

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

**Departamento de Publicaciones**

NICES: 469-2006

Colección Dictámenes

Número 6/2006

La reproducción de este Dictamen está permitida citando su procedencia.

Primera edición, mayo 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](mailto:institucional@ces.es)

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

ISSN: 1134-5152

Depósito legal: M. 22.108-2006

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

**SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES DEL AGUA, LA ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y LOS SERVICIOS POSTALES, POR LA QUE SE INCORPORAN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL LA DIRECTIVA 2004/17/CE Y LA DIRECTIVA 92/13/CEE**



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 26 de abril de 2006, el siguiente

## *D i c t a m e n*

---

### **I. ANTECEDENTES**

Con fecha 13 de marzo, tuvo entrada en el Consejo Económico y Social solicitud del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, para que se emitiera dictamen sobre el Anteproyecto de Ley sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social.

Con anterioridad, ya se había remitido al Consejo Económico y Social el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público, que dio origen al Dictamen 4/2006, aprobado por el Pleno en sesión ordinaria con fecha 20 de febrero de 2006<sup>1</sup>. El Libro Blanco sobre consecución del mercado intercomunitario preveía una progresiva apertura a la

contratación pública de los cuatro sectores excluidos del ámbito de aplicación de la legislación general sobre contratación pública. Es por esto que se prevé una regulación específica para ciertos sectores con características estructurales peculiares. Se trata de los sectores regulados en su momento por las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE (agua, energía y transportes) y la Directiva 77/62/CEE en lo relativo a las telecomunicaciones, posteriormente regulados mediante las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, incorporadas al ordenamiento español a través de la Ley 48/1998.

Como quiera que estas Directivas han sido sustituidas con la aprobación de las que son objeto de transposición en este Anteproyecto, se hace necesaria su incorporación al ordenamiento español. En concreto, el Anteproyecto viene a transponer la Directiva 2004/17/CE (en adelante, «la Directiva»), e incorpora, asimismo, las prescripciones de la

<sup>1</sup> Dictamen CES 4/2006, de 20 de febrero, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público.

Directiva 92/13/CEE, que ya fue objeto de transposición mediante la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, y que no ha variado de contenido.

Por lo tanto, el principal antecedente normativo sobre la materia objeto del presente Anteproyecto lo constituye la mencionada Ley 48/1998 que, como se ha señalado, transponía las Directivas vigentes en ese momento.

Queda excluido del Anteproyecto el sector de las telecomunicaciones que hasta ahora había estado incluido por considerarse que su liberalización ya se ha completado y, por lo tanto, no existen motivos para el mantenimiento de ningún régimen especial. Por otra parte, se incorpora el sector de los servicios postales, pues las circunstancias del mismo aconsejan su tratamiento individualizado.

Como pone de manifiesto la Memoria justificativa que acompaña al Anteproyecto, la aprobación de la nueva legislación en materia de contratos de los sectores comentados, responde a la necesidad de adecuar los procedimientos de contratación en los mismos a las necesidades propias de cada uno de ellos, incorporando nuevas técnicas de contratación como el uso de los medios electrónicos, así como la adecuada garantía de los principios comunitarios, tales como la igualdad de trato o el principio de transparencia, en consonancia con la regulación general de los contratos públicos, pero introduciendo criterios originales o específicos en el campo contractual de los antes denominados sectores excluidos, ya que éstos, en el contexto de los países comunitarios, están ges-

tionados por entidades privadas u organismos públicos de manera indistinta.

También responde la nueva regulación al objetivo de sistematizar el Derecho Comunitario ya existente en la materia, y más concretamente, la incorporación explícita de la doctrina emanada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que venía condicionando sobre todo los criterios de adjudicación, por lo que su plasmación en el texto de la norma es, como resalta la Exposición de Motivos, un avance para la seguridad jurídica de los operadores.

Al igual que el Anteproyecto de Ley sobre Contratos del sector público, y como ya se hizo referencia en el dictamen emitido por el Consejo Económico y Social, se perfila un sistema de contratación que permite la inclusión de «condiciones especiales de ejecución», entre las que pueden incluirse las de carácter social y medioambiental, lo que permite a través de este ámbito de contratación la realización de medidas de acción positiva para la consecución de fines de este tipo, entre los que destaca, como pone de relieve el informe sobre el impacto por razón de género, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres.

