reciente estudio de The Economist (“Procurement spending: Rigging the bids”, The Economist, Nov 19th 2016), se insiste en esta idea. Se aporta como dato que en 2006 el 17% de los contratos públicos publicados en el Tenders Electronic Daily (TED) recibieron sólo una oferta. Sin embargo, lejos de mejorar esta cifra, en 2015 dicho porcentaje había llegado al 30% y la media de ofertas por contrato había bajado de 5 a

---

<sup>2</sup> [http://www.transparencia.org/regional\\_pages/americas/contrataciones\\_publicas](http://www.transparencia.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas).

<sup>3</sup> Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7\_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011).

3. Siguiendo con los datos obtenidos del TED, en los países ricos de Europa concurren una media de 6 licitadores a los contratos de valor inferior a 10 millones de euros, mientras que a aquellos cuyo valor asciende a 40 o 50 millones de euros concurren solo cuatro. Son muchos los motivos que producen este tipo de resultados, pero la mayoría de ellos tiene como telón de fondo la corrupción. En España, según datos de la Comisión europea, la mitad de los contratos públicos solo tienen un único licitador.

En el estudio publicado por The Economist se habla, por ejemplo de la *soft-corruption*, que implica una manipulación de los contratos para conseguir favorecer a algunos de los licitadores sin llevar a cabo actuaciones propiamente ilegales. Se menciona por ejemplo el caso de Eslovenia, donde el 50% de los contratos publicados en la semana de Navidad reciben sólo una oferta, o un caso de Eslovaquia cuyo Ministerio de obras públicas publicó en 2007 un contrato por valor de 120 millones de euros cofinanciado por la Unión Europea sólo en un tablón de anuncios de un pasillo del propio ministerio. Otras estrategias utilizadas para llevar a cabo la *soft-corruption* y destacadas en el mencionado estudio son rechazar ofertas por errores tipográficos o cobrar cientos de euros para descargar documentos cruciales de la licitación.

No puede olvidarse que uno de los graves efectos de la corrupción provocada por la falta de competencia es la ineficiencia en la gestión de los fondos públicos (llámese gasto público o inversión, según cuál se entienda que es su función). Según un Informe de 2015 de la CNMC<sup>4</sup>, la ausencia de presión concurrencial puede originar desviaciones medias, al alza, del 25% del presupuesto de la contratación pública. En España, a nivel agregado, esto podría implicar hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros/año.

El Informe Anticorrupción de la Unión Europea 2014 anima a los Estados miembros a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión Europea<sup>5</sup>. Y en España donde la reciente Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, (por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación

---

<sup>4</sup> PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, 29 pp., página 6. El informe fue aprobado en reunión de 5 de febrero de 2015.

<sup>5</sup> Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014): <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>. El informe consta de: I. Introducción; II. resultados de la encuesta Eurobarómetro 2013; III. un capítulo horizontal sobre tendencias de corrupción y conclusiones; IV. un capítulo transversal centrado en la contratación pública; V. Anexo sobre metodología; VI. Capítulos nacionales que se recogen en Anexos para cada Estado miembro, completado con futuras medidas y seguimiento. El aspecto más destacado del *Informe 2014* es la especie de vademécum que proporciona de prácticas contrarias a la integridad, lo que permitirá reaccionar, prevenir y poner solución a los problemas que plantean. Aquel consta materialmente de dos partes. La primera de ellas realiza una visión global de la corrupción, mientras que la segunda se dedica específicamente a la contratación pública. Ese estudio se acompaña de un análisis singularizado para cada Estado, que en caso español es el *Anexo 9*.

de déficit excesivo), advierte que en nuestro país existe una *"falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes (que) obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública"*; así como una ausencia de efectiva transparencia dada la *"baja tasa de publicación de los anuncios de contratos"*, el correlativo abuso de procedimiento negociado sin publicación previa y las adjudicaciones directas. Finalmente, denuncia que *"la falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española"*. Todo ello, entiende el Consejo de la Unión Europea, hace que nuestra contratación pública sea ineficiente, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española. Y, en esta situación, el artículo 1.6 de la Decisión del Consejo dispone literalmente lo siguiente: *"España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación."*

En ese contexto, la necesaria transposición de las Directivas europeas de contratación pública es una **oportunidad para "rearmar" nuestro modelo de contratación pública desde la lógica de los principios de eficiencia, transparencia y buena administración**. Sin embargo, existen indicios que nos llevan a dudar de la correcta solución, lo que supondrá la pérdida de una nueva oportunidad para avanzar en un modelo que atienda a la buena administración contractual.

A continuación se exponen varias medidas tendentes a mejorar el texto en la tramitación parlamentaria, desde la perspectiva de mayor transparencia y de prevención de la corrupción, a modo de consideraciones generales, y que afectan a diferentes artículos del texto.

## **1.2 Extensión del recurso especial en contratación pública al margen del importe**

La no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y su limitación a los contratos de importe armonizado con carácter exclusivo, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública. Preservar la transparencia en la contratación pública es una necesidad, que debe "protegerse" con una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración. Principio exigible en cualquier tipo de contrato público al margen de su importe sin que resulte admisible una interpretación "relajada" por tal circunstancia. Habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración. Y justificar la no extensión desde motivos

presupuestarios es un error pues un buen y efectivo control es una inversión (y no un gasto). Esta propuesta encuentra su aval, por lo demás, en el reciente Informe de la Comisión europea sobre la eficacia de las Directivas sobre procedimientos de recursos contractuales (COM/2017/028 final).

### **1.3 Ampliación de la legitimación para impugnar**

La legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos. En el recurso especial puede ser oportuna la acción pública pues la contratación pública guarda directa relación con el derecho a una buena administración.

