

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

Departamento de Publicaciones

NICES: 463-2006

Colección Dictámenes

Número 4/2006

La reproducción de este Dictamen está permitida citando su procedencia.

Primera edición, marzo de 2006

Edita y distribuye:

Consejo Económico y Social.

Huertas, 73. 28014 Madrid. ESPAÑA.

Tel.: 91 429 00 18 - Fax: 91 429 42 57

E-Mail: institucional@ces.es

Información en Internet: <http://www.ces.es>

ISSN: 1134-5152

Depósito legal: M. 11.077-2006

Imprime: Imprenta Fareso, S. A. Paseo de la Dirección, 5. 28039 Madrid

SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO



De conformidad con las competencias atribuidas al Consejo Económico y Social por la Ley 21/1991, de 17 de junio, previo análisis y tramitación por la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad, y de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento Interno, el Pleno del Consejo Económico y Social aprueba en su sesión ordinaria del día 20 de febrero de 2006, el siguiente

D i c t a m e n

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Consejo Económico y Social escrito del Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda por el que se solicitaba, en virtud de lo preceptuado en el artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, que el Consejo emitiera, en el plazo de un mes, un Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público.

La solicitud de Dictamen fue remitida al Presidente de la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad para que esta Comisión procediera a la elaboración de la correspondiente propuesta. Para explicar el contenido y alcance del Anteproyecto de Ley, y atender a las preguntas que sobre la materia les fueron planteadas, comparecieron el día 20 de enero de 2006, ante la Comisión de Economía y Fiscalidad, el Secretario General y un vocal asesor

de la Dirección General del Patrimonio del Estado, del Ministerio de Economía y Hacienda.

La contratación pública es la herramienta fundamental de colaboración entre el sector público y el privado, su significación económica es equivalente al 13 por 100 del PIB según la Memoria económica que acompaña el Anteproyecto, y constituye un importante instrumento de intervención pública en la economía con potenciales efectos beneficiosos para la competencia y la estabilidad presupuestaria, por lo que la presente reforma reviste una importancia de primer orden.

Los antecedentes normativos de la actual legislación de contratos públicos se remontan al Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado de 1965¹, una norma que con posterioridad se ha modificado en numerosas ocasiones, fundamen-

¹ Decreto 923/1965, de 8 de abril.

talmente con el fin de adecuar la regulación interna a la normativa comunitaria, y con los efectos principales de homogeneizar, modernizar y simplificar los procedimientos de contratación en el seno de la Unión Europea, así como de extender el ámbito subjetivo de aplicación de la norma en respuesta a las dinámicas centrifugas experimentadas por la estructura institucional del sector público.

Entre las múltiples reformas destaca el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, aprobado al amparo del título competencial contenido en el artículo 149.1.18 de la Constitución y en aplicación de las directivas comunitarias entonces vigentes sobre contratos públicos², y que extiende el ámbito de aplicación del régimen contractual público a todas las Administraciones Públicas. Esta aplicación extensiva se consolida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que viene a trasponer las nuevas directivas comunitarias sobre contratos públicos de servicios, de suministros y de obras³, si bien se excluye de su ámbito de aplicación a los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que se regulan de forma diferenciada⁴. Posteriormente, dicha Ley fue modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que fue objeto de Dictamen por este Consejo en la fase de Anteproyecto⁵, y que incorporó ciertos cambios de la mencionada legislación comunitaria⁶.

Finalmente se aprobó el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mediante Real

Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que, no obstante su vocación de permanencia, ha sido objeto desde entonces de no pocas modificaciones, entre las que cabe mencionar, por su entidad, las introducidas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del contrato de concesión de obras públicas, cuyo Anteproyecto fue asimismo dictaminado por el CES⁷, y las que incorporó el Real Decreto-Ley 5/2005, de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que estableció la sujeción a una parte de las prescripciones de la Ley de las fundaciones públicas y de las sociedades mercantiles creadas para satisfacer necesidades de interés general y financiadas o controladas mayoritariamente por entidades de derecho público.

En la misma línea, la reforma que plantea el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público que se somete a Dictamen, ampliamente explicada en las Memorias justificativa y económica que acompañan al texto remitido, consolida la extensión del ámbito de aplicación a todo el sector público, previendo su aplicación incluso en el caso de adjudicadores privados de contratos subvencionados por entidades públicas. Esta reforma viene motivada primordialmente por la necesidad de trasponer una nueva directiva comunitaria sobre la materia⁸ que, además de refundir en un texto único las tres directivas preexistentes, tiene por finalidades garantizar la concurrencia entre licitadores de distintos Estados miembros y entre licitadores públicos y privados, arbitrar la posibilidad de incluir criterios medioambientales y sociales en la adjudica-

² Directivas 77/62/CEE y 71/305/CEE.

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

⁴ 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.

⁵ Dictamen CES 5/1998, de 27 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se Modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

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

⁷ Dictamen CES 1/2002, de 15 de enero, sobre el Anteproyecto de la Ley Reguladora de la concesión de obras públicas.

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

ción de contratos públicos, entre los que el Anteproyecto incluye expresamente la eliminación de las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral, tal y como recoge el Informe de impacto de género que lo acompaña, e introducir nuevos procedimientos de contratación, como el diálogo competitivo o los acuerdos marco, así como nuevas técnicas asociadas al empleo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, como los sistemas dinámicos de adquisición electrónica, las subastas electrónicas o la centralización de com-

pras, dirigidas todas ellas a reducir los costes de transacción asociados a la contratación pública.

Pero también en el plano interno, y desde diversas instancias, se ha puesto de manifiesto en los últimos años la necesidad de revisar ampliamente la legislación de contratos públicos para aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos⁹. De hecho esta reforma viene a hacer efectiva la medida proyectada en este sentido por el Programa Nacional de Reformas de España aprobado por el Gobierno en octubre de 2005.

II. CONTENIDO

El Anteproyecto de Ley objeto de este Dictamen se compone de 310 artículos, estructurados dentro de un título preliminar sobre «Disposiciones generales» (artículos 1 a 21), y cinco libros: libro I, sobre «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos» (artículos 22 a 92); libro II, relativo a la «Preparación de los contratos» (artículos 93 a 121); libro III, relativo a la «Adjudicación de los contratos» (artículos 122 a 191); libro IV, en materia de «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos» (artículos 192 a 290); y, por último, libro V, que se ocupa de la «Organización administrativa para la gestión de la contratación» (artículos 291 a 310). Asimismo, el Anteproyecto contiene veintiséis disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales. Por último, incorpora también tres anexos sobre actividades, servicios y productos, respectivamente, a los que se remiten determinados preceptos del Anteproyecto, integrando el supuesto de hecho normativo de aquéllos.

El primer aspecto de contenido que destaca en el Anteproyecto, y al que debe hacerse mención, es la diferente sistemática que adopta respecto a la vigente Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas (LCAP), ordenada esta última en torno a una estructura «bipolar» comprensiva de una «parte general», compuesta por las disposiciones aplicables a todos los contratos, y una «parte especial» destinada a las especificidades del régimen jurídico de los distintos contratos administrativos típicos. La sistemática adoptada en el Anteproyecto se aparta, así, de la técnica seguida por el legislador en la legislación sobre contratos públicos desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo. Las razones que se aportan en la Memoria justificativa, radican fundamentalmente en la necesidad de procurar un mejor acomodo a importantes novedades sustantivas, como la que representa la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, que abarca, desde su planteamiento inicial, a otros sujetos destinatarios, distintos de las Administraciones, que también forman parte del sector público. Además, entre otras consideraciones, la nueva ordenación empleada sigue una secuencia más acorde, siempre según la citada Memoria, con las fases del contrato público, desde las iniciales de preparación hasta su extinción.

El título preliminar, relativo a «Disposiciones generales», y dividido en dos capítulos, define el ámbito de aplicación de la norma, comprensivo de todos los contratos celebrados por los sujetos inte-

⁹ Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y el diagnóstico de la situación de la contratación pública. Ministerio de Hacienda, 2004.

grados en la definición que el propio Anteproyecto da de «sector público», con las exclusiones que enumera, así como las categorías jurídicas básicas, como son los diferentes tipos contractuales, los contratos que están sujetos a una regulación armonizada, a partir del Derecho comunitario, la distinción asimismo básica entre contratos administrativos y contratos privados, y el orden jurisdiccional que resulta competente para conocer de los litigios en función de la naturaleza administrativa o civil de los contratos.

El Anteproyecto amplía la lista de contratos excluidos de su ámbito de aplicación [artículo 4, letras m), n) y o)], al tiempo que incluye en dicho ámbito algunos celebrados por sujetos no pertenecientes al sector público, como son los contratos subvencionados por entidades y organismos del sector público, en determinados supuestos, y los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas (artículo 2.2). En ambos casos, la inclusión responde a la relevante conexión que mantienen tales contratos con el sector público (una financiación pública relevante o una relación jurídica de concesión de obra pública antecedente).

Entre las numerosas novedades de diverso alcance que incorpora el Anteproyecto desde su título preliminar, cabe destacar las relativas a la determinación de su ámbito de aplicación por referencia al sector público en su conjunto, según la definición del mismo que adopta (artículo 3), básicamente coincidente con la que se contiene en la Ley General Presupuestaria. La extensión a todo el sector público del ámbito de la norma proyectada obedece a la necesidad de que ésta abarque a todos los sujetos afectados por las directivas comunitarias, así como a la conveniencia de que no queden entidades del sector público exentas de regulación. El sector público, a los efectos de la Ley, se compone de tres categorías que se diferencian por la repercusión en ellas de la regulación proyectada: las Administraciones Públicas; las entidades del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetas a la Directiva 2004/18; y otras entidades del sector público que ni son Administración Pública ni están sujetas a dicha Directiva. En la enumeración de entidades del sector público se incorporan, asi-

mismo, algunas menciones expresas nuevas, aun no constitutivas, como las relativas a las universidades públicas y a los denominados «reguladores independientes», con el fin de evitar eventuales dudas de interpretación.