Del mismo modo que se indicó en el antedicho dictamen, este Anteproyecto viene a completar, para los sectores en los que es aplicable, la revisión que se produjo del procedimiento de contratación, incrementando la eficiencia y transparencia de los procedimientos, siendo la reforma parte integrante del 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 121 artículos, estructurados dentro de un título preliminar sobre «Objeto de la Ley y definiciones» (artículos 1 y 2), y siete títulos: el título I, sobre «Disposiciones generales» (artículos 3 al 20); título II, relativo a la «Capacidad y clasificación de los operadores económicos» (artículos 21 a 31); título III, relativo a la «Documentación del

contrato» (artículos 32 a 39); título IV, en materia de «Selección cualitativa de los operadores económicos» (artículo 40); título V, que se ocupa de las «Técnicas de contratación» (artículos 41 a 57); título VI, sobre los «Procedimientos de adjudicación de contratos» (artículos 58 a 100); y, por último, el título VII, relativo a «Reclamaciones y otras medidas de control de los procedimientos» (artículos 101

a 121). Asimismo, el Anteproyecto contiene siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Por último, incorpora también nueve anexos sobre actividades, servicios y sobre la información que debe figurar en los anuncios que se realizan en los casos previstos en el Anteproyecto, así como los requisitos de publicación de los mismos.

El primer aspecto de contenido que destaca, con respecto a la Ley vigente, es que dejan de estar sometidas las actividades desarrolladas en el sector de las telecomunicaciones, al tiempo que se incorpora a la misma el sector de los servicios postales.

En líneas generales, la Directiva conserva en aquellos aspectos básicos la regulación anterior, referida a los sectores cubiertos por la misma y se incorporan nuevas técnicas de contratación basadas fundamentalmente en el uso de los servicios electrónicos y de las comunicaciones aplicadas a los procedimientos de adjudicación de los contratos, conservando la aplicación de los principios comunitarios de igualdad de trato, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, así como el de transparencia.

El título preliminar, sobre «Objeto de la Ley y definiciones», consta de dos artículos. En el primero de ellos se delimita el objeto de la Ley recogiendo el contenido del artículo primero de la vigente Ley 48/1998 adaptado al nuevo ámbito de aplicación de la Directiva. Abarca, por tanto, la adjudicación de contratos de obras y suministro y de servicios cuando lo contraten las entidades que se incluyen en el ámbito subjetivo de la Ley que operan en los sectores relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Por su parte, el artículo segundo contiene las definiciones de los conceptos básicos en esta materia, en concordancia con la Directiva.

El título I, contiene las disposiciones generales y está dividido en tres capítulos, los dos primeros referidos al ámbito de aplicación subjetiva y objetiva, respectivamente.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetiva de la Ley, ésta se proyecta sobre las entidades públicas y privadas, a excepción de las Administraciones públicas y los Organismos autónomos que quedan sujetos a la regulación más estricta de la Ley de

Contratos del sector público. Esta exclusión se realiza por razones de disciplina y control de funcionamiento que parece aconsejable primar, respetando los umbrales establecidos en la Directiva a efectos de la publicidad de los anuncios de los contratos en el Diario Oficial de la Unión Europea, según se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Esta opción resulta compatible con el derecho comunitario ya que garantiza los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en materia contractual al exigirse con mayor rigor en la esfera estrictamente administrativa.

En cuanto al ámbito objetivo, la Ley define su ámbito de aplicación realizando una traslación del contenido de la Directiva, concretando la naturaleza de los contratos, el ámbito material y las actividades que se someten a su ámbito con precisión de su alcance y regulando las reglas aplicables en aquellos supuestos en que un mismo contrato se refiere a actividades propias del presente Anteproyecto y de la legislación de contratos del sector público. En este punto cabe recordar que quedan excluidas de la futura Ley las actividades desarrolladas en el sector de las telecomunicaciones, como consecuencia de la liberalización experimentada por el mismo. Por su parte, se incorpora el sector de los servicios postales debido a la continua apertura a la competencia de estos servicios de la Comunidad Europea y a que tales servicios son prestados tanto por entidades adjudicadoras y empresas públicas como por otras empresas.

Asimismo, en el capítulo tercero, se recogen los principios que rigen la contratación con especial referencia al tratamiento de la confidencialidad.