### **1.4 Estructura independiente y planta cerrada de los órganos administrativos de recursos contractuales**

Debe diseñarse una planta de órganos de recursos contractuales cerrada, para evitar las actuales asimetrías (poco compatibles con el principio de seguridad jurídica). La extensión al ámbito local debe ser eliminada porque genera una indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo. En todo caso, debe recogerse la obligación de colegialidad, como elemento esencial de independencia. Es necesario determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, y las especialidades organizativas. Y si se integran en otros órganos –como Consejo Consultivos - deberá preverse o dotarse de una sección propia, a fin de evitar la “confusión” de funciones entre lo consultivo y lo resolutivo.

### **1.5 Impulso de los medios electrónicos como herramienta de transparencia**

La regla de la transparencia no es una formalidad y exige una implementación compatible con su finalidad. Son necesarios sistemas de información *online* ágiles, accesibles, gratuitos y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación y que corrijan la actual situación que desincentiva presentar ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores. Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto, como un eje de reforma irrenunciable. Debe preverse un plazo donde sea obligatoria la utilización de medios electrónicos.

### **1.6 Nulidad por incumplimiento de publicidad**

La obligación de publicar en la Plataforma de Contratos de Sector Público debe ir acompañada de la consecuencia de nulidad por su no cumplimiento. Solo así se puede corregir una situación como la actual donde, pese al carácter obligatorio, no se cumple esta obligación legal. Sin efectiva transparencia, al máximo nivel, no existirá efectiva concurrencia ni eficiencia.

### **1.7 Introducción de transparencia en el contrato menor**

Es un acierto la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía. Sin embargo, se mantiene en el Proyecto la figura del contrato menor y sus cuantías, cuando su práctica y abusiva utilización (en muchas ocasiones como contratación directa) aconseja, cuando menos, cierta exigencia de publicidad para que exista competencia así como a la fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador.

### **1.8 Uniformidad de reglas jurídicas para todos los poderes adjudicadores**

El actual sistema dual normativo español en función de que se trate de contratos armonizados o no armonizados junto con la distinción entre entes que son Administración pública y los que adoptan formas privadas aunque se financien con fondos públicos o estén sometidos a control público (fundaciones, empresas públicas, etc.) ha derivado en la práctica en la inaplicación de las previsiones y principios de la contratación pública. La publicidad, en un contexto de «dispersión de normas jurídicas», no puede cumplir su función. Urge, por tanto, una reforma que unifique el régimen normativo de todas las entidades contratantes en lo relativo a los procedimientos de adjudicación y de control, con indiferencia de su naturaleza o no de Administración pública y del importe del contrato. Esta era la opción inicial en la tramitación del Anteproyecto, modificada tras el Dictamen del Consejo de Estado.

### **1.9 Regulación y límite de los modificados contractuales**

La posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública –frente a la actual situación que obliga con indiferencia del importe- aventura una nueva etapa de descontrol en los sobrecostes y, también, un incentivo a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. La decisión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de “facilitar” la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, aun con los límites de control cuando se supera el veinte por ciento en los supuestos no previstos- supone un claro “retroceso” en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. Por ello, debería ser objeto de replanteamiento, optando por las mismas reglas y régimen de control para cualquier tipo de modificación contractual, pues lo que está en juego es la eficiencia y el derecho a una buena administración.

### **1.10 Creación de un organismo independiente de control y supervisión de la contratación pública y de prevención de la corrupción**

El proyecto prevé un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva un nuevo rol de la Junta Consultiva de Contratación Pública. Sin embargo, parece más oportuna una estructura más ambiciosa y con más competencias ejecutivas para poder corregir las disfunciones en la contratación pública. El modelo italiano de Agencia Nacional para prevención de la corrupción puede ser de interés.

### 1.11 Impulso a la profesionalización

La necesidad derivada de la nueva regulación aconseja la adecuada profesionalización. Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone *profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación.*

Debe quedar clara que la composición de la mesa de contratación, como órgano de asesoramiento técnico, impide que participen cargos políticos. Y en todo expediente de licitación, en especial los de concesión de obras o de servicio de importe elevado, debe existir con carácter habilitante un informe detallado de conveniencia financiera y de viabilidad suscrito por funcionarios especializados e independientes.

### 1.12 CONSIDERACIÓN FINAL

Las anteriores medidas son ineludibles si se pretende una nueva arquitectura jurídica de la contratación pública cimentada sobre el principio de integridad. Una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada.

## 2 PROPUESTAS ESPECÍFICAS

### 2.1 Todo el proyecto

Es necesario limitar las referencias al Derecho comunitario y sustituirlo por la expresión "Derecho de la Unión Europea". Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, el Derecho comunitario ha pasado a denominarse Derecho de la Unión y, sin embargo, en el Proyecto de Ley seguimos encontrando numerosas referencias a las "directivas comunitarias" (Ejemplos: Disposición adicional décima y Exposición de motivos) o al "derecho comunitario" (Ejemplo: Disposición final tercera).

### 2.2 Artículo 1.

La filosofía de la Ley debe quedar reflejada de forma clara en el artículo 1, desglosando los principios (para una mejor visualización) y fijando la visión estratégica de la contratación pública. Se propone la siguiente redacción:

"Artículo 1. Objeto y principios

- 1. Esta Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, con la finalidad de dar adecuado cumplimiento a las necesidades públicas. En especial, la contratación pública promoverá una adecuada estrategia en lo relativo al desarrollo sostenible, la innovación y creación de un tejido empresarial sólido y responsable.*
- 2. Son principios regulatorios de esta norma los siguientes:*

- a) preservar el derecho a una buena administración contractual con respeto al principio de integridad.*
  - b) garantizar la libertad de acceso a las licitaciones mediante una publicidad y transparencia eficaz de los procedimientos.*
  - c) no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.*
  - d) una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.*
  - e) asegurar el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto.*
- 3. Las poderes adjudicadores excluirán en su actuación cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la legislación de defensa de la competencia.*
- 4. Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.”*

### **2.3 Artículo 3.1.h)**

Se propone revisar la redacción del art. 3.1.h) TRLCSP respecto del concepto de "sociedades mercantiles públicas". El artículo 3.1 h) identifica como integrantes del sector público a aquellas sociedades mercantiles cuyo capital social esté participado mayoritariamente – directa o indirectamente – por otras sociedades mercantiles públicas. Esto supone que en el caso de las sociedades participadas “en cascada”, se siguen considerando incluidas en el sector público aunque ya en estos casos la participación no sea superior al 50 % (ha sido objeto de tratamiento por la STS de 14 de julio de 2014 – Sala de lo Social - recurso de casación núm. 200/2013). Si no superara el porcentaje del 50 %, que podría ser el caso que nos ocupa de las sociedades participadas en cascada, se consideran que forman parte del sector público en el supuesto de formar parte de un grupo de sociedades.

