

**Sesión I.**

**CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO:**  
**LEY 3/2011**

**PONENTE:**

*D. José María Gimeno Feliú*  
PÁG. 7

**COPONENTES:**

*D.ª Ana Isabel Beltrán Gómez*  
PÁG. 29

*D. Luis Murillo Jaso*  
PÁG. 39



**LA LEY 3/2001, DE MEDIDAS DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.  
ALCANCE DE SU CONTENIDO Y VALORACIÓN  
DE SUS PROPUESTAS.<sup>1</sup>**

D. JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza  
([orcid.org/0000-0001-6760-9222](https://orcid.org/0000-0001-6760-9222))

**PRESENTACIÓN.-**

La Ley 3/ 2011, de medidas de Contratos del Sector Público, obedece a la necesidad de dar soluciones a ciertos problemas prácticos de la contratación pública, ante la ausencia de respuesta de la legislación básica estatal (RD Legislativo 3/2011, en adelante TRLCSP. Los cambios legislativos estatales, en concreto, la Ley 34/2010, aconsejaban avanzar ciertas soluciones legislativas propias que favorecieran una mejor gestión de la contratación pública. Tras tres años de vigencia (y con ajustes) procede reflexionar sobre si las medidas adoptadas fueron acertadas y si son compatibles con el nuevo derecho comunitario<sup>2</sup>.

Obviamente, la primera cuestión a delimitar es la competencia material de la Comunidad Autónoma para poder dictar la referida norma legal.

**1. LA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL COMO PRESUPUESTO  
HABILITANTE DE LA LEY 3/2011.**

La Disposición Final Séptima de la TRLCSP determina el criterio de atribución competencial. De la lectura de este precepto -al margen de que sea constitucionalmente discutible el sistema de lista para determinar lo básico en favor del Estado (la Ley 31/2007, de 30 de octubre, no sigue por lo demás este modelo)-

<sup>1</sup> Trabajo realizado en Proyecto Investigación "Hacia una contratación pública eficiente" (REF.: DER2012-39003-(C02-01))

<sup>2</sup> Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

podiera desprenderse la opinión del escaso margen de maniobra competencial de las Comunidades Autónomas. Visión en modo alguno correcta ya que esta Disposición TRLCSP exige una interpretación desde la perspectiva de los marcos estatutarios vigentes (y no a la inversa, ya que el Estatuto tiene una indiscutible función constitucional)<sup>3</sup>. Por lo demás, de estos preceptos TRLCSP se deduce que el núcleo duro de las normas que merecen el calificativo de lo básico de la contratación pública son las disposiciones generales, los elementos estructurales y los procedimientos de selección y adjudicación de contratos (materias, que, por cierto, tienen directo fundamento comunitario). También serán básicas las normas que regulan el régimen jurídico de los contratos calificados como administrativos. Así, por contra, no tendrán carácter de básico en modo alguno las cuestiones de organización administrativa y de gestión contractual (incluyendo las relativas a preparación del contrato ligadas a éstas).

Pero además, el TRLCSP presenta normas de carácter básico imperativo y otras normas básicas que exigen un desarrollo autonómico, tal y como puso de relieve el profesor BAÑO LEON en su intervención como experto en la tramitación de la Ley en las Cortes Generales (DSCD núm. 756, sesión 31, de 20 de febrero de 2007). Así, y sin ánimo exhaustivo, en relación a estos últimos pueden citarse: las normas relativas a las competencias para contratar, las referencias a la nueva figura de responsable del contrato, las que establecen los elementos fundamentales del perfil contratante y las relativas a transparencia mediante medios electrónicos, las normas procesales relativas a prohibiciones de contratar y las referidas a clasificación empresarial en el ámbito autonómico así como las relativas a la garantía global. También merecen este calificativo los preceptos que regulan los expedientes de contratación las condiciones especiales de ejecución y las normas especiales de preparación de los distintos contratos públicos -incluso determinación de importe inferior para contratos menores- y prescripciones relativas a ejecución como cesión y subcontratación y extinción (en tanto organización)<sup>4</sup>.