El título II, relativo a la capacidad y clasificación de los operadores económicos, se divide en dos capítulos referidos, respectivamente, a la capacidad y la clasificación de las empresas. Se recoge un sistema potestativo de clasificación de contratistas que está llamado, en principio, a facilitar la selección del contratista y a simplificar los procedimientos. Los criterios de clasificación serán de libre elección por la entidad adjudicadora que deberá asegurar en todo caso la publicidad de los mismos y la no discriminación de los aspirantes. Como alternativa, dichas entidades tienen la posibilidad de remitirse al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Ministerio de Economía y Hacienda o, en su

caso, a los correspondientes registros oficiales de igual carácter de las comunidades autónomas.

El título III, contiene las exigencias y particularidades de la documentación del contrato, con especial detenimiento en la regulación del contenido de las prescripciones técnicas.

El título IV impone una serie de requisitos para los criterios de selección cualitativa, tales como la obligatoriedad de que las normas que se fijen sean objetivas y que estén a disposición de los operadores, tanto en procedimientos abiertos como restringidos.

El título V contiene las normas relativas a las técnicas de contratación relacionadas con las nuevas técnicas electrónicas de compra y se divide en tres capítulos dedicados, respectivamente, a las centrales de compras, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición.

Constituye una novedad la incorporación de estas técnicas, basadas fundamentalmente en el uso de los medios electrónicos y de las comunicaciones aplicadas a los procedimientos de adjudicación de los contratos, conservando la necesaria aplicación de los principios derivados del Tratado de la Comunidad Europea.

El título VI se refiere a los procedimientos de adjudicación de contratos. El Anteproyecto distingue los procedimientos abierto, restringido y negociado, recogidos igualmente en la proyectada normativa sobre contratación pública, si bien introduce la novedad de no establecer supuestos concretos para la utilización del procedimiento negociado con publicidad, por el que se podrá optar libremente por la entidad adjudicadora. Se prevé también la posibilidad de acudir, en determinados supuestos tasados, a un procedimiento sin publicidad previa y se regula el denominado concurso de proyectos.

Es destacable, en el ámbito de las condiciones de ejecución de los contratos, la inclusión, tal y como se hace en el proyecto normativo sobre contratos del sector público, de la posibilidad de que éstas se refieran a condiciones de tipo social o medioambiental, pudiendo el pliego o el contrato establecer penalidades para el caso de incumplimiento de estas condiciones o atribuirles

el carácter de obligaciones contractuales esenciales.

El título VII sobre reclamaciones y otras medidas de control de los procedimientos, recoge, sin variación respecto a la Ley vigente, la Directiva 92/13/CEE y tiene por objeto garantizar la aplicación, mediante diversas medidas, de los procedimientos de adjudicación regulados en el título anterior.

Asimismo, el Anteproyecto sometido a dictamen se completa con siete disposiciones adicionales. La primera de ellas prevé la sustitución de las cifras que figuran en el texto del Anteproyecto por las que, en lo sucesivo, se fijen por la Comisión Europea, y se publiquen por orden del Ministro de Economía y Hacienda.

La disposición adicional segunda autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para que pueda modificar, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, las previsiones de la Ley en materia de plazos para su adaptación a los que establezca la Unión Europea y para modificar la lista de entidades contratantes que figura en la disposición adicional cuarta.

La disposición adicional tercera excluye al Impuesto sobre el Valor Añadido y al Impuesto General Indirecto Canario de las cantidades estipuladas en el Anteproyecto.

La disposición adicional cuarta contiene una enumeración, de alcance enunciativo y no limitativo, de las entidades contratantes que se consideraran sujetas a la Ley, las cuales se incluyen unas veces de forma nominativa y otras con remisión a la legislación que regula el sector al que pertenecen.

En la disposición adicional quinta se autoriza al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para establecer los modelos de notificación de la adjudicación de contratos al Registro Público de Contratos, así como la modificación de los plazos que a tal fin se establecen.

En la disposición adicional sexta se establece que las prohibiciones de contratar contenidas en la normativa proyectada sobre contratos del sector público son aplicables, en el ámbito que re-

gula el Anteproyecto, a los organismos públicos, a las entidades públicas empresariales y a las sociedades mercantiles de carácter público. En la disposición adicional séptima se determina el régimen de contratación de los organismos, las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles de carácter público incluidas en el ámbito del Anteproyecto respecto de los contratos cuyo importe es inferior a los umbrales fijados en el artículo 16 o a otros contratos excluidos, por referencia a la Ley de Contratos del sector público.