La técnica de remisión a otras normas debiera limitarse para aportar claridad al texto. En este caso, la invocación al artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores es superflua en tanto que dicho artículo nos remite a su vez a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio.

### **2.4 Artículo 3.4**

Se propone suprimir la frase “y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada” del artículo 3.4 del PLCSP.

Limitar la sujeción de partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales a los contratos SARA, habida cuenta de lo elevado de los umbrales, supone que la gran mayoría de los contratos que celebran estas organizaciones escapan por completo a la ley, incluso a la exigencia de cumplimiento de los principios de publicidad,

conurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, y de la obligación de adjudicar los contratos a la oferta económicamente más ventajosa. Además, dicha supresión es más coherente, por un lado, con la remisión que el propio precepto realiza a la totalidad del Título I del Libro Tercero que regula tanto los contratos SARA como los que no lo son; y, por otro, con lo que ya establece para los partidos políticos la disposición adicional decimotercera de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, según redacción dada por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos.

### 2.5 Artículo 26.2

Se propone suprimir la frase “o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante” del primer párrafo del artículo 26.2 del PLCSP.

El apartado 2 en el que se inserta se refiere únicamente a “*los contratos privados que celebren las Administraciones públicas*” y no a los contratos privados celebrados por entes del sector público que carezcan de la consideración de Administración pública.

La frase eliminada parece recogida del vigente artículo 20.2 del TRLCSP que tiene el siguiente tenor literal: “Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el Derecho privado”. La diferencia estriba en que mientras el artículo 20.2 del TRLCSP se refiere a los contratos privados celebrados por cualquier ente del sector público, sea o no Administración pública, como se desprende del apartado 1 del mismo artículo, el artículo 26.2 del PLCSP se refiere exclusivamente a las Administraciones públicas cuya formación de la voluntad (competencia y procedimiento) ha de regirse siempre por el Derecho administrativo, también cuando contratan en régimen de Derecho privado, conforme a la consolidada doctrina de los actos separables.

### 2.6 Artículo 26.2, 2º párrafo in fine

Se propone sustituir la frase “que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada”, por “que les serán de aplicación en todo caso” del artículo 26.2, 2º párrafo in fine, del PLCSP

Las normas relativas a las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución deben aplicarse con independencia de la cuantía del contrato. De otro modo la inmensa mayoría de los contratos a que se refieren los apartados 1º y 2º del artículo 25.1.a) quedaría al margen de tales normas, lo que supone un retroceso, por lo que a los modificados se refiere, respecto de la regulación vigente.

### **2.7 Artículo 27.1.b), párrafo 2º**

Se propone suprimir la frase “*que estén sujetos a regulación armonizada*” del artículo 27.1.b), párrafo 2º, del PLCSP

Justificación: En coherencia con la propuesta 2.6 anterior.

### **2.8 Artículo 27.1.b), párrafo 2º y Artículo 27.1.c)**

Se propone modificar el artículo 27.1.b) párrafo 2 dándole la siguiente redacción: “Adicionalmente, respecto de los contratos referidos en los números 1º y 2º de la letra a) del apartado primero del artículo 25 de la presente Ley, las que se susciten en relación con las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución de los contratos”.

Se propone modificar el artículo 27.1.c) dándole la siguiente redacción: “c) Las referidas a la preparación y adjudicación, así como a las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública, incluidas las organizaciones a que se refiere el apartado 4 del artículo 3 de la presente Ley”.

Justificación: La Directiva de Recursos, modificada por la de Concesiones, se aplica a todas las cuestiones reguladas por las Directivas de contratos; cuestiones tanto de carácter precontractual como atinentes a la fase de ejecución: condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución de los contratos. La regulación de estas cuestiones que hacen las Directivas de contratación es de Derecho Público y, por tanto, deben quedar sometidas a la jurisdicción contenciosa.

### **2.9 Artículo 32.6 b)**

Una de las principales novedades es una mejor y más completa regulación de la cooperación vertical a través de los encargos a medios propios. Sin embargo, la posibilidad de contratar hasta un 60 por ciento de las prestaciones resulta claramente excesiva y puede no corregir un uso indebido de esta técnica (como ya ha denunciado el Tribunal de Cuentas). Además, la contratación que se haga deberá respetar las normas de contratación pública pues un medio propio es siempre un poder adjudicador. Se propone la siguiente regulación:

*“b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 20% de la cuantía del encargo, y no podrá afectar al contenido esencial de la prestación. En estos casos, en tanto poder adjudicador, aplicará los principios y reglas contenido en esta Ley para esa contratación”.*

### **2.10 Artículo 44**

Resulta necesario, en coherencia con la consideración general 1.2, extender el recurso especial más allá de los contratos sujetos a regulación armonizada. Y que se ajuste su objeto a las exigencias de la Directiva 2007/66/UE en lo relativo a la subcontratación y

las formas de extinción, que ahora se regulan en las Directivas de contratación pública. Para ello se propone la siguiente redacción de los apartados 1 y 2 de este artículo, quedando los demás apartados igual.