Ciertamente, a partir de la competencia estatal exclusiva sobre la legislación básica de contratos, se reconoce a las Comunidades Autónomas la de dictar nor-

3. De hecho, conviene llamar la atención en la Disposición final undécima. Habilitación para el desarrollo reglamentaria que habilita al Gobierno para que, en el ámbito de sus competencias, dicte las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en esta Ley. Lo que viene a sugerir que en su ámbito competencial le corresponde este desarrollo a la Comunidad Autónoma.

4. En esta misma línea se posiciona X. PADROS en su interesante trabajo "La llei des contractes del sector públic i les competències de la generalitat de catalunya sobre contractació: possibilitats de desenvolupament.", *Revista d'estudis Autònomic i Federals*, num. 6, 2008, p. 255. En este artículo se analiza, en primer lugar, cuál es el marco competencial en materia de contratación que resulta de la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, para constatar una efectiva ampliación del techo de las competencias de la Generalitat de Catalunya, tanto desde la perspectiva material -con el reconocimiento de un ámbito de exclusividad hasta ahora inexistente, que convive con otro ámbito de competencias compartidas-, como desde el punto de vista subjetivo, en cuanto que las competencias sobre contratación abarcan no sólo los contratos de la Administración de la Generalitat, sino también los de la Administración local en Catalunya. Por otra parte, se examina también cómo ha ejercido el Estado recientemente sus competencias mediante la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que incluye la legislación básica en la materia, y se valoran las posibilidades de desarrollo legislativo de la Generalitat a partir de sus competencias exclusivas y compartidas y a la vista del nuevo marco de la mencionada legislación básica estatal. La tesis principal que se defiende es que existe un campo de actuación autonómico para aprobar una ley sobre contratos de las administraciones públicas catalanas, autonómica y local, con una atención preferente a los aspectos de organización de la gestión de la contratación pública, a determinados apartados del ciclo contractual y sobre todo a la contratación pública electrónica, que junto con la recepción del derecho europeo constituyen los dos grandes ejes sobre los que gira la evolución del derecho de contratos de los últimos años.

mas de desarrollo en el espacio definido por aquellas (STC 68/1988, de 19 de abril) y su ejecución<sup>5</sup>. Según expresó la STC 142/1983, de 20 de mayo, las Bases vienen “a determinar lo que es competencia estatal y a definir al mismo tiempo el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma la competencia asumida en su Estatuto”. Por medio de las bases se asegura “una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación” y establecen “funciones normativas que aseguren, en lo que es menester en común uniforme, unas reglas a partir de las cuales las Comunidades Autónomas, que tengan asumidas competencias en la materia, puedan ejercerlas” (STC 57/1983, de 28 de junio). Estas bases deben constituir un mínimo común normativo. Obviamente, como ya hemos indicado, el derecho comunitario lo es y, por tanto, mientras se cumpliera con el derecho comunitario de los contratos públicos no se infringiría la competencia básica del Estado.

En todo caso, conviene abordar el alcance de esta competencia exclusiva del Estado sobre contratación y concesiones administrativas. SANTAMARÍA PASTOR ha señalado la heterogeneidad del concepto de contratos administrativos, que incluye materias con títulos competenciales diferentes. Los aspectos organizativos de la contratación y clasificación de los contratista corresponderían a la competencia de organización administrativa. La regulación de los contratos de entes instrumentales privados es competencia referida a organización del sector público. Los aspectos procedimentales respecto a la elaboración de proyectos, selección de contratistas y recepción de obras tendrían como título competencial el de los procedimientos administrativos. Sólo las normas sustantivas contractuales para las Administraciones Públicas, como las relativas a la capacidad para contratar, el precio y la formalización y ejecución del contrato, estarían amparadas en el apartado de contratos y concesiones administrativas a que se refiere el artículo 149.1. 18 CE<sup>6</sup>.

Examinados los preceptos de los Estatutos de Autonomía (especialmente los de última generación: Cataluña, Andalucía, Valencia o Aragón) puede defenderse que la competencia de la Comunidad Autónoma es exclusiva en todos los aspectos organizativos y procesales y de contratos públicos del sector público que no sean Administración Pública, aunque en el ámbito de régimen jurídico de los contratos administrativos -entendido en sentido estricto- debe respetar la legislación básica del Estado en la materia. En este último aspecto, la STC 141/1993, de 22 de abril, declaró que eran elementos básicos de la normativa sobre contratación administrativa los que tienen por objeto “proporcionar las garantías de publicidad, igualdad<sup>7</sup>, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a

5. Sobre la concreción formal de las bases en esta Sentencia resulta de interés el estudio de J.A. MONTILLA MARTS “Los elementos formales en el proceso de construcción de lo básico”, *Revista Española Derecho Constitucional*, núm. 68, 2003, pp. 89-120.

6. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, MAP, Madrid 1992, pp. 521-522

7. La STC de 12 de enero de 2001 declaró la prohibición de las cláusulas y condiciones de los pliegos que discriminaran o supusieran prácticas restrictivas por domicilio, lengua, región, ubicación de instalaciones, depósitos o talleres, tipologías o marcar, especificaciones técnicas, etc., que no estuvieran justificadas en necesidades concretas, que dieran

los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas<sup>8</sup>. Objetivo este que refuerzan y extienden subjetivamente las Directivas de la CEE sobre la materia, a las que es preciso adaptar nuestro Derecho interno, como fue el caso del RDLeg 931/1986 y el RD 2528/1986”.

Con relación a este último, declaró el carácter básico de los preceptos que doten de “efectividad práctica a aquellos principios básicos. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello”.

El Tribunal Constitucional asimila el contenido básico a los principios y garantías comunitarios, que implica para la Comunidad Autónoma el deber de adecuar su competencia a los mismos, al transponer la normativa, lo haga o no el Estado por medio de leyes de bases. Sobre todo, si consideramos en cuenta que las Directivas son normas de resultado, como se desprende de su propio contenido y alcance normativo, fundamentadas en unos principios que, por su parte, debe asumir la legislación básica estatal. Por tanto, a efectos del ejercicio de la competencia propia de la Comunidad Autónoma, su referencia sustancial son los principios y objetivos del Derecho comunitario que son, a su vez, los principios de la legislación básica estatal.

Nada cuestiona esta interpretación la reciente STC 56/2014, de 10 de abril, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad y que contiene doctrina en materia de reparto de competencias entre Estado y CCAA sobre contratos administrativos, a la vez que declara la nulidad de la ley cántabra que excepciona la prohibición de pago aplazado. En esta sentencia se afirma que “En lo que concierne al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la materia «contratos administrativos» aparece diferenciada en el artículo 149.1.18 CE, aunque forme parte del amplio haz de competencias recogidas en el mismo precepto constitucional, que tienen diverso alcance y naturaleza, y cuya heterogeneidad impide un tratamiento unívoco (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 11). Regida así la legislación sobre contratos administrativos por un título competencial espe-

lugar a trato vejatorio o privilegio para algunas empresas, afirmando que “las distinciones introducidas en los baremos no responden a un criterio objetivo ni a una finalidad que nada pueda reprocharse desde el punto de vista constitucional, al existir una prevalencia de criterios territoriales o de proximidad que, en todo caso, inciden en la causación de una discriminación sin razonamiento objetivo”. Invocó la doctrina del TC sobre el principio de igualdad (SSTC 75/83 y 86/85 quien proscribió la distinción infundada o la discriminación y esa evitación de la diferenciación, carente de justificación objetiva y razonable, no ampara la falta de distinción cuando los supuestos son desiguales, esto es, en el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato, siendo ajeno al ámbito del precepto constitucional la llamada discriminación por indiferenciación” (SSTC 86/85 y 19/98). En la sentencia de 30 de junio de 1997 (RJ 5153) declaró que “no se vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución porque se convoque un concurso para la adquisición de productos de importación, en general, de material que requiera una concreta especificación técnica, puesto que ello puede venir impuesto por necesidades de moderna y alta tecnología; no hay vulneración de igualdad porque se formulen en los pliegos de contratación especificaciones a determinadas marcas o modelos siempre que se ajusten a lo establecido en el art. 224 del Reglamento de Contratación, en el sentido de no limitar sino de admitir otros productos equivalentes”.

8. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1971 (RJ 790) declaró que “los tres principios cardinales de toda licitación son: la publicidad, la competencia y la igualdad de oportunidades, garantía no sólo de interés público, colectivo y primario, sino también de los intereses de los administrados cualificados, es decir, los concursantes al referido llamamiento”. SSATS de 29 de enero de 1974 (RJ 656) y 13 de junio de 1976 (RJ 4068).

cífico, esta circunstancia por sí sola impide aceptar la operación de subsunción en otros ámbitos competenciales que propone el Gobierno de Cantabria. Según la doctrina de este Tribunal, recopilada en la STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 5: «desde un principio, venimos manteniendo que en materia de delimitación de competencias la regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial» [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 6; 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 a); y 193/1998, de 1 de octubre, FJ 1]. O, lo que es lo mismo, que el título específico ha de prevalecer sobre el genérico (SSTC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 2; 49/1988, de 22 de marzo, FJ 11; y 80/1988, de 28 de abril, FJ 3), sin perjuicio de que igualmente hayamos afirmado que “a este criterio no se puede atribuir un valor absoluto” (STC 213/1988, de 11 de noviembre, FJ 3).<sup>9</sup>

Y, recogida la competencia en los Estatutos, la Comunidad podrá legislar sobre contratación pública respetando, claro, lo básico<sup>10</sup>.

En conclusión, parece competencialmente viable, a la vista de los preceptos estatutarios mencionados, que las Comunidades Autónomas adopten estrategias normativas que den adecuada respuesta a las exigencias de la Directiva 2004/18, de contratación del sector Público y de la jurisprudencia que el TJCE ha venido dictando en los últimos años que ha subrayado con insistencia los principales: publicidad, concurrencia, objetividad, igualdad de trato, eficiencia, debiendo destacarse que los criterios sociales y medioambientales -en el procedimiento a utilizar o en la forma del concurso, según proceda-, están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias dado que la contratación pública no es un fin en sí misma sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE<sup>11</sup>.

Por ello, la Comunidad de Aragón, dentro del marco estatutario, adoptó una decisión legislativa compatible con el marco de reparto competencial vigente, con el límite de no afectar a las reglas básicas. Esta Ley 3/2011 supone, así, el ejercicio de las competencias recogidas en el art. 75.11 y 12 del Estatuto de Autonomía de Aragón, para el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica establecida por el Estado en materia de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y de las Entidades Locales localizadas en su territorio. Se trata de la primera norma que dicta la Comunidad Autónoma sobre esta materia, si bien con anterioridad, el 9 de diciembre de 2010, ya había sido admitido a trámite en las Cortes de Aragón otro Proyecto de Ley que tiene

9. La reciente STC de 30 de abril de 2015, sobre la constitucionalidad de la legislación sanitaria en Madrid y las fórmulas de contratación revela que la competencia estatal se debe acreditar formal y sustancialmente.

10. Lo explica también A. SANMARTÍN MORA en su trabajo “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010.

11. Opción seguida, por ejemplo, por la Comunidad Foral de Navarra mediante la Ley, 6/2006, de 9 de junio. Justificación de esta ámbito competencial puede verse en el trabajo de CRUZ ALLI ARAGUREN, J., “La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos”, en libro col. *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007, pp. 45-120.



por objeto, entre otros, la regulación de la contratación de las Entidades Locales de Aragón (presentación de fotocopias para acreditar el cumplimiento de requisitos previos, sustitución por declaraciones responsables en procedimientos negociados y simplificados, posibilidad de solicitar aclaración de ofertas, posibilidad de utilizar el procedimiento simplificado, o criterios legales para la resolución de empates, entre otros, así como, por supuesto, las disposiciones relativas al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

En todo caso, la articulación competencial sobre las denominadas bases de la contratación pública, debe interpretarse desde la lógica del Derecho de la Unión Europea. Recuérdese como el Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo ha firmado que el contenido de la Directiva suele coincidir con lo básico, aunque no toda la norma comunitaria debe tener este alcance. Esto significa, a *sensu* contrario, que una eventual norma autonómica que cumpliera con dicha legislación comunitaria no supondría contravención de lo básico como materia atribuida al Estado. Por otra parte, la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma de Aragón se hallará inicialmente limitada por la observancia de aquellos principios que, extraídos del Tratado Constitutivo de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia, hoy definen el sistema de la contratación pública en Europa y que son, de un lado, los de igualdad de trato, transparencia de los procedimientos, proporcionalidad y mutuo reconocimiento y, de otro, los que se encierran en el inevitable ejercicio por parte de las Administraciones públicas de sus facultades de dirección, inspección, interpretación, modificación y control.