La disposición transitoria única establece que, con excepción de los contratos incluidos en el ámbito del sector de los servicios postales, los ex-

pedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor del Anteproyecto se regirán por la normativa anterior.

Por último, las disposiciones finales señalan que la Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y que tiene carácter de básico en lo que se refiere al régimen de contratación de los organismos y entidades incluidos en su ámbito de aplicación, así como el sistema de reclamaciones. En cuanto a la entrada en vigor del Anteproyecto, haciendo uso de la habilitación establecida en el artículo 71 de la Directiva, se pone respecto de los servicios postales hasta el día 1 de enero de 2009.

### III. OBSERVACIONES GENERALES

Como ya ha quedado expuesto anteriormente, el Anteproyecto de Ley objeto del presente dictamen responde a la necesidad de transponer la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. En opinión del CES, la opción legislativa del Gobierno de elaborar una Ley de nueva planta para realizar la transposición de la Directiva comunitaria resulta positiva y apropiada.

Asimismo, el CES considera que el Anteproyecto contempla indudables avances en aras de la simplificación de los procedimientos e incorpora mejoras de tipo técnico que redundarán en una mayor seguridad jurídica para los destinatarios de la norma. Resulta igualmente satisfactoria la introducción de nuevas técnicas que posibilitan la comunicación por medios electrónicos en los procedimientos de adjudicación de los contratos.

El CES, tal y como manifestó al dictaminar el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público, estima acertada la incorporación de condiciones de tipo social y medioambiental a la hora de valorar y ejecutar los contratos, lo 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.

Sin embargo, el CES estima conveniente que se incluyan en la norma los criterios medioambientales y sociales en materia de valoración de las ofertas y en las condiciones especiales 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.

El CES considera necesario sopesar los efectos de la aplicación de la norma en el sector del transporte en autobús y autocar por la singularidad del mercado español basado en la competencia regulada. Asimismo, desea llamar la atención sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de

los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros en tren y autobús.

En otro ámbito de observaciones, el CES considera que, previamente a la tramitación del Anteproyecto, hubiera sido aconsejable la apertura de un adecuado proceso de consulta para permitir la participación de los distintos actores afec-

tados por la aplicación de la norma. Asimismo, el CES quiere dejar constancia de que, con el plazo solicitado, no ha contado con el tiempo que hubiera sido aconsejable para ejercer su función consultiva con un mayor grado de detenimiento. Finalmente, el Consejo ha detectado en la redacción del Anteproyecto varios errores formales que, sin duda, serán fácilmente subsanables.

## IV. OBSERVACIONES PARTICULARES

### Artículo 2. Definiciones

Con carácter previo, el CES considera que sería necesaria una definición más clara de los conceptos contenidos en el apartado 9 del artículo 2, relativos a una de las partes de la contratación, que permita deslindar figuras tales como «Contratista, proveedor o prestador de servicios» de otras que se enumeran en el mismo apartado, como la de «entidad adjudicadora».

### Artículo 3. Entidades contratantes

En la misma línea, sería conveniente aclarar el concepto genérico de «entidades contratantes» recogido en el apartado 1 del artículo 3, a fin de evitar posibles confusiones derivadas de la utilización simultánea de otros conceptos como el de «entidades adjudicadoras», término que aparece en otras partes del articulado como, por ejemplo, el artículo 21, sobre capacidad de los operadores económicos.

### Artículo 4. Derechos especiales

El artículo 4 del Anteproyecto, que transpone el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 2004/17/CE, define los «derechos especiales» de manera genérica como aquéllos concedidos por una Administración pública que puedan limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad de las contempladas en la Ley. Sin embargo, esta redacción no recoge los Considerandos de la citada Directiva que delimitan y acotan lo que debe entenderse como derechos especiales, concreta-

mente el Considerando número 25, por lo que la interpretación de este concepto podría ampliar erróneamente su ámbito de aplicación.

Por ello, el CES considera que, en aras de una adecuada adaptación de la norma comunitaria a nuestro ordenamiento jurídico, evitando interpretaciones extensivas contrarias al espíritu de la Directiva, sería conveniente incluir un apartado 2 en el artículo 4 del Anteproyecto que recoja expresamente las excepciones a la consideración de que una entidad goza de derechos especiales o exclusivos contenidas en el Considerando número 25 de dicha norma comunitaria.