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo cuando correspondan a alguno de los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar los poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras, suministro y servicios.
  - b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
  - c) Concesiones de obras o de servicios.
  - d) Contratos administrativos especiales
  - e) Contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23
  - f) Encargos a medios propios personificados a que se refiere el artículo 32
2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:
- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
  - b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.
  - c) Los acuerdos de adjudicación.
  - d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en la Subsección 4ª, de la Sección 3ª, Capítulo I, Título I, Libro segundo.
  - e) Las alteraciones de las condiciones de subcontratación así como los supuestos de resolución de los contratos.
  - f) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales”

### **2.11 Artículo 48**

Se propone modificar el artículo 48 en coherencia con la consideración general 1.3 para ampliar al máximo la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación

*“Artículo 48. Acción Pública*

*Será pública la acción para interponer el recurso especial en materia de contratación así como para el posterior recurso contencioso-administrativo en esta materia.”*

### **2.12 Artículo 50 2 b)**

El plazo de impugnación de los pliegos de una licitación exige mayor claridad. En la reunión de coordinación de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales

de junio de 2015 se acordó, como mejor regla, la de permitir la impugnación durante todo el plazo de presentación de proposiciones, dado que el recurso en esta fase no tiene carácter suspensivo y permite una adecuada función profiláctica” de los pliegos de la licitación.

"Artículo 50. Iniciación del procedimiento y plazo

1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en éste se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos, y finalizará con el último día de presentación de proposiciones".

**2.13 Artículo 71.1.b)**

Se propone revisar la redacción del artículo 71.1.b) respecto de la referencia a las prohibiciones de contratar por vulneración del derecho de la competencia. El Tribunal Supremo en distintas sentencias ha señalado que las prohibiciones de contratar son circunstancias objetivas que impiden la contratación con el sector público de quién se halle incurso en ellas, y deben encontrarse perfectamente tasadas y tipificadas como tales en la Ley para que puedan tenerse en consideración.

En la redacción del artículo 71.1.b) se recogen distintos supuestos que se refieren a infracciones graves en materia profesional y, concretamente, menciona como causa de prohibición de contratar el "haber sido sancionados con carácter firme por falseamiento de la competencia". Las infracciones graves en materia de defensa de la competencia comprenden diferentes comportamientos que debieran recogerse como causa de prohibición de contratar en línea con el propósito de lucha contra la corrupción en la contratación pública: 1) El desarrollo de conductas colusorias; 2) el abuso de posición de dominio y 3) el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

**2.14 Artículo 71.1.d)**

Se propone revisar la redacción del artículo 71.1.d) respecto de la prohibición de contratar por incumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (vinculada a la Disposición adicional decimoctava).

De conformidad con lo dispuesto en el 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aquellos licitadores que tengan

en el total de la plantilla un número de 50 o más trabajadores están obligados a contar con un 2% de trabajadores con discapacidad, si bien también pueden adoptar las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.

En la redacción del artículo 71.1.d) del Proyecto no se hace mención a estas medidas alternativas de cumplimiento, si bien la Disposición adicional decimoctava sí que alude a las medidas que las empresas pueden aplicar para cumplir la obligación de reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad.

La redacción del artículo 71.1.d) puede producir una situación de inseguridad jurídica para los licitadores que pueden considerar que no se autorizan medidas alternativas de cumplimiento.

#### **2.15 Artículo 71.1.g)**

Se propone revisar la redacción del artículo 71.1.g) para proceder a la necesaria distinción entre prohibición de contratar, incompatibilidades y conflicto de intereses. Las dificultades de interpretación de las causas de incompatibilidad que permiten apreciar la existencia de una prohibición de contratar han provocado un gran número de resoluciones de las Juntas consultivas de contratación pública sobre todo en relación con el ámbito de la contratación local.

Por ello, sería recomendable que en vez de remisiones a la legislación en materia de incompatibilidades que dificultan la comprensión del texto, se adoptase una "regulación sustantiva, concreta y específica, que también establezca el procedimiento para detectar, evitar y resolver los eventuales conflictos de intereses" (como ya se había sugerido en el Informe 16/2014, de 17 de diciembre, Junta Consultiva Contratación Administrativa de Cataluña).

#### **2.16 Artículo 72**

Uno de los aciertos de este Proyecto es contemplar alguno de los supuestos de inaplicación de las prohibiciones de contratar. En el caso concreto de las medidas de autocorrección la obligatoriedad de contemplar dichas medidas deriva del derecho que se reconoce en las Directivas sobre contratación pública al operador económico para que demuestre su fiabilidad pese a la existencia de una causa de prohibición de contratar.

Ahora bien, las acciones del operador económico que posibilitan su "rehabilitación" en la participación en un procedimiento de adjudicación debieran ceñirse a las que se recogen en las propias Directivas: a) que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado; b) que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y, c) que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas.

En el apartado quinto del artículo 72 se incluye como medida de autocorrección que el operador económico se acoja al programa de clemencia en materia de falseamiento

de la competencia; sin embargo, dicha referencia debiera revisarse puesto que puede provocar confusión, ya que en materia de defensa de la competencia, el programa de clemencia se contempla para la exención o reducción del importe de la multa a aquellas empresas que colaborasen en la lucha contra los cárteles.

### 2.17 Artículo 107.3

El actual TRLCSP, en el artículo 95.3, obliga al contratista a consignar la garantía definitiva en base al importe de licitación cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios. La aplicación que se ha venido haciendo de este precepto se ha basado en interpretarlo referido al contrato de suministro o de servicios abierto, según necesidades de la Administración y no se ha exigido su aplicación a otros contratos de resultado a precios unitarios como son las obras. El proyecto de ley se mantiene en los mismos términos que el TRLCSP y sería conveniente dar una nueva redacción al apartado 3 del artículo 107 en este sentido: *"En los contratos de suministros y servicios de prestación sucesiva en función de las necesidades y de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al importe del presupuesto máximo aprobado, IVA excluido."*

Vemos pues que la obligación que se impone al contratista en los contratos a precio unitario de constituir garantía definitiva fijada atendiendo al importe máximo aprobado es la más acorde ya que si el licitador debe consignar el 5% de garantía en base al presupuesto de licitación, parece que le corresponde a la Administración tener dispuesto crédito para hacer frente a obligaciones por dicho importe, aunque es cierto que no se compromete a agotarlo.