Otras novedades relevantes se observan en relación con la tipología contractual del sector público (artículos 5 al 12), en buena medida impuestas por la necesidad de adaptar la definición de las distintas categorías a las exigencias del Derecho comunitario. Cabe destacar, en relación con la nueva definición del contrato de concesión de obras públicas (artículo 7), la exclusión de su ámbito de los supuestos en los que el único objeto del contrato consiste en la explotación de la obra, sin exigirse su construcción, dado que se entiende que la regulación de estos negocios jurídicos tiene un mejor encaje en la legislación de bienes públicos. En relación con el contrato de servicios (artículo 10), la definición se apoya en las categorías enumeradas en el anexo II, al tiempo que pasan a englobar a los contratos de consultoría y asistencia, que dejan de regularse autónomamente. Por otra parte, se define un nuevo contrato típico: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 11), que trae origen del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, de medidas de impulso a la productividad. Con relación a los contratos mixtos (artículo 12), se ha eliminado el criterio de la prestación más relevante para determinar el régimen aplicable a las fases de preparación y ejecución del contrato («teoría de la absorción»), a favor de la libertad de las partes de yuxtaponer distintos regímenes, correspondientes a las distintas prestaciones fusionadas, por razones de oportunidad.

Otra novedad importante viene dada por la necesidad de delimitar el radio de acción de la normativa comunitaria de armonización en relación con la legislación de contratos públicos. En atención a ello, se delimita el conjunto de contratos sujetos a una regulación armonizada (artículos 13 al 17), lo que permite a su vez deslindar aquellos otros en los que el legislador goza de plena libertad en su regulación. Los contratos sujetos a regulación armonizada vienen definidos por la conjunción de tres criterios: el sujeto contratante,

que debe tener la condición de Administración Pública como regla general, el tipo y categoría de contrato, y el valor estimado del mismo, para lo que se establecen unos umbrales mínimos en función de los distintos tipos contractuales. En todo caso, están sujetos a regulación armonizada los contratos de colaboración del sector público y el sector privado, y los que tengan una relevante financiación pública.

En relación con la clásica distinción entre contratos administrativos y contratos privados, que se mantiene en sus líneas fundamentales (artículos 18 a 21), entre otras novedades, el Anteproyecto pretende clarificar el alcance de los contratos privados, saliendo al paso de la jurisprudencia que ha venido interpretando de manera expansiva los contratos administrativos, en detrimento de los anteriores, a partir de una concepción extensiva de la cláusula de conexión del negocio al giro o tráfico propio de la Administración.

El libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aborda, a lo largo de los cuatro títulos en los que se divide, la regulación de los elementos estructurales de los contratos del sector público. Así, la causa y la forma de los contratos, la perfección de los mismos, el espacio de la autonomía de la voluntad, con el principio de libertad de pactos y sus límites, el régimen de invalidez de los contratos, y los mecanismos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación, destacando la regulación *ex novo* de un «recurso especial», y la composición de conflictos mediante arbitraje (título I); las partes en el contrato: órganos de contratación y aspectos conexos, del lado del sector público, y todo lo relativo a la capacidad y solvencia del empresario (título II); los elementos objetivos del contrato: el precio y el régimen de revisión de precios (título III); y, finalmente, el régimen de garantías a prestar por quienes contratan con entidades del sector público (título IV).

Como novedades, se introducen una serie de previsiones que se orientan a reforzar la racionalidad y consistencia de la contratación pública (artículos 22 a 24), entre las que destaca la limitación de la duración de determinados contratos (artículo 23), y la regulación de los supuestos en

que la Administración puede o debe realizar las obras o servicios con sus propios medios, como alternativa a la contratación externa de la prestación (artículo 24).

Por otro lado, en relación con el contenido de los contratos, se imponen límites a la posibilidad de fusionar prestaciones en los contratos mixtos (artículo 25.2), y se precisa el contenido mínimo que debe reunir todo contrato celebrado por una entidad del sector público (artículo 26).

En materia de perfección del contrato, se precisa que la misma tiene lugar con la adjudicación definitiva (artículo 27.1), y se introduce una regla relativa al lugar en que se entiende celebrado el contrato, que será, salvo excepción, el lugar sede del órgano de contratación (artículo 27.2).

En materia de revisión de los actos preparatorios de los contratos, los aspectos más destacables se centran en la regulación de un «recurso especial en materia de contratación» (artículo 37), que se hace eco de la jurisprudencia comunitaria en la materia (Sentencia de 28 de octubre de 1999, caso Alcatel) y del régimen de las medidas provisionales que pueden solicitar los licitadores y otras personas en relación con decisiones de la entidad contratante que puedan incurrir en infracciones de procedimiento o causar determinados perjuicios, incluida la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación (artículo 38). En ambos casos, recurso especial y medidas provisionales, el ámbito de aplicación se circunscribe a los contratos sujetos a regulación armonizada.

En relación con las partes del contrato, además de otros aspectos novedosos como pueden ser la figura del responsable de contrato (artículo 41) y la regulación del «perfil de comprador» (artículo 42), las novedades más relevantes se centran en la materia de prohibiciones de contratar y clasificación de contratistas. Entre las primeras (artículo 49), cabe destacar la introducción de una nueva causa de prohibición de contratar, consistente en la retirada injustificada de la proposición u oferta por los licitadores, o, asimismo, el incumplimiento por el adjudicatario provisional de los requerimientos necesarios para la elevación de la adjudicación a definitiva [artículo 49.2.d)]. En relación con la clasificación de empresas, se ele-

va la cuantía del valor de los contratos de obras para la exigencia de aquélla (artículo 54.1); se extiende la exigencia de clasificación a determinadas categorías de contratistas de servicios actualmente no sujetos; la duración de la clasificación se convierte en indefinida (artículo 59.1), si bien queda condicionada a justificaciones anuales o trienales, según los casos, de determinados aspectos; además, se deja abierta la posibilidad de que las entidades del sector público contratantes puedan exigir una acreditación adicional de solvencia no obstante figurar la empresa debidamente clasificada (artículo 63.2).

En materia de precio de los contratos, entre otras novedades, cabe reseñar la admisión del contrato con precios provisionales (artículo 75.5). Novedades que se observan asimismo en aspectos del sistema de revisión de precios, como la limitación del alcance de la revisión cuando el índice de referencia utilizado sea el IPC (artículo 78.3), o la exclusión de la posibilidad de revisión de determinados costes cuya variación se entiende que forma parte del riesgo y ventura de la actividad empresarial, dada su previsibilidad y normalidad (artículo 79.1). En este terreno, asimismo, la disposición transitoria segunda prevé la aplicación de las actuales fórmulas de revisión en tanto no se aprueben otras nuevas por el Consejo de Ministros, si bien, una vez transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Ley, aquéllas se aplicarán excluyendo la variación del precio de la mano de obra.

Por último, en materia de garantías, la garantía provisional deja de tener carácter preceptivo, dejándose en manos del órgano de contratación la apreciación de su necesidad en cada caso concreto (artículo 91.1). En cuanto a la garantía definitiva, además de simplificarse su régimen jurídico, se da asimismo más libertad al órgano de contratación, quien podrá eximir de ella al adjudicatario en cualesquiera contratos, a excepción de los contratos de obras y concesión de obras públicas (artículo 83.1, segundo párrafo); asimismo, se eleva su cuantía básica de un 4 a un 5 por 100 (artículo 83.1, primer párrafo).

El libro II, relativo a la preparación de los contratos, se divide en tres títulos que contienen, respectivamente, las normas generales relativas a la pre-

paración de los contratos por las Administraciones Públicas (título I), fundamentalmente relativas a la tramitación del expediente de contratación; normas sobre preparación de otros contratos del sector público (título II); y una parte sobre normas especiales para la preparación de los principales contratos públicos típicos (título III).

La normación de la preparación de los contratos es la que presenta, en conjunto, menor número de novedades, debiendo destacarse la previsión de que las prescripciones técnicas se definan, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos (artículo 101.1); asimismo, destaca como relevante la posibilidad que se abre a los órganos de contratación de incluir condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos, que podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, categoría ésta respecto de la que el Anteproyecto enumera una serie de fines a los que se podrán orientar (artículo 102). Por último, se introducen requerimientos más exigentes para los contratos de elaboración conjunta de proyecto y obra, que revisten un carácter excepcional (artículo 109).

El libro III, en los artículos 122 a 191, hace referencia a los procedimientos de selección en la adjudicación de los contratos. Destaca en esta parte del Anteproyecto la incorporación del diálogo competitivo (artículos 163 a 167) como una nueva forma de adjudicación de los contratos que se añade a los procedimientos abiertos (artículos 141 a 145), restringidos (artículos 146 a 152) y negociados (artículos 153 a 162). Dicha nueva inclusión obedece a lo recogido en la mencionada Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 cuando en su artículo 29 establece que, bajo determinadas condiciones, el poder adjudicador puede hacer uso del diálogo competitivo en el caso de contratos particularmente complejos.

Destaca también como novedad en esta parte del Anteproyecto lo relativo a los criterios de adjudicación (artículo 134) en los supuestos en que se atiende no sólo al criterio económico (precio). Se pretende con ello dotar de mayor objetividad

a la valoración de ofertas desde el punto de vista técnico.

Otra novedad reside en la actualización de los importes para la aplicación de diversos procedimientos de contratación, como es el caso de los contratos menores o los tramitados por procedimiento negociado sin publicidad o con publicidad.

Del resto de artículos del libro III cabe destacar la introducción expresa del principio de transparencia (artículo 123), la no divulgación de la información facilitada por los empresarios (artículo 124), la reducción de los plazos del procedimiento de adjudicación cuando los anuncios previos se comuniquen por medios electrónicos (artículo 125), el establecimiento de una adjudicación provisional y otra definitiva del contrato por lo menos quince días hábiles más tarde de la publicación provisional y el adjudicatario haya presentado la documentación justificativa (artículo 135), la sustitución del término de baja temeraria por el de oferta con valor anormal (artículo 136), la aplicación del procedimiento negociado a contratos distintos a los de obra, gestión de servicios públicos, suministro y servicios (artículos 154 al 159) y la regulación de la adjudicación de contratos por parte de entes, organismos y entidades que no teniendo el carácter de Administraciones Públicas están financiados mayoritariamente por un sujeto perteneciente al sector público (artículos 173 al 177).