Por otra parte, en relación con este mismo precepto, y para evitar un posible contrasentido, se llama la atención sobre la conveniencia de suprimir la preposición «en» al principio de la cuarta línea, ya que el efecto de los derechos especiales o exclusivos es limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad, y no limitar a dichas entidades *en* el ejercicio de una actividad.

### Artículo 14. Exclusión por liberalización de una actividad

A juicio del CES, el artículo 14 del Anteproyecto no recoge en su totalidad la presunción de que no existe limitación de acceso a un mercado cuando el Estado miembro haya incorporado a su legislación nacional las disposiciones de la legislación comunitaria aplicables, presunción que se establece en el artículo 30.3 de la Directiva 2004/17/CE. Esto es especialmente importante en sectores recientemente liberalizados, como el sector eléctrico, para los que la

legislación nacional ha incorporado y aplica la legislación comunitaria citada en el Anexo XI de la Directiva 2004/17/CE.

Por ello, se estima que sería necesario añadir un nuevo apartado con el número 3 (pasando el actual apartado 3 a ser el apartado 4), al artículo 14, en el que se recoja que, a efectos de este artículo, se considerará que el acceso a un mercado no está limitado cuando el Estado miembro haya incorporado a su legislación nacional y aplicado las disposiciones de la legislación comunitaria mencionada en el Anexo XI de la Directiva 2004/17/CE.

Por otra parte, no parece apropiado, desde el punto de vista de la técnica legislativa, que, a la hora de regular los requisitos y procedimiento para la exclusión de la actividad, la norma de transposición se remita a la norma transpuesta, tal como se hace en el actual apartado 3 del artículo 14. Parece más correcto, pues, llevar a cabo la transposición expresa de los contenidos del artículo 30 de la Directiva 2004/17/CE, en lugar de optar por una remisión.

### **Artículo 18. Contratos excluidos**

En este precepto se enumera el conjunto de contratos que quedan excluidos de la aplicación de la Ley, procediéndose con ello a la transposición total o parcial de varios artículos de la Directiva, en concreto los artículos 18 a 26 y el artículo 62. A juicio del CES sería aconsejable, por razones de mayor claridad en la exposición, mantener el orden sistemático empleado por la propia Directiva, la cual, a título de ejemplo, comienza enumerando, en su artículo 18, «las concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades adjudicadoras (...) cuando estas concesiones se adjudiquen para desarrollar dichas actividades», previsión que en el Anteproyecto aparece recogida en la letra j) del apartado 3 del artículo 18.

### **Artículo 27. Requisitos relativos a capacidades de otras entidades**

Este precepto contiene previsiones para el cumplimiento de los requisitos relativos a la capacidad económica y financiera y/o a las capacidades técnicas y profesionales del operador económico, estableciendo que podrá integrar dichas

capacidades basándose en las de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, y debiendo demostrar que dispondrá de los medios requeridos para la ejecución de los contratos. En opinión del CES, la formulación que se lleva a cabo de esta posibilidad resulta excesivamente indeterminada, en tanto en cuanto no delimita suficientemente las relaciones entre los operadores económicos. Por ello, se estima conveniente definir con mayor precisión estos extremos, en la línea de la regulación contenida en el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público (artículo 52), también dictaminado por este Consejo.

Por otra parte, respecto a los requisitos relativos a las capacidades profesionales, el CES también considera que deberían reflejar los medios humanos con que cuentan los operadores económicos en relación a una serie de extremos como el volumen de la plantilla media anual, el recurso a la subcontratación que hayan llevado a cabo y el grado de estabilidad en el empleo de la plantilla en los últimos años, en línea con las observaciones particulares contenidas en el Dictamen del CES 4/2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público.

### **Artículo 28. Información a los candidatos**

La regulación contenida en el apartado 3 del artículo 28 del Anteproyecto, relativa a la notificación a los candidatos de la decisión de clasificación, establece que si dicha decisión requiriese de un plazo superior a los cuatro meses, la entidad contratante deberá notificar al candidato las razones por las que se prolonga el plazo y la fecha de resolución dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la solicitud. En opinión del CES, la fijación de un plazo para la notificación no debería obstar al derecho de los interesados a ser informados en cualquier fase de instrucción del procedimiento, recogida en la legislación administrativa general.