### 2.18 Artículo 115

Consultas preliminares del mercado: tal y como se encuentran reguladas en la actualidad, en el artículo 115, parece desprenderse que:

- la participación en las consultas preliminares del mercado se sustancia fundamentalmente en el asesoramiento que puede buscar el órgano de contratación con carácter previo a la preparación del contrato
- los operadores económicos tienen limitada la participación en dicho procedimiento.

Con la finalidad de aclarar qué son las consultas preliminares del mercado, su utilidad, y el carácter positivo de la participación de todos los agentes que intervienen en el mercado, consideramos necesario modificar la actual redacción del artículo 115 del PLCSPP de la manera que sigue:

- Eliminar toda referencia a que los operadores económicos deban estar "activos". Se entiende mucho más adecuado y ajustado a la configuración de esta herramienta referirse exclusivamente a los operadores económicos, sin matices.
- Insertar un punto y aparte en el artículo 115.1 al regular la posibilidad de acudir al asesoramiento para realizar estudios de mercado y consultas. De esta manera adquiere sentido la diferenciación entre participar en las consultas preliminares mediante la formulación de cuestiones y presentación de

soluciones, y el asesoramiento de terceros, retribuido, que pueden solicitar o recibir los órganos de contratación. Además se aclara por qué en este supuesto la intervención de los operadores económicos se realizará con carácter excepcional.

- Insertar un punto y aparte en el último inciso del artículo 115.1. De esta manera quedará clara la necesidad de dar publicidad a través de internet a todas las actuaciones llevadas a cabo en torno a la elaboración de los estudios de mercado y de las consultas preliminares del mismo, tanto si ha mediado un asesoramiento retribuido como si se ha realizado de forma voluntaria y gratuita por operadores económicos, expertos, o cualquier persona.
- Eliminar la expresión “en la medida de lo posible” del último inciso del artículo 115.1. No parece justificada dicha previsión y, por el contrario, permite a los órganos de contratación incumplir con la necesaria publicidad y transparencia del procedimiento.
- Sería necesario, por el contrario, establecer de manera expresa la obligación de publicar en el sitio web del órgano de contratación u otro medio igualmente accesible, ágil y efectivo todas las actividades llevadas a cabo durante la consulta, la relación de las empresas y expertos que hayan participado en la misma, las cuestiones planteadas por los operadores económicos, las respuestas otorgadas por los órganos de contratación, las soluciones presentadas por las partes y, en general, toda la información generada durante el procedimiento. De esta manera se garantizaría el no falseamiento de la competencia y el respeto de los principios de transparencia y no discriminación.
- Incluir la referencia a las consultas en el primer inciso del artículo 115.2. Tal y como está redactado en la actualidad parece que la única información que se utilizará para preparar la futura contratación es la obtenida del asesoramiento retribuido. Para evitar este error sería necesario enfatizar al principio del artículo 115.2 que para preparar la futura licitación se podrá utilizar la información obtenida por cualquier medio: las preguntas, respuestas y propuestas obtenidas durante la consulta preliminar del mercado, el asesoramiento realizado por terceros -que excepcionalmente pueden ser operadores económicos-, o cualquier otra vía de información o de estudio del mercado.
- Suprimir el segundo párrafo del artículo 115.3. Consideramos que la limitación de la difusión de la información suministrada en el procedimiento consultas preliminares del mercado no está justificada, salvo en supuestos de secretos comerciales o confidencialidad ya protegidos por la Ley. Por otro lado, la propia participación en las consultas preliminares del mercado puede servir para incentivar a las empresas a buscar soluciones más adecuadas a las necesidades del órgano de contratación. Conocer nuevas soluciones, o empresas que las llevan a cabo, puede ser un incentivo para el mercado y puede mejorar la eficiencia de la compra pública posterior.

- Se propone incluir como obligatorio el trámite de las consultas preliminares del mercado en el procedimiento de Asociación para la innovación, y establecer de manera expresa la conveniencia de llevar a cabo este procedimiento con carácter previo a la preparación de cualquier contrato.
- Se propone enfatizar la necesidad de que las consultas preliminares del mercado no pueden suponer un falseamiento de la competencia ni vulnerar los principios de no discriminación y transparencia. En la actual redacción solo figura esta cautela en el artículo 115.2 en relación a la utilización del asesoramiento para planificar el procedimiento de licitación y durante la sustanciación del mismo. Como ha quedado dicho, el asesoramiento es sólo una de las modalidades de llevar a cabo las consultas preliminares del mercado.

#### **2.19 Artículos 164 a 169**

Se propone revisar la redacción de los arts. 164 a 169 del proyecto, de forma que, de acuerdo con la regulación europea, el procedimiento de licitación con negociación (anterior procedimiento negociado con publicidad) y el procedimiento negociado sin publicidad dejen de encuadrarse en la misma sección de la LCSP. En el Derecho europeo ambos procedimientos son completamente autónomos y no constituyen, en ningún caso, especies de un mismo género. La regulación proyectada introduce confusión desde el punto de vista procedimental. Y no permite reconocer al procedimiento negociado sin publicidad como un procedimiento estrictamente excepcional.

#### **2.20 Artículo 167.9**

Se propone revisar la redacción del art. 167.9 del proyecto, de forma que se acoten los supuestos en los que podrá adjudicarse un contrato sin mediar negociación en el ámbito del procedimiento de licitación con negociación. Aunque es una posibilidad reconocida por la Directiva 2014/24/UE, su aplicación puede suponer un retroceso en el cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación.

Por todo ello, se sugiere que se prevea que el uso de esta posibilidad esté estrictamente subordinado a que quede constancia en el expediente de las razones por las que se estima que la negociación no resulta conveniente a la vista de las ofertas iniciales presentadas.