El libro IV contiene el régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Se estructura, a su vez, en dos títulos que comprenden, respectivamente, las normas de general aplicación a todos los contratos: efectos, prerrogativas de la Administración, ejecución, modificación y extinción de los contratos, y el régimen de la cesión y la subcontratación, por una parte (título I); por otra, prevé normas especiales para los contratos de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros y servicios (título II).

Pocas novedades contiene el Anteproyecto en estas materias, destacando el establecimiento de determinados mecanismos de refuerzo del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Así, se prevé que el incumplimiento de los

compromisos de adscripción de determinados medios a la ejecución del contrato, o de las condiciones especiales de ejecución del mismo, puedan configurarse como supuestos que habilitan para la imposición de penalidades o para la resolución del contrato (artículo 196.1). Cabe destacar, asimismo, la regulación de un cuadro normativo de mínimos sobre derechos y obligaciones en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que se configura por remisión a las normas generales del título I del presente libro y las especiales del tipo contractual que corresponda por razón de la prestación principal que, en cada caso, sea objeto del contrato de colaboración (artículos 289 y 290).

El libro V contiene las normas relativas a los órganos competentes en materia de contratación (título I), la organización de los registros oficiales de licitadores, empresas, y de contratos del sector público (título II) y la novedosa regulación de una plataforma de contratación del Estado como servicio de publicidad en Internet en materia de contratos públicos (título III).

Además de la anterior, otras novedades que incorpora el Anteproyecto en esta parte inciden en el sistema de órganos competentes, como reflejo de nuevas figuras de procedimientos y sistemas de contratación. Tal sucede con la regulación de una mesa especial para asistir al órgano de contratación en los procedimientos de diálogo competitivo (artículo 296), o de la mesa especial del sistema estatal de contratación centralizada (artículo 297). En materia registral, por su parte, se prevé integrar en un sistema único los actuales registros voluntarios de licitadores y el registro de empresas clasificadas, mediante la creación de un Registro estatal interconectado con los que, en su caso, puedan constituir otras Administraciones (artículos 301 y siguientes).

El Anteproyecto sometido a Dictamen se completa con una amplia batería de disposiciones adicionales que comprenden diversos aspectos de naturaleza heterogénea. Entre otros, se prevén normas específicas para la contratación en el extranjero (disposición adicional primera); reglas asimismo específicas sobre determinados aspectos de la contratación por las entidades locales (disposición adicional segunda), complementadas con determinadas modi-

ficciones de la Ley de Bases de régimen local que se contienen en las disposiciones finales; límites a la contratación con empresas de trabajo temporal (disposición adicional quinta); reglas sobre preferencia en la adjudicación de contratos en relación con empresas que cuenten en su plantilla con personas discapacitadas o con entidades sin ánimo de lucro (disposición adicional sexta); reserva de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo, o en el marco de programas de empleo protegido (disposición adicional séptima); exención de la exigencia de clasificación a las universidades públicas y los organismos públicos de investigación para ser adjudicatarios de contratos (disposiciones novena y décima); reglas especiales para los contratos de suscripción a publicaciones y acceso a bases de datos (disposición adicional duodécima); normas relativas a los medios de comunicación admisibles en los procedimientos y utilización de medios electrónicos (disposiciones decimoctava y decimonovena); el ré-

gimen de responsabilidad patrimonial y disciplina de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en el ámbito de la contratación administrativa (disposición adicional vigésimo segunda).

Por último, además de las disposiciones transitorias, a algunas de las cuales se ha hecho referencia anteriormente, en relación con las fórmulas de revisión de precios, el Anteproyecto contiene diez disposiciones finales que, entre otros aspectos, como la declaración del carácter básico de la mayor parte de su articulado, al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, introducen modificaciones de distinto alcance en diversos textos legales, como la ya aludida de la Ley 7/1985, de Bases del régimen local, la Ley 47/2003, General Presupuestaria, la Ley 1/1999, Reguladora de las entidades de capital riesgo, la Ley 22/2003, Concursal, y la Ley 3972003, del Sector ferroviario.

III. OBSERVACIONES GENERALES

El CES valora de forma positiva y apropiada la reforma integral propuesta en el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público desde la exigencia de incluir la regulación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, y la necesidad de recoger la abundante jurisprudencia generada en los últimos años.

En este sentido, considera que el Anteproyecto presentado a Dictamen, además de realizar la transposición de la Directiva comunitaria, incorpora cambios tanto en los contenidos del actual Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como una sustancial modificación en la ordenación del marco legal, facilitando una mayor transparencia, simplificación y racionalización de los procesos de los contratos públicos; clarifica el régimen de las adjudicaciones y alivia las cargas en materia de reducción de gastos y de costes de transacción que recaen sobre contratistas y contratantes. Su contenido per-

mite la eliminación de muchas de las actuales barreras de entrada a la contratación pública y abre la competencia en un sector en el que centran su interés multitud de empresas. Al mismo tiempo, se introducen mayores controles y limitaciones a los licitadores con las empresas públicas, reforzándose los criterios de solvencia exigibles a las empresas que contraten con el sector público.

El CES considera que existe una razonable ordenación del texto, siguiendo la secuencia lógica de la contratación administrativa desde los aspectos generales, y previos a la adjudicación, hasta el cumplimiento y extinción del contrato, reflejando las peculiaridades normativas a cada contrato y facilitando los pasos a seguir en la contratación pública.

El Anteproyecto amplía el ámbito subjetivo de la aplicación de la norma a todo el sector público, de forma acorde no sólo con la filosofía de la Directiva, sino con la exigencia de dar respuesta a la tendencia, que se ha abierto paso en los últimos años, de desarrollar diversos tipos de entidades instrumentales para la consecución de fines

de interés general, y ello sin perjuicio de que se proponga la inclusión de nuevos tipos de organismos que puedan adquirir sustantividad propia tan pronto se aprueben las correspondientes iniciativas legislativas por las Cortes.

Las materias relacionadas con la revisión de los sistemas de clasificación de los contratistas, los medios de acreditación de los requisitos de aptitud exigidos para contratar con el sector público y los procedimientos de adjudicación son elementos que, en opinión del CES, favorecerán el buen funcionamiento del sistema. En esta línea, destacan los nuevos sistemas de adjudicación relacionados con el diálogo competitivo, las subastas electrónicas, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación, el régimen de centrales de contratación, de cara al aprovechamiento óptimo de los recursos públicos, además del protagonismo de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos para facilitar la publicidad gratuita, las licitaciones y adjudicaciones, así como información relevante de los contratos que se celebren.

El CES estima acertada la incorporación de cláusulas de tipo social y medioambiental a la hora de valorar y ejecutar las ofertas, que supone un importante avance para facilitar los objetivos enmarcados en esta materia tanto en la Estrategia de Lisboa como a través de instrumentos que dotan de contenido efectivo a la cláusula constitucional del Estado social. La inclusión de prescripciones técnicas que incorporan criterios de accesibilidad para personas discapacitadas y de condiciones especiales de ejecución de los contratos —derivadas de exigencias comunitarias— introduce novedosas aportaciones que incorporan mejoras de carácter cualitativo a la legislación en esta materia.

Asimismo, la creación de un Registro de Contratos del Sector Público como sistema central de información, en el que se inscribirán los datos básicos de las adjudicaciones de las distintas Administraciones Públicas y demás entidades sujetas a la Ley, supone un imprescindible soporte no sólo para el análisis y conocimiento de la contratación pública, sino para facilitar futuras revisiones en aras de mejorar los procedimientos de licitación de obras y servicios públicos.

Todo ello, sin perjuicio de las recomendaciones generales que desde el CES se consideran pertinentes introducir en la norma. Entre ellas, las relacionadas con algunas dificultades concretas en el desarrollo de la estructura de la norma y la técnica jurídica utilizada, derivadas de la complejidad en la que se ha venido configurando el sector público durante los últimos años y basado en la existencia de un entramado de sociedades estatales, autonómicas y municipales con un importante volumen de contratación pública; lo que contribuye a generar cierta confusión en su aplicación e interpretación.

En este sentido, el texto que se presenta a Dictamen debería incluir todo lo regulado en la normativa vigente y no dejar unos pocos artículos de la Ley actual con plena vigencia tras esta reforma de la contratación administrativa. Lo mismo podría decirse de la modificación que se hace de la contratación administrativa local, al dejar vigentes en los apartados de las normas legales del régimen local sólo unos pocos artículos, pues el resto de los mandatos no estarán ya en esa normativa específica sino en la nueva que se apruebe de contratación administrativa del sector público. Igualmente, cabría mejorar la comprensión del Anteproyecto si, al igual que se reflejan en un libro específico las especialidades de la contratación aplicables a cada modalidad contractual, se recogieran, en un libro o título propio, las especificidades por el tipo de Administración o entidad del sector público, que se contienen en las disposiciones adicionales. Se trata de la regulación de la contratación aplicable al ámbito local o, entre otras, las menciones a la normativa aplicable a los órganos constitucionales.

Al mismo tiempo, el CES considera necesaria una mejor ordenación de las materias en el cuerpo del articulado, incluyendo en los respectivos libros los contenidos de algunas disposiciones adicionales, relacionadas con el régimen y plazos; el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos; las normas sobre los medios de comunicación utilizables en los procedimientos; la terminación convencional de los procedimientos; el régimen sobre responsabilidad administrativa. Todas éstas de carácter transversal, por lo que podrían incorporarse a otros apartados del Anteproyecto. Lo mismo podría in-

dicarse de la contratación en el extranjero o de la regulación de las empresas de trabajo temporal, que en la normativa vigente no se encuentran ubicadas en las disposiciones adicionales.

Además, el CES considera, no obstante lo previsto en el articulado sobre el régimen de derecho privado aplicable a los efectos y extinción de determinados contratos, que se debiera fijar un nuevo libro en el que se incluyeran las regulaciones de los efectos y cumplimientos de los contratos del sector público no concertados por las Administraciones Públicas en materia de penalizaciones, causas de extinción y subcontratación, entre otras, bajo un epígrafe que haga referencia a «otros contratos del sector público» con similares contenidos a lo establecido en los libros III y IV para las Administraciones Públicas, aun teniendo en cuenta las peculiaridades y características inherentes a este tipo de contratos, como así lo prevé la Directiva comunitaria.