### **Artículo 30. Anulación de clasificaciones**

A juicio del CES, el plazo de quince días regulado en el apartado 2 de este artículo resulta insuficiente para garantizar la posibilidad



de respuesta por parte de la empresa notificada, proponiendo el establecimiento de un plazo más amplio. Por otra parte, no parece acertada, desde el punto de vista de las garantías jurídicas, la redacción del precepto en el sentido de que lo que se notifica es la intención por parte de la entidad de proceder a anular la clasificación, pareciendo más correcto exigir los correspondientes documentos o justificaciones sin prejuzgar de antemano el resultado del procedimiento.

### **Artículo 33. Comunicación de las prescripciones**

La expresión «empresas interesadas en obtener un contrato», contenida en el apartado 1 de este artículo no parece, en opinión del CES, la más adecuada desde el punto de vista de la corrección jurídica, sugiriéndose, en consecuencia, la posibilidad de buscar una expresión alternativa.

### **Artículo 34. Contenido de las 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, y en coherencia con las observaciones particulares recogidas en su Dictamen 4/2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público, el CES considera que debería suprimirse la expresión «en la medida de lo posible» contenida en el apartado 2 del artículo 34 del Anteproyecto, 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 la entidad contratante 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 es-

tima 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, observación que se realiza asimismo en consonancia con las contenidas en el Dictamen del CES 4/2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público.

### **Artículo 36. Medidas de gestión medioambiental**

El CES no encuentra justificación a la limitación que se desprende de la expresión «únicamente en los casos adecuados», contenida en el apartado 1 del artículo 36, a la facultad de las entidades adjudicadoras de exigir que se indiquen las medidas de gestión medioambiental que podrá aplicar el operador económico en los contratos de obras y servicios, por lo que estima que sería conveniente su supresión.

Asimismo, no parece adecuada, desde el punto de vista de la técnica legislativa y la finalidad de facilitar la comprensión de los textos legales, la utilización de siglas como la referencia al «EMAS» contenida en el apartado 2 del mismo artículo, por lo que se sugiere la utilización del correspondiente nombre completo.

### **Artículo 41. Contratos y acuerdos marco celebrados con las centrales de compras**

Sin perjuicio de que se trate de una transposición literal de la Directiva, sería conveniente, en opinión del CES, mejorar la redacción del artículo 41 del Anteproyecto a fin de evitar la confusión que se puede desprender de la utilización reiterada de expresiones sinónimas como «han respetado» o «respete».

### **Artículo 42. Acuerdos marco**

En opinión del CES, la regulación de los acuerdos marco contenida en el artículo 42 del Anteproyecto no resulta suficientemente determinada en cuanto a la acotación de las empresas que podrán celebrar un contrato con base en tales acuerdos.

## **Artículo 50. Anuncio de licitación**

Este precepto obliga a las entidades adjudicadoras a mencionar su intención de recurrir a la subasta electrónica en el anuncio de licitación. Esta exigencia, en opinión del CES, puede comprometer la flexibilidad requerida para hacer frente a la aparición de elementos y requisitos imprevistos que, sin afectar a los elementos básicos del contrato, aconsejen la utilización de un procedimiento de adjudicación distinto de la subasta.

## **Artículo 61. Criterios de valoración de las ofertas**

Entre los criterios que pueden servir de base para determinar la oferta más ventajosa a efectos de adjudicación del contrato, el CES echa de menos la inclusión de características de tipo social, en paralelo con lo estipulado en este sentido por el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público (artículo 134). En este terreno, el CES desea llamar la atención 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.

## **Artículo 86. Desistimiento**

En el artículo 139 del Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público se regulaban en un mismo precepto el desistimiento del procedimiento de adjudicación y la renuncia a la celebración del contrato por parte de la entidad adjudicadora, mientras que el presente artículo sólo contempla la primera de las figuras, sin que este Consejo aprecie justificación para excluir la regulación de la renuncia.

## **Artículo 87. 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 en sectores de interés general, en consonancia con las observaciones realizadas en su Dictamen 4/2006.

Así, se propone que el Anteproyecto prevea que el contrato pueda establecer límites en la cadena de subcontratación. En defecto de tal previsión, el régimen de subcontratación en la contratación con entidades adjudicadoras a los efectos de esta norma se debería limitar a dos niveles, proponiéndose el siguiente régimen:

- a) El contratista podrá contratar directamente con otras empresas o trabajadores autónomos la realización parcial del contrato adjudicado.
- b) El primer subcontratista podrá contratar directamente con otra empresa subcontratista o trabajador autónomo la ejecución parcial de los trabajos que hubiera subcontratado, salvo que la organización productiva puesta en uso del primer subcontratista consista básicamente en la aportación de mano de obra.