#### **2.21 Artículo 177.1**

Se propone incluir en el artículo 177.1 la referencia al procedimiento de selección del apartado 3 del artículo 176. Para aclarar la relación existente entre la selección de los candidatos y la posterior negociación y adjudicación de la asociación sería conveniente incluir en el artículo 177.1 la referencia a que la selección de los candidatos se hace conforme a lo establecido en el artículo 176.3 y, posteriormente, el órgano de contratación les invita a presentar los proyectos de investigación e

innovación. De esta manera quedarían más claras las diversas fases del procedimiento de asociación para la innovación y la relación entre ellas.

### 2.22 Artículo 190.3

Se propone la supresión del apartado 3 del artículo 190. Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso. Se considera innecesaria y distorsionadora tal precisión en penalidades. Existen otras muchas particularidades de estos negocios, calificados como precontratos por el Consejo de Estado, que exigen una labor de adaptación a la hora de aplicar todos institutos propios de un contrato tradicional. En la mayoría de los casos, la ley no hace precisiones específicas (sirva de ejemplo, la solvencia, la calificación de SARA, etc.,) Se regulan para los contratos y ha tenido que ser la doctrina la que determinara las particularidades que deben ser admitidas para los acuerdos marco. Establecer un apartado específico para los acuerdos marco (¿no para los DSC?) en cuanto a penalidades y no para otras instituciones, es posible que confunda más que aclare algo que, a nuestro modo de ver, no precisa de habilitación, como es el que un PCAP regule todas las consecuencias del posible incumplimiento del negocio.

### 2.23 Artículo 213

Se propone regular con mayor precisión la posibilidad de que los operadores económicos recurran a la subcontratación. La doctrina de los tribunales de recursos y en la jurisprudencia no es unánime a la hora de determinar si puede imponerse a través de los pliegos limitaciones cuantitativas a la subcontratación en la fase de acreditación de la solvencia. Este último aspecto se regula en el proyecto en el art. 75.

Por todo ello, y dado que es un aspecto de indudable importancia en el acceso de las PYMES a los mercados de contratación pública, debería aclararse de forma nítida que en la fase de acreditación de la solvencia no rigen los límites a la subcontratación que el art. 213 introduce en la regulación de la fase de ejecución. De esta forma se transpondría de forma más clara la Directiva sobre contratación pública.

### 2.24 Artículo 216

En el artículo 216. Sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas, se propone modificación del título y del contenido en este sentido: *Artículo 216. Sistemas para la racionalización de la contratación de los poderes adjudicadores. Para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos los poderes adjudicadores podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, conforme a las normas de este Capítulo.*

Con la redacción actual del Anteproyecto solamente se da opción a las Administraciones públicas, ya que se ha suprimido el actual artículo 195 del TRLCSP. Las técnicas de racionalización han de poder ser utilizadas por todos los órganos de contratación del sector público, con las particularidades propias de cada una de ellas. De hecho, en el artículo siguiente se comienza diciendo que los órganos de

contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas.

#### **2.25 Artículo 220**

Se propone la supresión del artículo 220. Modificación de los acuerdos marco y de los contratos basados en un acuerdo marco, porque se considera innecesaria una regulación específica pudiéndose acudir a la regulación general de los modificados convencionales o imprevistos. El precio del contrato es un elemento esencial y no se puede modificar. Si se mantienen las unidades de actuación y no hay unidades nuevas, el precio no puede variar. Con esta redacción se fomenta que los pliegos incluyan revisiones de precios encubiertas en modificaciones convencionales. Si lo que se propone regular es que, en el caso de que, como resultado de una modificación del acuerdo marco o de un contrato derivado, se introduzcan unidades nuevas, los precios de éstas se someterán a determinados límites, además de los generales.

#### **2.26 Artículos 265.4 y 287**

Se propone revisar los arts. 265.4 (concesión de obra) y 287 (concesión de servicio) para adecuarlos a la Directiva 2014/23 en materia de transferencia de riesgo operacional. Se propone la eliminación de la referencia a la "disponibilidad" en el art. 265.5 y su sustitución por "suministro" e introducir una referencia al "riesgo de suministro" en el art. 287. Es imprescindible que el tipo concesional sea coherente con la Directiva europea (la transferencia del riesgo es el elemento medular del tipo) y además no parece justificable introducir diferenciaciones entre la concesión de obras y la concesión de servicios ya que el legislador europeo exige en ambos casos la transferencia del riesgo (suministro y/o demanda).

#### **2.27 Artículos 277 c) y 292 c)**

En las prerrogativas de los contratos de concesión de obras y de servicio se mantiene la técnica del rescate como privilegio unilateral. Esta opción incumple la previsión del artículo 44 la Directiva de concesiones, que establece unos límites a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de la prerrogativas públicas exorbitantes. El interés público -al igual que sucede con la modificación contractual- ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato y sobre una concesión. Prima el principio *pacta sunt servanda* como garantía de seguridad jurídica en relaciones jurídicas de larga duración e importantes inversiones.

El rescate no es ya un privilegio y su decisión debe ajustarse a los parámetros y condicionantes de la potestad expropiatoria.

#### **2.28 Artículo 317**

En coherencia con la propuesta 1.8 y 2.6. de este documento debe uniformizarse las reglas jurídicas aplicables con independencia de la naturaleza del poder adjudicador y del importe del contrato. Solo desde la uniformidad se puede preservar una efectiva transparencia y corregir las "debilidades" del modelo.

Se debe eliminar la posibilidad de aprobar instrucciones internas para regular el procedimiento de contratación. Debe incluirse la previsión que aplicarán en todo caso los procedimientos de contratación de las Administraciones públicas

Se propone modificar el régimen jurídico de los contratos no sujetos a regulación armonizada celebrados por poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública añadiendo en el artículo 317 que, en todo caso, les es de aplicación lo dispuesto en los artículos 199 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 200 sobre condiciones especiales de ejecución; 201 a 203 sobre supuestos de modificación del contrato y 213 a 215 sobre subcontratación.