También cabría reconsiderar o aclarar la ubicación de las previsiones normativas recogidas en el título II del libro IV sobre especialidades de los contratos en materia de efectos, cumplimiento y extinción, que es el título empleado para definir el libro IV, pues recoge previsiones no sólo de estas fases del contrato administrativo sino también de los libros anteriores, esto es, de las relativas a la preparación o a la adjudicación de los contratos. Aparece así este título II como un verdadero libro de especialidades normativas por tipos de contratos siguiendo el esquema de la legislación actual que el Anteproyecto parece querer modificar. En este sentido véase como ejemplo, aunque ocurre en todos los contratos, la dicción legal del artículo 277 sobre los contratos de servicios.

Por otra parte, existen algunos elementos contenidos en la norma que son susceptibles de una mayor clarificación y mejora, como la profusa utilización de remisiones a artículos que dificulta su operatividad y que podrán mejorarse mediante la mención o aclaración de la definición del correspondiente precepto.

Sin perjuicio de las modificaciones en los contenidos que se proponen en las observaciones particulares al Anteproyecto de Ley, el CES cree pertinente introducir en la norma determinadas

consideraciones relacionadas con la diferenciación entre contratos sujetos a regulación armonizada, derivadas de directivas comunitarias, y los sometidos a decisiones de política legislativa interna. Para el CES la cuantía establecida como umbral económico para su delimitación no parece la más apropiada, siendo oportuna y necesaria la reducción de los umbrales económicos previstos para justificar la diferenciación entre contratos sujetos a regulación armonizada y los excluidos, con el objetivo de que no quedara una parte importante de los mismos al margen de las garantías, regulaciones, controles y limitaciones que incorporan los incluidos en este tipo de regulación; así como la exclusión prevista en materia de perfección de los contratos y la posibilidad de solicitar medidas provisionales para los no sujetos a regulación armonizada en los términos previstos para el recurso especial en materia de contratación.

La excesiva indeterminación reflejada en el nuevo tipo contractual sobre colaboración entre el sector público y privado añade confusión para su entendimiento y da lugar a dudas interpretativas respecto a las distintas figuras contractuales existentes. Similar imprecisión se detecta en el concepto de contratos de servicios, con respecto a su definición actual.

Paralelamente, la introducción del nuevo recurso especial en materia de contratación que se ha valorado muy positivamente con anterioridad, puede generar, sin embargo, un cierto perjuicio a la tramitación de los distintos expedientes de contratación, y en consecuencia dificultar los objetivos perseguidos por la norma para hacer más transparente y eficaz el procedimiento de adjudicación, si no dispusiera la Administración u organismo afectado de los medios necesarios para dar cumplimiento a los plazos perentorios recogidos en el texto del Anteproyecto. En ese caso, el recurso podría volverse contra los licitadores, y contra los propios órganos de contratación.

Asimismo, el CES estima conveniente incluir la actual referencia a la estabilidad en el empleo en materia de solvencia técnica y reflejar los criterios medioambientales y sociales en los mismos términos que lo hace la Directiva en materia de valoración de las ofertas y en las condiciones es-

peciales de ejecución del contrato, con una referencia explícita a la calidad del empleo en estas últimas, así como la exigencia de una plantilla que garantice la ejecución del proyecto en materia de prescripciones técnicas. Y debieran reflejarse de forma más contundente y clara las necesarias limitaciones y controles sobre la subcontratación.

También se encuentran en la norma ciertos términos jurídicos que haciendo referencia a una misma realidad, y no siendo exactamente equivalentes, contribuyen a generar confusión en la interpretación, por ejemplo cuando se habla de «precio del contrato», y de «precio primitivo» para designar al mismo, o de «el director de la obra» o de «el responsable del contrato» para designar al «director facultativo».

El CES se hace eco de las observaciones formuladas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus memorias anuales de manera reiterada, acerca de la no remisión de la información sobre los contratos formalizados por los distintos órganos de contratación al Registro Público de Contratos, produciéndose un notable desfase entre la realidad de la contratación y la meramente formal constatada por el Registro. Al mantener el Anteproyecto una regulación similar a la Ley vigente en esta materia, llama la aten-

ción sobre la oportunidad de introducir en la regulación las modificaciones oportunas que permitan resolver esta problemática, y, por ejemplo, que se dispusiera la posible obligación de dar traslado de los contratos al citado Registro con independencia del precio de adjudicación, y no limitados a los que superen una determinada cuantía.

Finalmente, en este apartado de observaciones generales, que inevitablemente condiciona lo expresado en las observaciones particulares al articulado que se exponen a continuación, el CES considera que la tramitación del Anteproyecto no ha contado con el tiempo que hubiera sido aconsejable para que, a través de la participación de los distintos actores interesados, y particularmente de los operadores del sector privado llamados a la colaboración con el sector público en la aplicación de la norma, se hubieran despejado las dudas acerca de las modificaciones y novedades introducidas en una regulación sustantiva y asentada del ordenamiento administrativo, como es la normativa sobre contratación pública. Esto mismo justifica que el CES habría necesitado más tiempo para ejercer su función consultiva con un mayor grado de detenimiento, obligado por la importancia de la norma sometida a su consideración, en aras de lograr un mayor grado de consenso entre sus miembros.

IV. OBSERVACIONES PARTICULARES

Artículo 3. Delimitación del sector público

Respecto a la tipología recogida en este artículo de entes, organismos y entidades que integran el sector público a los efectos de esta Ley, el CES considera conveniente llamar la atención sobre la necesidad de contemplar la futura aparición de nuevos tipos de entidades públicas, en particular en relación con la previsible creación de agencias públicas estatales para la mejora de los servicios públicos tras la aprobación del Proyecto de Ley reguladora que se tramita actualmente en el Parlamento, o la constitución de consorcios de cooperación interterritorial que no

tendrían encaje en la letra e) del primer apartado de este precepto.

Artículos 5 a 12. Delimitación de los tipos contractuales

El Anteproyecto lleva a cabo, en sus artículos 5 a 12, una delimitación de los tipos contractuales actualmente vigentes que se basa, fundamentalmente, en la identificación de la prestación o prestaciones que conforman el objeto del contrato. Al mismo tiempo, introduce una figura contractual nueva como es el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

En opinión del CES, las definiciones que contiene el Anteproyecto de los contratos típicos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro y servicios, así como la definición del nuevo contrato de colaboración, no permiten deslindar nítidamente los contornos de los distintos contratos, pudiendo dar lugar a dudas interpretativas en la elección de una u otra figura. Por ello, estima que sería conveniente delimitar de manera más precisa los distintos tipos contractuales evitando posibles solapamientos.

Artículo 6. Contrato de obras

Este precepto, que define los contratos de obras en razón de su objeto, merece una doble consideración. Por un lado, debería perfeccionarse la definición para que no incluyera precisamente el término que se pretende acotar, es decir, las obras. Por otro lado, y para evitar afectar o colisionar con otras disposiciones legales que tienen que ver con «obras», como la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del suelo y valoraciones, o la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, por la que se Regula la ordenación de la edificación, sería aconsejable explicitar que la definición de obra contenida en el apartado segundo de este artículo sólo opera a efectos de esta Ley.

Artículo 10. Contrato de servicios

La actual Ley en vigor de Contratos de las Administraciones Públicas define ampliamente el concepto de contratos de servicios y establece una serie de cautelas para poder celebrar dichos contratos. En opinión del CES, la definición de contratos de servicios recogida en este artículo del Anteproyecto resulta insuficiente e imprecisa, y la remisión a un anexo para conocer la enumeración de las distintas categorías en que se dividen es una técnica legislativa inconveniente, por lo que, en aras de una mayor seguridad jurídica, sería conveniente mantener la definición que contiene la legislación vigente de los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios, señalando en todo caso que el destinatario final de los servicios debe ser la Administración.

Artículo 11. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

En la definición de esta nueva figura contractual, dirigida a la realización de actuaciones globales e integradas que comprenden financiación más diferentes tipos de prestaciones a cargo del contratista, se incorpora una cláusula abierta referida a «otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado» (apartado 1.C). A juicio del CES, esta cláusula introduce una excesiva indeterminación en los perfiles de este contrato que añade confusión para su entendimiento y consiente una utilización demasiado abierta.

Por otra parte, en relación con el apartado 2 de este mismo artículo, parece excesiva la facultad que se abre de que el contratista pueda asumir la dirección de las obras que sean necesarias, por contraposición a la regla clásica de separación entre dirección y ejecución de las obras. El CES entiende, pues, que dicha facultad se debería permitir únicamente con carácter excepcional y acompañada de las necesarias cautelas.

Libro I. Título I. Disposiciones generales sobre la contratación del sector público

El CES echa en falta en el Anteproyecto una alusión expresa a una serie de principios generales, de forma análoga a la que realiza el artículo 14 de la vigente Ley, en el que se establecen, entre otras, la necesidad de que el precio sea el adecuado al mercado y la prohibición del pago aplazado. En aras de una mayor seguridad jurídica, el CES considera necesaria la mención expresa de estos principios, comúnmente admitidos en la contratación administrativa y consolidados jurisprudencialmente, en la Ley. A tal fin, su ubicación podría encuadrarse, por ejemplo, al inicio del libro I, dedicado a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos. Por otra parte, similares consideraciones de orden sistemático se pueden hacer en relación con la ubicación en el Anteproyecto de elementos esenciales de los contratos, como el relativo al objeto, que encontrarían mejor inserción en las disposiciones generales del libro I.

Artículo 23. Plazo de duración de los contratos

El apartado segundo de este artículo regula la prórroga de los contratos y establece, en el segundo párrafo, que la misma será acordada por el órgano de contratación y tendrá carácter obligatorio para el contratista, salvo que el contrato prevea expresamente lo contrario. Asimismo, se excluye la posibilidad de que la prórroga se produzca por consentimiento tácito de las partes.