Asimismo, se propone la inclusión de una excepción, en el sentido de que cuando en casos imprevistos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o por otras vicisitudes imprevistas por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la ejecución de la prestación, fuera necesaria la contratación de alguna parte de la misma con terceros, excepcionalmente se pueda extender por una sola vez el ámbito de la subcontratación, siempre que se haga constar la causa o causas motivadoras de la misma y que se obtenga la aprobación por parte de la entidad contratante.

Por otra parte, el CES entiende que, en atención 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 subcontratos, al derecho de los representantes de los trabajadores a recibir información por parte del empresario principal sobre los supuestos de subcontratación, en concordancia con las previsiones de la legislación laboral al respecto.

### **Artículo 88. Condiciones de ejecución del contrato**

En línea con la observación formulada al artículo 61, el CES considera que las políticas sociales 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 contenida en el artículo 88, en relación con la fijación de condiciones de ejecución del contrato, considerándola desde una óptica de promoción activa.

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 89. Contratos reservados**

En primer lugar, cabe recordar la obligación de los poderes públicos de promover 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 derivarse 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 subordinada «que no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales», por no ajustarse a la realidad del trabajo que desempeñan las personas con discapacidad.

### **Artículo 114. Medidas provisionales**

La naturaleza preventiva de las medidas incluidas en este artículo, que pueden solicitarse con independencia de que se interponga reclamación, desaconsejan ubicar este precepto al final del capítulo relativo a la «tramitación de las reclamaciones».

### **Disposición adicional cuarta. Entidades contratantes**

Esta disposición realiza una enumeración enunciativa de las entidades contratantes de los distintos sectores incluidos en la norma. Dada la dificultad de establecer una relación exhaustiva de entidades, que sea, además, permanente en el tiempo, hubiera sido más operativo, en opinión del CES, identificar a las entidades contratantes como aquellas que prestan servicios con arreglo a ley reguladora de cada uno de los sectores en que operan.

### **Disposición adicional sexta. Prohibiciones de contratar**

Respecto a las prohibiciones de contratar, el CES considera inadecuado que su regulación se incorpore a una disposición adicional, en lugar de integrarse en el cuerpo de la norma. Por otro lado, tampoco parece justificado que dicha regulación afecte sólo a una parte de las entidades adjudicadoras, las del artículo 3.2.a), y no a todas ellas. Finalmente, la propia redacción del precepto induce a confusión, pues el tenor literal del mismo podría inducir a interpretar esta norma como una modificación de la Ley de Contratos del sector público.

### **Disposición derogatoria única**

Esta disposición deroga íntegramente la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, excepto su disposición adicional cuarta, que regula el régimen singular de AENA, sin que se justifique el fundamento de esta excepción.

## V. CONCLUSIONES

El Anteproyecto de Ley sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales merece una valoración positiva por parte del Consejo

Económico y Social, sin perjuicio de las observaciones generales y de carácter particular expresadas en el cuerpo del presente Dictamen.

Madrid, 26 de abril 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 de forma sustancial sobre el contenido del Dictamen, aprobado por el CES en la sesión ordinaria del Pleno celebrada el 26 de abril de 2006, respecto al Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE, habiendo emitido voto negativo sobre el mismo, y exponen su posición en los siguientes términos:

El Anteproyecto de Ley incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de

adjudicación de contratos de las entidades que operan en dichos sectores.

El Derecho comunitario había previsto, y ya se reflejaba en la exposición de motivos del Anteproyecto y de la Ley 40/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, un régimen singular diferente en lo que concierne a los determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual que asegurando los principios de apertura del mercado, los principios de publicidad y concurrencia, fueran menos estrictos y rígidos que los establecidos en las Directivas reguladoras de la contratación en las Administraciones públicas.

El argumento utilizado por la Comisión Europea se ha fundado, ponderando razones políticas, estratégicas, económicas, industriales y jurídicas, en el establecimiento de criterios originales y específicos en el campo contractual para estos sectores ya que están gestionados en el contexto de los países comunitarios por entidades u organismos públicos o privados de forma indistinta.