### **2.29 Artículo 340**

Para preservar la efectividad de la obligación de publicar todas las licitaciones en la Plataforma de Contratos del Sector Público debe preverse expresamente que esta omisión comporta vicio de nulidad de pleno derecho, al impedir una adecuada transparencia. De conformidad con lo expuesto en el epígrafe 1.6 de este documento se propone añadir un nuevo párrafo:

*"8. La omisión de la publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público en cualquiera de las modalidades previstas en este artículo, será vicio de nulidad de pleno derecho".*

### **2.30 Disposición adicional segunda. Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales**

Se observa ausencia de adecuada respuesta jurídica a algunas especialidades respecto de las prohibiciones de contratar por razón de incompatibilidad en la Administración local. Ni en la regulación de las prohibiciones de contratar, ni en la Disposición adicional tercera del Proyecto que recoge normas específicas para la contratación las Entidades Locales, se contempla la posibilidad de una regulación atenuada de las prohibiciones de contratar por incompatibilidad en los municipios de escasa población. Esta falta de regulación propia provoca que no se atienda a la realidad de muchos de los municipios rurales que existen en nuestro país y que pudieran tener problemas para adjudicar un contrato, incluso un contrato menor porque recordemos que el requisito de no estar incurso en prohibición de contratar es también exigible a los contratos menores (los datos del Instituto Nacional de Estadística nos muestran un total de 5.854 municipios de menos de 2.000 habitantes, de los cuales 3.938 no superan los 500 habitantes). Debería flexibilizarse esta prohibición. Se propone añadir un párrafo a esta Disposición Adicional:

*"En las Entidades Locales cuya población sea inferior a 1.000 habitantes, en aquellos procedimientos de contratación la existencia de incompatibilidad en los cargos electivos locales determinará únicamente la concurrencia de una causa de abstención".*

### 2.31 Disposición adicional trigésima cuarta

La Disposición adicional trigésima cuarta, regula la obligación de aprobar un presupuesto máximo para estos contratos. Se proponen incluir al final del primer párrafo el inciso *"pudiéndose establecer también un mínimo"* lo cual ayudaría a que las empresas pudieran presentar ofertas más cabales porque el contrato les aseguraría un mínimo de encargos, cosa que ahora no sucede. Por otro lado para evitar el fraude que puede suponer aprobar una prórroga, con la única finalidad de incrementar el crédito dispuesto, se propone añadir al segundo párrafo in fine: *"sin que sea posible la aprobación de una prórroga del contrato antes de finalizar su plazo de ejecución, con el único objeto de reponer el crédito agotado."*

### 2.32 Disposición adicional trigésimo novena

Se propone revisar la Disposición adicional trigésimo novena (Oficina Nacional de Evaluación):

- Con el objeto de adecuarla a la terminología de la Directiva 2014/23. Debe utilizarse el término "riesgo operacional" así como los subtipos que lo componen "riesgo de suministro" y riesgo de demanda". El Proyecto no asume esta terminología y se centra en el riesgo de demanda (más allá de una referencia genérica en su apartado 4). Debe prestarse atención a otras configuraciones contractuales, especialmente en aquellos sectores de actuación (determinados servicios) donde el riesgo por uso es mínimo o prácticamente inexistente pero que igualmente puede ser licitado bajo la fórmula concesional.
- Se propone eliminar el criterio de "los gastos de primer establecimiento": se trata de un criterio de muy difícil precisión existiendo en la actualidad diversas posturas doctrinales y pronunciamientos de los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales.
- Se propone que el criterio para delimitar aquellos contratos que deberán ser informados por la ONE sea el valor estimado del contrato, ya que es éste el que determina los aspectos más importantes del régimen jurídico de un contrato del sector público.

## 3 PROPUESTAS EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS

### 3.1 Especialidades en los Servicios de salud y servicios sociales a las personas

La Comisión Europea ha venido recordando que son valores esenciales de la Comunidad la protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial (Comunicación de la Comisión *Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*, de 26

de abril de 2006, COM(2006) 177 final). Esta especificidad procede del carácter vital de las necesidades que han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales, como la dignidad y la integridad de la persona. Por ello, los servicios sociales (o sanitario/social, como sucede con los pacientes psiquiátricos) posibilitan una serie de medidas que pueden ser tenidas en cuenta en su licitación:

- a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;
- b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;
- c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;
- d) participación de voluntarios y benévolos, expresión de una capacidad ciudadana;
- e) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;
- f) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación «normal» de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

Por ello, las Directivas de contratación pública prevén un régimen singular en estos ámbitos, alejados en muchas ocasiones desde la lógica del mercado y donde debe primar la decisión basada en criterios de calidad alejados de una visión economicista. Sin embargo, el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público no incluye la posibilidad de una regulación simplificada y de reserva de contratos, habilitada por la Directiva 2014/24 en sus artículos 76 y 77. Resulta posible, en contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social, adoptar medidas de licitación más «específicas», que atiendan a las especialidades expuestas. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación del mismo, optando por la modalidad de reservas. Junto a esta opción, existe la posibilidad de un procedimiento simplificado que ponga atención en las propias características del servicio y, en especial, la regla de la mayor calidad/precio que se concretará en la cualificación concreta del personal encargado de prestar el servicio. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

En la articulación de este procedimiento “especial”, junto a medidas de simplificación administrativa, se tienen en cuenta los siguientes aspectos: a) la “especial” valoración de la solvencia de las empresas licitadoras (con limitación de la subcontratación); b) la determinación de criterios de adjudicación que pongan en valor la calidad/precio,

vinculado a la calidad y, la experiencia contrastada del personal que prestará efectivamente el servicio y la participación de los profesionales en la gestión; c) la necesaria regulación de supuestos de anormalidad en estos contratos desde la perspectiva social de la oferta, y d) la determinación de condiciones especiales de ejecución que garanticen la correcta prestación del servicio. Aunque resulta compleja la distribución competencial en esta materia parece conveniente que, al menos con carácter no básico, se regule esta posibilidad.