En opinión del CES, esta regulación limita la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y puede entorpecer el normal desarrollo de los contratos, razón por la cual considera más adecuado establecer como regla general para proceder a la prórroga del contrato la existencia de acuerdo entre las partes, salvo que el contrato prevea expresamente la posibilidad de que el órgano de contratación acuerde unilateralmente la prórroga.

Artículo 26. Contenido mínimo del contrato

En este precepto, se prevén las menciones mínimas que deben recogerse en los contratos sujetos a la Ley, a menos que éstas ya estén recogidas en los pliegos de contratación. Concretamente, se mencionan como contenido necesario: la identificación de las partes y su capacidad; el objeto del contrato; la legislación aplicable; los documentos que lo integran; el precio; la duración del contrato, las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones; las condiciones de pago; los supuestos de resolución; el crédito con cargo al que se abonará el precio; y la extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad, en su caso.

El CES considera que el apartado f) del presente precepto, relativo al precio, se debiera precisar utilizando la expresión «precio cierto o el modo de determinarlo», para ofrecer una terminología más acorde con los principios generales de contratación.

Artículo 27. Perfección de los contratos

El Anteproyecto fija en este precepto el momento en que tiene lugar la perfección de los contratos, que se produce con la adjudicación definitiva por el órgano de contratación. Sin embargo, se alude únicamente a los contratos de las Administraciones Públicas y a los de las restantes entidades del sector público cuando estén sujetos a regulación armonizada. Dado el carácter general y horizontal de esta regla, referida a un aspecto esencial de la vida de cualesquiera contratos, parece necesario, a juicio del CES, hacer mención también del momento de perfección de los contratos celebrados por las demás entidades del sector público que no son Administraciones Públicas y no están sujetos a regulación armonizada, por referencia a sus propias reglas.

Artículo 30. Datos estadísticos

Para cumplir con las obligaciones estadísticas exigidas por la Comisión de las Comunidades Europeas, este artículo del Anteproyecto debería fijar más explícitamente las obligaciones de información sobre los contratos adjudicados por los poderes públicos.

Además, y en consonancia con la observación general formulada al respecto, la garantía del cumplimiento de las referidas obligaciones de información es fundamental para el correcto desempeño de las funciones que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tiene atribuidas según el artículo 299 del Anteproyecto.

Artículo 37. Recurso especial en materia de contratación

Este artículo incorpora, como novedad derivada de la transposición de la Directiva 89/665/CEE¹⁰, un recurso especial que opera con carácter previo a la interposición del recurso contencioso administrativo para los contratos sujetos a regulación armonizada. Son susceptibles de este recurso los

¹⁰ Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre, 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.

acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y determinados actos de trámite. El CES valora positivamente la introducción de este recurso, que viene a dar cumplimiento a la Directiva comunitaria y posibilita anular las eventuales anomalías que surjan en el curso del procedimiento de contratación. No obstante, pone de manifiesto que existen contratos que, ya sea por su entidad económica o por su importancia, hacen deseable no descartar la posibilidad de acceso al mismo, por lo que estima que este recurso no debiera estar exclusivamente restringido a los contratos sujetos a regulación armonizada.

Por otro lado, la interposición de este nuevo recurso suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución cuando el acto recurrido sea el de adjudicación provisional. Por esta razón, se establecen plazos perentorios para interponerlo, formular alegaciones y resolverlo, que, en opinión del CES, deberían observarse escrupulosamente para evitar que este instrumento se convierta en un elemento perturbador de la dinámica contractual del sector público.

Artículo 38. Medidas provisionales

Para la mejor tutela de derechos e intereses legítimos que se puedan ver lesionados, el Anteproyecto contempla la posibilidad de solicitar medidas provisionales, incluida la suspensión del procedimiento de adjudicación, en los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada. De manera acorde con las observaciones hechas al artículo 37, el CES considera que sería conveniente permitir la posibilidad de solicitar este tipo de medidas en toda clase de contratos, con carácter preferente respecto de las medidas de similar naturaleza contempladas en la legislación administrativa general.

Artículo 41. Responsable del contrato

Con este artículo se crea una nueva figura, la del responsable del contrato, que no se delimita ni perfila suficientemente y no se fijan sus competencias, por lo que sería conveniente, en opinión del CES, establecer una regulación más pre-

cisa y determinar sus facultades y responsabilidades.

Artículo 42. Perfil de comprador

En este precepto, con la finalidad de asegurar la transparencia en la actividad contractual, prevé la difusión que realizarán los órganos de contratación, vía Internet, del perfil de comprador. En él se incluirán cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación.

El CES considera que la alusión a las «páginas web institucionales», que se realiza en el primer apartado del artículo, debiera ser sustituida por un término más acorde a la técnica normativa como pudiera ser «páginas electrónicas de las instituciones». De otra parte, estima que debe quedar perfectamente claro en la Ley que el acceso a este perfil de comprador, así como el acceso a la Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 310, ha de ser público, por lo que sería deseable una mención expresa al respecto.

Libro I. Título II. Capítulo II. Capacidad y solvencia del empresario

El CES considera que la regulación de una serie de materias como las relativas a la capacidad, prohibiciones de contratar, solvencia y clasificación de los empresarios en dos secciones distintas dentro de este capítulo, según se trate del régimen jurídico sustantivo o de los medios de acreditación y prueba de tales requisitos, no parece la opción más adecuada en aras de facilitar una mejor comprensión y manejo de la norma por parte de sus destinatarios. Por ello, el CES considera que se debería haber optado por una sistemática distinta que agrupase los aspectos sustantivos y su prueba o acreditación en una misma sección para cada una de tales materias.

Artículo 48. Uniones de empresarios

La regulación contenida en este artículo de las uniones temporales de empresarios a efectos de concurrencia en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos debería, a juicio del

CES, unificarse con el régimen jurídico aplicable a las UTEs previsto en la Ley 18/1982, de 26 mayo, de Régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo regional, en particular en lo referente a la duración de este tipo de uniones, que se regula en el artículo 8.c) de la mencionada Ley, recientemente modificado por la disposición adicional 3.ª de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de Reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes.

Artículo 49. Prohibiciones de contratar

En relación con el apartado 1.c) de este artículo, el CES considera que se debería mencionar expresamente, entre las causas de prohibiciones de contratar en él comprendidas, a las sanciones con carácter firme derivadas de comportamientos discriminatorios hacia las personas con discapacidad. En tal sentido, el CES quiere llamar la atención sobre la circunstancia de la actual tramitación en sede parlamentaria de la Ley que fijará el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Asimismo, en relación con las infracciones graves en materia de integración laboral de las personas con discapacidad que tipifica este mismo apartado como causa de prohibición de contratar, el CES desea hacer una llamada a la necesidad de establecer mecanismos de conocimiento y control del cumplimiento de la legislación de integración social y laboral de estas personas, como instrumento necesario para hacer efectiva su aplicación.

El Anteproyecto extiende los efectos de las prohibiciones de contratar en que pueden quedar incurso las empresas a aquellas otras de las que, por diversas circunstancias, se pueda presumir que son su continuación o que derivan de ellas por transformación, fusión o sucesión. El CES considera que el apartado 3 del artículo 49 del Anteproyecto adolece de indeterminación al emplear expresiones como «otras circunstancias», unido a una presunción, que deberían clarificarse en aras de una mayor seguridad jurídica. Por otra parte, idéntica ob-

servación cabe hacer respecto a la causa de denegación de la clasificación de empresas regulada en el artículo 56.3 del Anteproyecto, al estar basada en el mismo supuesto de hecho.

Artículo 50. Declaración de la concurrencia de prohibiciones de contratar y efectos

Las prohibiciones de contratar se configuran en la legislación como limitaciones del derecho a participar libremente en el tráfico jurídico con las entidades del sector público, fundamentadas en la comisión de determinados hechos constitutivos de delito, infracciones de diversa gravedad, u otras circunstancias. El Anteproyecto regula la apreciación de la concurrencia y los efectos de las prohibiciones de contratar atendiendo a la causa de la que proceden, ligando generalmente su duración a la persistencia de dicha causa, en el marco del procedimiento que se instruya al efecto. Aunque el Anteproyecto establece que se deberá atender a la concurrencia de circunstancias como el dolo, la mala fe manifiesta o la entidad del daño causado al interés público, dentro del citado procedimiento reglamentario, el CES entiende que sería necesario regular de manera más precisa los efectos de tales prohibiciones y, en particular, graduar su duración en función de la tipificación de causas y circunstancias concurrentes.

Artículo 63. Medios de acreditar la solvencia

El apartado segundo de este artículo del Anteproyecto establece que la clasificación del empresario será el medio de acreditar la solvencia, sin embargo, también prevé que para algunas modalidades contractuales se podrá exigir la aportación de otros medios adicionales. En opinión del CES, la indefinición de la expresión «otros medios adicionales» requeriría, en aras de una mayor seguridad jurídica, una mejor acotación de la misma.

Artículos 65, 66 y 67. Solvencia técnica en los contratos de obras, suministro y servicios

En relación con la acreditación de la solvencia técnica basada en los medios humanos de que dispone el contratista, en los contratos de obras,

el CES estima necesario que el contenido de la declaración que se recoge en el artículo 65.e) del Anteproyecto mantenga la referencia que se contiene en la legislación vigente relativa al grado de estabilidad en el empleo de la plantilla en los últimos tres años. Asimismo, por la importancia que reviste, sería conveniente que la declaración refleje el recurso a la subcontratación que haya podido llevar a cabo el empresario en ese tiempo. Además, el CES considera que resulta más correcto y clarificador del sentido del precepto que la declaración deba hacer referencia a la estructura y la cuantía de la plantilla media, incluido el personal directivo.

Por otra parte, los artículos 66 y 67 relativos, respectivamente, a los contratos de suministro y de servicios, omiten las anteriores referencias a la dimensión de la plantilla media anual, así como datos relacionados con la estabilidad en el empleo o el historial de subcontratación. El CES considera que, de manera uniforme con la regulación del contrato de obras, se deberían incluir en aquellos las oportunas referencias a la plantilla media anual, la estabilidad en el empleo y los datos relativos a subcontratación.