Esta diferencia excluye, pese a la similitud en determinadas fases del procedimiento de adjudicación, un mismo tratamiento en relación con los procedimientos de contratación de las Administraciones públicas. Resulta de especial interés, a diferencia con la Ley de Contratos del sector público, que en los procesos de contratación intervienen también como entidades contratantes, empresas privadas, tal y como se recoge en el artículo 3 del Anteproyecto.

El Grupo segundo del Consejo hace una valoración más positiva de este Anteproyecto de Ley, dado que ahora no se efectúa un cambio radical del modelo de contratación de los sectores afectados, con las dificultades que de ello se derivan, sino que, muy al contrario, se realiza una aplicación más racional y ajustada de las dos Directivas. Todo ello con una mejor técnica legislativa y sin la indeterminación y riesgo de inseguridad jurídica del Dictamen anterior.

Sin embargo, hubiera sido aconsejable, al igual que se solicitó en el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público, la apertura, con carácter previo, de un adecuado proceso de consulta para permitir la participación de los distintos sectores afectados por la aplicación de la norma.

Para el Grupo segundo los problemas más importantes que presenta el Dictamen, en sus propuestas por superar y desbordar la mera incorporación de las dos Directivas, son los siguientes:

- En materia de subcontratación existe una contradicción entre la propuesta del CES y el propio texto, tanto de la Directiva 2004/17/CE, como de la propia exposición de motivos. Así en el considerando 43 de esta Directiva se recoge como objetivo el de favorecer la participación de las medianas y pequeñas empresas en el mercado de contratos públicos para lo que se establece la conveniencia de prever disposiciones en materia de subcontratación.

Esta previsión se recoge posteriormente en el artículo 37 de la propia Directiva y va dirigida a que se indique en la oferta la parte del contrato que se desea subcontratar, más en términos de favorecer la transparencia

que en el de restringir la misma. Por ello no parece razonable que desde las observaciones específicas se restrinja una actividad lícita, sin motivación alguna de carácter técnico y en abierta contradicción con el objetivo de la propia Directiva, constituyendo una injerencia en la forma de organización de las empresas que trasciende no sólo al ámbito jurídico mercantil sino también al ámbito laboral, ajeno por completo al texto del Anteproyecto y propio de modificaciones en otros ámbitos.

- En relación con los criterios de adjudicación y ejecución, los aspectos relativos a los criterios de valoración de las ofertas que en el texto son tratados de forma excepcional, es decir, no para todos los supuestos y limitados a supuestos concretos y sometidos a una de las modalidades de criterios de adjudicación, son tratados de forma genérica.

Entendemos que no se puede pretender que desde la normativa que regula los procedimientos de contratación en determinados sectores, y que en el caso transpone la Directiva comunitaria, adaptándola a la preexistente que data del año 1998, se pretenda posibilitar una intervención directa en los ámbitos de la adjudicación de contratos mediante objetivos que trascienden al ámbito de la transposición y que desde el punto de vista empresarial son ajenos al propio objeto del contrato.

En el supuesto previsto en el propio Anteproyecto y en relación con los criterios de adjudicación, la norma prevé tengan una relación con el objeto del contrato, correspondiendo dichos criterios a los que se recogen en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 61 y que están relacionados directamente con el objeto referido, es decir con sus aspectos técnicos y de garantía, sin que se prevea, ni en la propia Directiva ni en el texto del Anteproyecto, introducir elementos ajenos al propio contrato como elementos de valoración, lo que puede traer como consecuencia que se produzcan situaciones de discriminación entre empresas

que vean condicionada su adjudicación por elementos ajenos al contrato, con las posibles deficiencias que pudieran derivarse en la prestación del servicio.

La referencia que se realiza a la posibilidad de introducir condiciones especiales de ejecución de los contratos debe ser tratada con especial cautela de tal forma que no se discrimine el acceso a determinados contratos a empresas que estén cumpliendo la normativa vigente y cuenten con la capacidad y solvencia requeridas y que puedan verse perjudicadas también por elementos ajenos al objeto del propio contrato.

Debería evitarse que, a la hora de establecer criterios especiales de ejecución so-

ciales y medioambientales, éstos provoquen que resulte beneficiado aquel que no ofrezca las mejores condiciones o mejores garantías. En definitiva que el establecimiento de dichas condiciones no modifique los aspectos técnicos y la naturaleza del propio contrato.

Estas salvedades justifican que el Grupo segundo no comparta el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE.

Madrid, 27 de abril de 2006