### 3.2 Especialidades en los Servicios de salud y servicios sociales a las personas

Se propone la inclusión del siguiente articulado:

**Artículo-----.** *Contratos reservados a entidades del tercer sector en el ámbito socio-sanitario.*

1. *Se podrán reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios socio-sanitarios que figuran en el Anexo II de esta Ley a determinadas organizaciones.*

2. *Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones siguientes:*

a) *que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1;*

b) *que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;*

c) *que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas; y*

d) *que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los mismos servicios con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes con un importe superior a 750 000 euros.*

3. *La duración máxima del contrato no excederá de tres años.*

4. *En los anuncios de licitación correspondientes deberá hacerse referencia a la presente disposición.*

**Artículo ---.** *Exigencias de solvencia específica para garantizar la calidad de la prestación*

1. *Para poder participar en las licitaciones de servicios sanitarios del Anexo II de esta Ley, las empresas deberán acreditar una solvencia económica y financiera suficiente en una cuantía referida al volumen de negocios en el ámbito de las actividades correspondiente al objeto del contrato en relación como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles, a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares y que nunca será inferior al 75% del precio anual del contrato o del lote al que se concurre.*

2. *Solvencia técnica acreditada mediante requisitos técnicos de acreditación o estándares de calidad; experiencia previa en la gestión de los servicios objeto del contrato a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares; disposición de equipo humano profesional en materia de gestión de los servicios licitados, y reinversión de un porcentaje mínimo de los beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados o distribución de beneficios en base a criterios de participación.*
3. *La experiencia nunca podrá ser inferior a tres años y con un importe anual no inferior al 60% del precio anual del contrato o del lote al que se concurre.*
4. *En ningún caso se admitirá la subcontratación de la prestación principal.*

**Artículo ----. Reglas especiales para contratación de servicios sanitarios.**

1. *La adjudicación de contratos de servicios sanitarios que figuran en el Anexo II de esta Ley se realizará mediante las reglas simplificadas siguientes:*
  - a) *Se publicará en la Plataforma de Contratos del Sector Público, salvo que supere los 750 000 euros, que exigirá que se publique, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea.*
  - b) *Se exigirá una cualificación subjetiva especial que acredite la experiencia, y calidad y disponibilidad de medios adecuados para cumplir con la prestación de conformidad con lo previsto en esta Ley.*
  - c) *Se atenderá como criterio de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, o en su caso, de negociación, al mayor valor añadido de la oferta desde la perspectiva de calidad y de garantía de continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios.*
  - d) *El precio, como criterio de adjudicación, no podrá superar en su ponderación el 20 por ciento.*
  - e) *Se exigirá y valorará en todo caso un Plan de Gestión en el que, más allá de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, se valoren elementos como la determinación de objetivos asistenciales; los medios de control y garantía de la calidad; los instrumentos para favorecer la accesibilidad y la resolución de los servicios; los mecanismos para posibilitar la participación de los profesionales en la gestión; las estrategias de mejora de la gestión y prestación de los servicios; las políticas de coordinación y potenciación del trabajo en red con otros dispositivos asistenciales; los planes para mejorar la respuesta a la demanda no urgente de servicios y resolver situaciones de incremento de la demanda y la atención domiciliaria; los programas de atención a colectivos socialmente vulnerables, y los programas de promoción de la salud, los programas docentes y los programas de investigación; la implicación y la corresponsabilización de los usuarios, así como las soluciones de innovación que aporten mayor valor añadido al servicio, elementos todos ellos en relación con los servicios objeto del contrato.*
  - f) *Para garantizar la calidad en la prestación del servicio será criterio de adjudicación la adecuación de los medios personales adscritos al contrato, que*

*tendrá en cuenta la idoneidad de los profesionales directivos y del personal en atención a su titulación y especialización, los programas de formación y control de calidad.*

*g) Se publicará el resultado de la licitación, con su justificación, en la Plataforma de Contratos del Sector Público*

**Artículo ----. Anormalidad de ofertas**

*1. Se considerara en todo caso una oferta como desproporcionada o anormal cuando se fundamente en el incumplimiento de disposiciones de obligado cumplimiento en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo o costes salariales mínimos por categoría profesional.*

*2. A tal fin se requerirá el desglose de los precios para acreditar la viabilidad de las proposiciones económicas, en su caso.*

**Artículo ----. Plazos de los contratos de servicios socio-sanitarios a personas.**

*La duración ordinaria de estos contratos será de seis años, salvo que por circunstancias excepcionales, como la adecuada amortización de inversiones en contratos especialmente complejos, fuese necesario un plazo mayor, con respeto, en todo caso, a los principios de una libre y efectiva competencia en el mercado.*

**Artículo ----. Cooperación directa con entidades del tercer sector socio-sanitario.**

*1. Las asociaciones de voluntariado, entidades de economía social y las organizaciones de carácter asociativo constituidas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos institucionales de servicio sanitario que actúen sin ánimo de lucro y con fines de solidaridad, podrán cooperar directamente en la prestación de determinados servicios socio-sanitarios conforme a la planificación y a la legislación autonómica en la materia.*

*2. La posibilidad de esta cooperación deberá justificarse en una mejor eficiencia de la prestación, de eficacia presupuestaria y en la no distorsión indebida de la competencia. En concreto, las condiciones de cooperación no pueden implicar la obtención de ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionar ningún beneficio a sus miembros, ni referirse a las actividades comerciales que realizan esas entidades.*

*3. Será preceptivo que las asociaciones de voluntariado e instituciones que puedan participar en acciones de cooperación se encuentren inscritas en el Registro que se creará a tal efecto, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta norma.*

*4. Los acuerdos de cooperación directa tendrán la forma de convenio singular de cooperación. Estos acuerdos se publicarán en página web de las respectivas entidades contratantes”.*