Por último, el CES estima que la necesidad de reflejar los aspectos de dimensión de plantillas, estabilidad en el empleo y recurso a la subcontratación, en relación con los medios personales con que cuenta el contratista, se debe hacer extensible a la exigencia de solvencia del cesionario de contratos con el sector público, referida en el artículo 209.1.c) del Anteproyecto.

Artículo 77. Procedencia y límites de la revisión de precios

En este precepto se excluye de la revisión de precios el primer año de ejecución del contrato desde de la formalización del mismo. A este respecto el CES considera más apropiado que dicho plazo se compute a partir del momento en que se produce la adjudicación del contrato, como estipula el artículo 103 de la LCAP vigente, sobre todo teniendo en cuenta que en la práctica no es inusual que entre la adjudicación y la formalización del contrato transcurra un lapso de tiempo superior a los 10 días que fija el Anteproyecto (artículo 140).

Por otro lado, en el apartado segundo se determina la posibilidad de que el órgano de contratación no aplique la revisión de precios en el segundo año de ejecución del contrato «sin necesidad de motivar especialmente su decisión». Esta expresión plantea, a juicio del CES, una contradicción en sus propios términos y debería revisarse para dejar claro si la revisión de precios en dicho periodo constituye o no una potestad discrecional de las Administraciones Públicas.

Artículo 78. Sistema de revisión de precios

La limitación que introduce el apartado 3 respecto a los índices de revisión de precios, en el sentido de impedir que superen el 80 por 100 de la variación experimentada por el IPC general, o por cualquiera de los índices que lo integran, cuando éstos fueran los indicadores de referencia, no resulta convenientemente justificada en la Memoria económica que acompaña el Anteproyecto.

Artículo 83. Exigencia de garantía

En el mismo sentido de la observación formulada al artículo 78, el CES encuentra que el aumento, respecto a la legislación vigente, del montante básico exigido a los adjudicatarios provisionales en concepto de garantía, no aparece suficientemente justificado en las Memorias del Anteproyecto.

Artículo 91. Exigencia y régimen de la garantía provisional

En opinión del CES debería fijarse un límite máximo a la garantía provisional que se exija a los licitadores, tal y como establece la legislación vigente, con independencia de que tal exigencia se convierta en un requisito potestativo para la Administración.

Artículo 101. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas

Las políticas de inclusión de las personas con discapacidad, de las que forman parte los criterios de accesibilidad universal y de diseño para

todos, como concretó la Ley 51/2003, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, representan un deber de los poderes públicos en el marco del cumplimiento del mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva. En atención a ello, el CES considera que debería suprimirse la expresión «en la medida de lo posible» contenida en el primer apartado del artículo 101 de dicho precepto, a fin de que los criterios de accesibilidad se tengan en cuenta como regla general, y, en el caso de que no fuera posible atender a tales criterios entre las prescripciones técnicas, prever que el órgano de contratación lo justifique expresamente.

Por otra parte, en consonancia con anteriores observaciones hechas en relación con los medios personales de que dispone el contratista, el CES estima oportuno que, en las reglas relativas a prescripciones técnicas, se incluya la exigencia al empresario de un volumen de plantilla suficiente para permitir el adecuado cumplimiento de la prestación objeto del contrato, como una nueva letra e) del apartado 3 del artículo 101.

Artículo 102. Condiciones especiales de ejecución del contrato

El CES desea llamar la atención, en línea con la observación formulada al artículo 101, sobre el deber de los poderes públicos de impulsar políticas sociales y laborales inclusivas como vía para promover la igualdad real y efectiva de los individuos. Dichas políticas son instrumentos que dotan de contenido efectivo a la cláusula constitucional del Estado social y materializan la aplicación de los principios rectores de la política social y económica previstos asimismo en la Constitución. La consideración del papel de los poderes públicos en relación con tales derechos y principios de contenido social debería incidir en la interpretación de la potestad de los órganos de contratación que se contiene en el artículo 102.1 considerándola desde una óptica de promoción activa.

Además, en atención a lo anterior, se propone sustituir la expresión «a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social» por la expresión «a consideraciones de tipo medio-

ambiental y a consideraciones de tipo social». Asimismo, se propone añadir «la calidad del empleo» como aspecto a cuya promoción se dirigen las citadas consideraciones de tipo social, incluyéndolo al principio de la enumeración que se recoge.

Artículo 119. Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado: evaluación previa

El CES considera oportuno reiterar aquí las observaciones formuladas a la sección primera del capítulo II del título preliminar, en torno a la necesidad de delimitar mejor cada fórmula contractual y, en particular, el contrato de colaboración público-privada, cuyo perfil podría confundirse en algunos extremos con el contrato de concesión de obras públicas.

En la misma línea de razonamiento, y en concordancia con los principios de racionalidad y consistencia de la contratación pública contenidos en el artículo 22, el CES considera que debería suprimirse el apartado segundo de este precepto porque entiende que la evaluación previa, en los términos que prevé el apartado primero de este artículo, debe ser preceptiva incluso en caso de urgencia, con el fin de evitar que esta vía pueda utilizarse en supuestos que no reúnan las características y condiciones previstas para esta fórmula contractual.

Artículo 121. Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado: clausulado del contrato

En opinión del CES, sería deseable que la Ley acotara en mayor medida el alcance y el contenido de las fórmulas de control que el organismo contratante debe incluir en el contrato de colaboración, a las que se refiere la letra g) de este artículo.

Artículo 130. Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos

Este precepto hace referencia a la documentación que se ha de presentar necesariamente con las proposiciones, en el procedimiento abierto, y las solici-

tudes de participación, en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo. Supone una concreción de la intención que anima el Anteproyecto de alivio de cargas formales en los procedimientos de contratación con el sector público.

Como se ha puesto de manifiesto en las consideraciones generales, el CES estima positivas todas las novedades de la Ley que contribuyan a este objetivo y sirvan para facilitar y agilizar los procedimientos de contratación. En este sentido, plantea la posibilidad de extender el alivio de las cargas formales a otras fases de la contratación previas a la adjudicación provisional de los contratos.

Artículo 132. Subasta electrónica

Este artículo regula la subasta electrónica como forma de adjudicación susceptible de utilizarse en contratos, cualquiera que sea su naturaleza, cuyas especificaciones puedan establecerse de manera precisa. Se trata, a juicio del CES, de un instrumento de gran utilidad para agilizar la contratación pública, garantizar la competencia y facilitar al sector público la elección de la oferta más ventajosa. Sin embargo, resulta difícil que algunos tipos de contratos, como los de obras, puedan reunir las condiciones necesarias para poder optar por esta fórmula, en particular en relación con la precisión de las especificaciones del contrato, por lo que el CES hace una llamada a una utilización prudente de este método.

Por otro lado, se estipula en el apartado segundo que el recurso a las subastas electrónicas no se haga «de manera abusiva», expresión esta última de sentido indeterminado y fuente de inseguridad jurídica, que debería o bien concretarse o bien eliminarse.

Artículo 134. Criterios de valoración de ofertas

Este artículo hace referencia a los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato, señalando que se dará prioridad a los que puedan cuantificarse por referencia a factores objetivos y sean expresados en cifras y porcentajes. Se alude asimismo, a la posibilidad de utilización de una pluralidad de criterios o uno solo, si bien,

en este último caso, el criterio a seguir ha de ser necesariamente el del precio.

El CES considera que de acuerdo con el espíritu y la finalidad de la Ley, la utilización de una pluralidad de criterios ha de ser la regla general y no una excepción y parece que, de la redacción del precepto, pudiera desprenderse una preponderancia del criterio exclusivo del precio, por lo que estima que sería conveniente que quedara claramente determinado que el principio general es la utilización de la multiplicidad de criterios y que la utilización del criterio exclusivo del precio tendrá lugar en supuestos excepcionales.

Además, el Consejo propone que la utilización de la conjunción «o» en el punto primero del artículo, sea sustituida por la conjunción «y», al hacer referencia a las características medioambientales y sociales, para que no quepa lugar a dudas de que se trata de supuestos que pueden ser acumulativos y no sólo alternativos.

Finalmente, considera que por razones de técnica legislativa, debiera suprimirse el término «subjetivo» del párrafo segundo del punto segundo del precepto y aludir sólo a la utilización de criterios discrecionales, para evitar una posible confusión o contradicción con la mención general a la objetividad realizada unas líneas antes en el mismo párrafo.

Artículo 196. Ejecución defectuosa y demora

En coherencia con la propuesta de adición hecha en relación con el artículo 101.3 del Anteproyecto, sería necesario incluir el incumplimiento de la nueva letra e) propuesta, sobre la exigencia al empresario de un volumen de plantilla adecuado al cumplimiento de la prestación, entre la enumeración de los aspectos cuyo incumplimiento puede ser motivo de la imposición de las penalidades que puedan prever, en su caso, los pliegos o el contrato. A su vez, se propone que este incumplimiento figure como una de las causas de resolución del contrato del artículo 206.

Artículo 210. Subcontratación

La amplia incidencia de la subcontratación en la actividad económica, y su repercusión en el

plano de las relaciones laborales, han situado esta realidad en el centro de un intenso debate social y político. En atención a ello, el CES estima que sería conveniente introducir determinadas caute- las y límites a la práctica de la subcontratación en cadena en el ámbito de la contratación con el sec- tor público.

Así, se propone que, en un apartado 2 nuevo, el artículo 210 del Anteproyecto prevea que el contrato o los pliegos podrán establecer límites en la cadena de subcontratación. En defecto de tal previsión, el régimen de subcontratación en la contratación con entidades del sector público se debería limitar a dos niveles, proponiéndose el si- guiente régimen:

- a) El adjudicatario podrá contratar directa- mente con otras empresas o trabajadores autónomos la realización parcial del con- trato adjudicado.
- b) El primer subcontratista podrá contratar directamente con otra empresa subcontra- tista o trabajador autónomo la ejecución parcial de los trabajos que hubiera sub- contratados el adjudicador, salvo que la or- ganización productiva puesta en uso del primer subcontratista consista básicamen- te en la aportación de mano de obra.

Asimismo, se propone un apartado 3 nuevo, en el que se recoja que no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos imprevisi- bles debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o por otras vicisitudes imprevisibles por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la ejecución de la pre- stación, fuera necesaria la contratación de alguna parte de la misma con terceros, excepcionalmente se podrá extender por una sola vez el ámbito de la subcontratación establecida en el apartado anterior, siempre que se haga constar la causa o causas motivadoras de la misma y que se obtenga la aprobación por parte de la Administración.

En esta misma línea, se propone la modifica- ción del actual apartado 2 del Anteproyecto, que pasaría a ser el apartado 4, en los siguientes tér- minos:

- En la letra b), sustituir la frase «por refe- rencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia», por esta otra: «a través de la acreditación de los requisitos de solvencia que hubieran sido exigidos a efectos de clasificación para realizar la parte de la prestación ob- jeto de subcontratación».
- Incorporar una nueva letra c) del siguien- te tenor: Asimismo, cada subcontratista tendrá las mismas obligaciones respecto a su empresario principal en todos los nive- les de la cadena, y en todo caso, los sub- contratos en cualquiera de los niveles de la cadena no podrán realizarse sin la pre- via autorización de la Administración co- rrespondiente.
- Sustituir el texto del segundo párrafo de la letra b) actual por el texto siguiente: «Los subcontratos que no se ajusten a lo indi- cado en la oferta no podrán celebrarse sin la autorización de la Administración, pre- via comprobación de que están classifica- das adecuadamente para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación o, en su defecto, que reúnen los requisitos de solvencia exigidos a efectos de clasifi- cación para realizar la parte de la presta- ción objeto de subcontratación».

Por otra parte, el CES entiende que, en aten- ción a la especial repercusión que presenta la práctica de la subcontratación en el terreno de las relaciones laborales, sería oportuno incluir una mención expresa, en los requisitos de los sub- contratos, al derecho de los representantes de los trabajadores a recibir información por parte del empresario principal sobre los supuestos de sub- contratación, en concordancia con las previsiones de la legislación laboral al respecto.

Por último, no se entienden las razones que han llevado a la elevación del porcentaje máximo permitido de subcontratación desde el 50 por 100 de la vigente Ley de Contratos de las Administra- ciones Públicas al 60 por 100 del importe de ad- judicación, en defecto de límites en el pliego de cláusulas administrativas, como tampoco puede merecer una valoración favorable el que la sub-

contratación llevada a cabo con empresas vinculadas al contratista, en el ámbito del artículo 42 del Código de Comercio, quede excluida para el cómputo de dichos límites máximos.

Artículo 216. Obras a tanto alzado y obras con precio cerrado

En este artículo el órgano de contratación contempla la posibilidad de que existan omisiones o deficiencias técnicas en el proyecto de construcción, lo cual, si no se establece con mayor precisión la excepcionalidad de la situación, al CES no le parece razonable que se admita de antemano. Por otro lado, el CES comparte el objetivo de evitar desviaciones al alza en el coste final de las obras, pero considera que el no abonar cantidades suplementarias cuando las modificaciones en el contrato sean necesarias para solucionar defectos del proyecto que no hubiesen sido apreciados por el ofertante, puede afectar al equilibrio de las prestaciones recíprocas que se derivan de la relación contractual.

Artículo 277. Contenido y límites

En el capítulo de observaciones generales a los artículos 5 a 12 se hacen distintas consideraciones sobre la necesaria aclaración y delimitación de los tipos contractuales recogidos en el título preliminar, y de manera específica se hace una observación sobre el nuevo contenido del contrato de servicios, conforme a lo previsto en el artículo 10 del Anteproyecto, en el que se incorporan los contratos de consultoría, asistencia y de servicios establecidos en la legislación actual. Sin embargo, la definición dada en ese precepto se completa con lo señalado en el artículo 277 sobre «contenido y límites» del contrato, por lo que de manera complementaria a lo ya expuesto, corresponde concretar ahora las posibles mejoras en la regulación del contrato.

El CES se pronunció sobre esta modalidad de contratación con ocasión del Dictamen 5/1998, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, proponiendo el mantenimiento de ciertas cautelas, límites y garantías de la legislación hasta ese momento vigente sobre los mencionados contratos de con-

sultoría, asistencia y de servicios, y también sobre el contrato de trabajos específicos y concretos no habituales.

El CES entiende plenamente vigentes las propuestas formuladas en ese Dictamen, con el objeto de delimitar con absoluta claridad cuál debe ser la actividad ordinaria de los funcionarios y trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas, respecto de la colaboración del sector privado a través de la contratación administrativa de profesionales.

A este respecto, el CES entiende que se daría mayor seguridad jurídica al texto del Anteproyecto si se indicara que estos contratos no podrán tener por objeto el desempeño de las tareas propias de los empleados públicos, entendidas éstas, como aquéllas que se corresponden con los servicios que habitualmente deban ser prestados por las Administraciones Públicas. Asimismo, debería incluirse una mención a que no podrán formalizarse estos contratos si con ello se obliga al personal contratado a integrarse en el ámbito de la organización y dirección de la Administración contratante, e igualmente, recogiendo una expresa dicción legal de la legislación de contratos hoy derogada, podría aludirse a que el otorgamiento de estos contratos no podrá suponer la existencia de una relación funcional o laboral entre las partes que los concierten.

Por otra parte, a falta de previsiones específicas sobre la preparación de estos contratos, a juicio del CES convendría recuperar la previsión legal sobre que los órganos competentes en materia de personal de las Administraciones Públicas deberán justificar la imposibilidad de acometer las tareas objeto de la contratación administrativa con personal propio, por falta de adecuación o por no ser conveniente la ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración, y realizar esta justificación independientemente del precio de la adjudicación del contrato, lo que es congruente con los mandatos recogidos en los artículos 1 y 22, entre otros, del Anteproyecto.

Por último, y en cuanto a la posible fijación de condiciones especiales de ejecución de estos contratos de servicios, el CES estima oportuno que los distintos profesionales contratados cumplan con los principios éticos y de conducta exigidos

con carácter general a los empleados públicos en la legislación básica de función pública, y que resulten adecuados a la naturaleza de la relación jurídica entre Administración y contratista.

Disposición adicional quinta. Límites a la contratación con empresas de trabajo temporal

Resulta oportuno, a juicio del CES, mantener la cautela expresada por la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de que, vencido el plazo de duración del contrato, no podrá producirse la consolidación como personal de las Administraciones Públicas de los trabajadores puestos a disposición. Por otro lado, sería conveniente aclarar las razones de la fijación de un límite de duración máxima a los contratos de puesta a disposición previstos en este precepto, dejando a un lado otras modalidades de contratos de duración determinada previstas en la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Disposición adicional sexta. Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad y con entidades sin ánimo de lucro

En consonancia con las observaciones hechas a los artículos 101 y 102, acerca del deber que afecta a los poderes públicos de poner en práctica políticas sociales incluyentes y de promover la inserción laboral de las personas con especiales dificultades derivadas de la discapacidad, el CES considera que la potestad atribuida a los órganos

de contratación para fijar preferencias en la adjudicación basadas en el empleo de trabajadores discapacitados debería informar la práctica habitual de tales órganos. En atención a ello, las preferencias en la adjudicación deberían basarse en un volumen de empleo de trabajadores discapacitados por encima del mínimo que ya se recoge con carácter obligatorio en la legislación promocional de estos trabajadores.

Disposición adicional séptima. Contratos reservados

En primer lugar, cabe hacer la misma consideración general que se ha expresado en relación con los artículos 101, 102 y disposición adicional sexta, sobre la obligación de que se promueva de manera efectiva en la práctica, a través de los distintos mecanismos que permite el Anteproyecto, tales como preferencias y reservas, el empleo de los discapacitados. Por otro lado, sería conveniente, en opinión del CES, que se aclarase que la mayoría de los trabajadores a que se hace referencia en el Anteproyecto sea la misma que rige en España en relación con los Centros Especiales de Empleo, del 70 por 100, todo ello, naturalmente, respetando las obligaciones que puedan derivar de las normas de Derecho comunitario en atención a la diversidad de regulaciones nacionales en este ámbito. Por último, el CES propone que se suprima la frase «no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales», por no ajustarse a la realidad del trabajo que desempeñan las personas con discapacidad.

V. CONCLUSIÓN

El Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público merece una valoración positiva por parte del Consejo Económico y Social, sin per-

juicio de las observaciones generales y de carácter particular expresadas en el cuerpo del presente Dictamen.

Madrid, 20 de febrero de 2006

V.º B.º El Presidente
Jaime Montalvo Correa

El Secretario General
Juan Luis Nieto Fernández

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS CONSEJEROS DEL GRUPO SEGUNDO

Los consejeros del Grupo segundo, integrado por las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME, discrepan sustancialmente del contenido del Dictamen, aprobado por el Consejo en la sesión ordinaria del Pleno celebrada el 20 de febrero de 2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público, habiendo emitido voto negativo sobre el mismo, y exponen su posición en los siguientes términos:

El Anteproyecto constituye, tal y como señala su Exposición de Motivos, una nueva Ley de regulación de diversos aspectos, especialmente contractuales, del denominado «sector público», introduciendo una nueva sistemática y forma de ordenar las materias referidas a la contratación pública que supone un planteamiento alternativo a la vigente Ley.

El texto ha sido remitido para ser dictaminado por el Consejo Económico y Social, sin haber sido previamente consultado con los sectores públicos y privados afectados, lo que ha dificultado sustancialmente los trabajos y la cultura de consenso de la institución.

El Grupo segundo considera que no se encuentra justificación práctica para un cambio de esta naturaleza. Si bien es cierto que este Anteproyecto responde a la necesidad de transponer 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, también lo es que se pudiera acometer mediante enmiendas parciales al vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Nuestro actual régimen contractual público tiene algo más de cuatro décadas de vigencia siendo, en algunas materias, referente europeo de modernidad, dinamicidad y de adaptación de la norma a las exigencias del tráfico jurídico mercantil, a las necesidades de las empresas y de la Admi-

nistración. Por ello, ciertamente no se entiende la causa de querer hacer un cambio diametral de la forma y el fondo, cuestión que, sin duda, conllevará un ulterior y más complicado desarrollo: nuevo reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; nueva doctrina administrativa; adaptación de los órganos administrativos, en especial en el ámbito local y, sobre todo, la creación de una nueva jurisprudencia.

Uno de los más importantes errores del Anteproyecto, a juicio del Grupo segundo, es abordar este cambio profundo con un tratamiento generalizado a la otra parte contratante, cuando la evolución del empresariado en las últimas décadas, en particular el español, exige tener presente parámetros como el cambio de estructuras organizativas, la diversificación y especialización, la diferente gestión de los contenidos de los contratos, etc.

El Grupo segundo llama la atención sobre la deficiente técnica legislativa, con numerosos conceptos nuevos e indeterminados, la utilización de figuras no pertenecientes al ordenamiento jurídico español por ser transposición directa de las directivas comunitarias, sin ajuste al engranaje del ordenamiento interno, y por la cantidad de remisiones que contiene. El texto del Anteproyecto de Ley olvida reiteradamente las técnicas normativas aprobadas por la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, que señala las directrices para la elaboración de las normas.

Los numerosos conceptos jurídicos indeterminados para regular la contratación pública, así como los nuevos artículos introducidos, con incongruencias y reiteraciones, generan inseguridad jurídica a la parte empresarial, con el riesgo de arbitrariedad que de ello pueda derivarse.

Además, el texto es defectuoso o incompleto en muchos casos, con numerosas lagunas legales. Simplemente, a modo de ejemplo, se puede señalar que se omite el principio de la oferta única, exceptuado con la figura de la subasta electrónica; la

prohibición del pago aplazado, o de la necesidad de que el precio sea justo y acorde a precios de mercado; así como el principio jurisprudencialmente acuñado de que «*lo que se ejecuta se paga*».

Este Grupo estima que no resulta justificable establecer diferentes regímenes jurídicos según sea el sujeto que contrata, el objeto del contrato o la cuantía del mismo, simplemente por lo complejo que resulta todo ese entramado de sujetos, objetos y regímenes. No se justifica que se establezca un régimen mucho más purista, escrupuloso o rígido para aquellos contratos que se encuentran sometidos a «*regulación armonizada*» o con aplicación inmediata de las directivas comunitarias, dejando al ordenamiento interno, mucho más laxo en todos sus extremos, la regulación de los contratos que no alcanzan este estatus.

Por otra parte, debemos señalar como algunos problemas importantes que presenta el texto, los siguientes:

- La definición que se ofrece del objeto y finalidad de la norma no contiene el suficiente rigor jurídico como para que se mantenga su redacción actual. Ciertamente no se aprecia qué se quiere definir y cuál quiere llegar a ser el objeto preciso de la misma pues las palabras utilizadas son sumamente genéricas y difusas.
- La delimitación de los contratos sometidos a esta Ley a través de la determinación del ámbito de aplicación de la norma, resulta deficiente ya que no resuelve los problemas prácticos actuales, sino que incluso los agudiza. Sería oportuno una reconsideración de la redacción en el Anteproyecto buscando un criterio homogéneo y unívoco.

En este sentido, resultaría conveniente adoptar de manera clara y definitiva el concepto de «*organismo de derecho público*» y de «*poder adjudicador*» tal y como se encuentra reflejado en la Directiva 2004/18/CE.

- No se estima oportuno modificar, de nuevo, el régimen jurídico de las concesiones administrativas creando además una nueva figura contractual, el contrato de cola-

boración público-privado, con novedades y carencias no justificadas. La vigente regulación abarca todo aquello que en el Anteproyecto se pretende regular con las figuras contractuales nuevas.

- Las prohibiciones de contratar, teniendo en cuenta la relevancia que tienen para las empresas, deben ser consideradas como derecho sancionador y atenerse a los principios que lo rigen, máxime cuando al órgano de contratación se le permite instar estas prohibiciones, incluso, por nuevas circunstancias accesorias o puramente formales.
- Se considera que el sistema actual de clasificación aporta muchas facilidades al sistema contractual público por lo que debería mantenerse la actual redacción del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El requisito de la clasificación también debe ser una condición imprescindible y suficiente para contratar cuando así se requiera, todo ello sin perjuicio de que en algún tipo de contrato la solvencia se pueda acreditar con el certificado de clasificación o mediante otros medios legales.

Asimismo se estima que cabe mantener la diferenciación entre la fase de selección del contratista y la fase de adjudicación, debiéndose examinar en la primera las características subjetivas del licitador en aras a acreditar su solvencia, mientras que en la segunda, en los criterios de adjudicación, únicamente se tendrán en cuenta las características de la oferta, no así del ofertante.

- El Grupo segundo no comparte que la solvencia pueda ser exigida y determinada en cuanto a acreditación, por el propio órgano de contratación. En este sentido, tampoco se considera apropiado que se pueda exigir por el órgano la aportación de otros medios adicionales a los contemplados en los artículos 64 y siguientes del Anteproyecto, dejando la puerta abierta para admitir otros medios de prueba. Éste es uno de los aspectos que configuran el poder casi absoluto que se le otorga a los órganos de contratación.

También resulta llamativo que, en los contratos de obra, la solvencia técnica del empresario se pueda acreditar por la relación de obras «directamente» ejecutadas en el curso de los cinco últimos años, cuestión que ha hecho que, en muchos casos, se demonice la subcontratación y no se admita como experiencia propia, para la obtención de la clasificación, la que hayan realizado empresas contratadas directamente por el adjudicatario. Ello sin olvidar que la solvencia debiera poder acreditarse por medios propios y ajenos.

Por último, en numerosas partes del texto se confunden lo que es la acreditación de la solvencia con los criterios de adjudicación del contrato y con las exigencias de ejecución del mismo. La solvencia se debe acreditar por aquello que la empresa ha realizado. Los criterios de adjudicación valorarán exclusivamente la oferta y la ejecución del contrato se refiere a la capacidad que tiene la Administración de determinar cómo quiere que se lleve a efecto el mismo.

- Ni la práctica ni la teoría justifican la elevación de la garantía definitiva en un 1 por 100 del importe de la adjudicación, llegando hasta el 5 por 100, pues no se han producido resoluciones contractuales que exijan esta elevación.

La supresión con carácter general de la garantía provisional debiera ir acompañada de la limitación de las facultades del órgano de contratación en relación a la exigencia de la misma.

- La Directiva 2004/18/CE establece que los medios de adjudicación, en el caso que exijan criterios sociales o medioambientales, deben tener en todo caso relación directa con el objeto del contrato, pues de otra manera podrían suponer discriminación entre los licitadores, además de una limitación del principio de libertad de empresa.
- De otro lado, resulta sorprendente que el Anteproyecto permita que en una licitación se introduzcan criterios subjetivos,

cuya valoración es discrecional, cuando la Directiva establece en su artículo 53 que dichos criterios deben ser objetivos y referidos al objeto del mismo.

- El Grupo empresarial considera que el tema de revisión de precios se encuentra perfectamente encajado en nuestro sistema actual de contratación pública y no debería alterarse salvo en lo referente a la obtención de los índices que se utilizan para realizar este trámite. Parece de justicia que la revisión de precios deba ser procedente en cualquier caso con carácter general, siempre y cuando no se haya previsto y motivado lo contrario en los pliegos o se haya pactado en igual sentido en el contrato.

Sin embargo, el Anteproyecto otorga al órgano de contratación una facultad omnímoda de eliminar la revisión de precios —cuestión que previsiblemente realizarán la mayoría— y además podrá hacerlo sin necesidad de motivar especialmente su decisión, lo que parece, desde todo punto, inaceptable.

Por último y respecto a este tema, señalar que la revisión de precios es una forma de reestablecimiento del equilibrio contractual, del mantenimiento de las circunstancias que motivaron el nacimiento del vínculo y que, por tanto, se podrá producir a favor o en contra del adjudicatario y no siempre en contra de la Administración. La gran mayoría de los contratos, y especialmente los que licitan las pequeñas y medianas empresas, tienen menos de un año de duración, lo que debe tenerse en cuenta para adoptar medidas de protección a este sector.

- En cuanto a subcontratación, el Anteproyecto señala que el licitador deberá indicar en la oferta la parte del contrato que tenga previsto no ejecutar directamente, señalando su importe, así como los subcontratistas propuestos, lo que supone una injerencia importante en la forma de organización de las empresas y en el tráfico jurídico mercantil.

Además se debe señalar la identidad del subcontratista y justificar suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla con referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. De nuevo nos encontramos ante una injerencia poco acorde con un sistema económico moderno y respetuoso con las relaciones jurídicas.

Asimismo, se preceptúa que el contratista deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la celebración de los correspondientes subcontratos lo que ralentizaría la actividad contractual cuestión por la que debería suprimirse o, en todo caso, tenerse en cuenta en los plazos de ejecución de los contratos.

El Anteproyecto contempla también que los subcontratos que modifiquen lo indicado en la oferta no podrán celebrarse hasta que transcurra un mes desde la comunicación de sus circunstancias y siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Ésta, además de una medida intervencionista, entorpece en gran medida el desarrollo de la actividad.

- Finalmente, la posibilidad de contratar obras a tanto alzado o con precio cerrado

resulta no asumible pues se trasladan los defectos del proyecto al licitador y se le permite a la Administración que adjudicando al precio más bajo, a pesar de no haberse apreciado por el ofertante las carencias de proyecto, éste lo deberá ejecutar correctamente y subsanando los defectos.

Para concluir y con carácter general se echa de menos, por lo importante de las mismas, la inclusión de las propuestas que realizó la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública en el año 2004, creada en el seno del propio Ministerio de Hacienda.

A la vista de estas observaciones, parece lo más adecuado reconsiderar el Anteproyecto desde su origen, buscando la posibilidad de incorporar las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE como modificaciones al actual régimen, manteniendo la estructura y contenido vigentes.

En consecuencia, el Grupo segundo no comparte el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público que, por otra parte, junto a una valoración positiva, emite numerosas críticas sobre el texto.

Madrid, 21 de febrero de 2006.