Por otra parte, como consecuencia de las obligaciones derivadas de la incorporación a la Unión Europea, y de los compromisos derivados del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, y del Acuerdo sobre Contratación Pública, la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón viene igualmente condicionada por las disposiciones establecidas en los Reglamentos y Directivas comunitarias en materia de contratación pública,;competencia que, como es obvio, debe ejercerse dentro lo dispuesto por los preceptos de la Constitución. En consecuencia, una materia autonómica compatible con la regulación comunitaria difícilmente puede ser considerada como susceptible de alteración de lo “básico”.

Se puede afirmar que el derecho comunitario de los contratos públicos es límite, pero también título suficiente para entender que una normativa autonómica que no contravenga el derecho comunitario en su desarrollo no puede contravenir ninguna competencia del Estado. Un ejemplo de que esta opción es correcta es la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos que -sobre la base del 49.1 LORAFNA- ha entendido cumplido lo básico con el cumplimiento de la referida Directiva 2004/18 en la interpretación dada por el TJUE (que incorpora como pauta de interpretación expresa el artículo 21 de dicha norma). Y siendo el derecho comunitario el adecuado parámetro de control en la cuestión debe tenerse en cuenta que existe ya nueva Directiva de contratos públicos directivos 23 y 24 de 2014, sobre concesiones y contratación pública que persigue, además de la eficiencia del gasto público -que pasa por la simplificación de las reglas ac-



tuales-, la protección del medio ambiente, el ahorro energético, la promoción de la innovación, la lucha contra el cambio climático y la inclusión social. Un mayor uso posible de la negociación a través del procedimiento con negociación y publicación previa; procedimientos simplificados para los órganos de contratación local y regional, pudiendo sustituir la publicación de los anuncios de contratos individuales por la publicación de un anuncio general de su plan de contratación para el próximo año; una reducción de los requisitos de documentación, en particular, a través de la aceptación obligatoria de las “autodeclaraciones”, para las cuales el licitador declara bajo su responsabilidad que cumple los criterios que son una condición previa para la licitación, y la exigencia sólo al ganador de suministrar las pruebas documentales para demostrar los hechos que declaró en su propia declaración, así como la prohibición a las autoridades contratantes de exigir los operadores económicos que vuelvan a presentar documentos que fueron presentados anteriormente a ellos dentro de los últimos cuatro años en un procedimiento anterior y que continúan siendo válidos; medidas ambiciosas en materia de contratación electrónica con el objetivo de la plena comunicación electrónica en la contratación pública en un plazo de dos años, a contar desde la fecha límite de aplicación de la Directiva adoptada; el acortamiento de los plazos; y el alivio de los requisitos de publicación

Estas reglas ahora recogidas en el anteproyecto de Ley de contratos del sector público, elaborado por el estado viene a revelar que la legislación aragonesa se pudo anticipar a esas reglas, pero que las mismas son conformes con los principios y actual regulación comunitaria.

## **2. LOS CONTENIDOS DE LA LEY 3/2011, DE 24 DE FEBRERO DE MEDIDAS DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN.**

La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, publicada en el BOA nº 50, de 10 de marzo ( y modificada por la Ley 3/2012, que trata de corregir algún problema interpretativo), incorpora una serie de novedades de simplificación administrativa en la contratación pública, además de crear y regular el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, órgano administrativo especializado e independiente, cuya constitución está prevista en el artículo 41 TRLCSP. El ámbito de aplicación alcanza también a las Entidades Locales en virtud de la disposición Adicional Octava.

La Ley de medidas en materia de contratos del sector públicos de Aragón tiene por objeto, como indica su artículo 1, «establecer medidas de racionalización y simplificación y de fomento de los objetivos sociales en la contratación del sector público de Aragón y la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón». Al objeto de dar cuenta de sus propósitos, la Ley recuerda los que deben considerarse “principios rectores de la contratación pública”: la igualdad de trato y no discriminación a los contratistas, la transparencia de los procedimientos, la búsqueda de la mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, y el no fraccionamiento de los contratos para eludir las normas

procedimentales y de publicidad que resulten de aplicación. Destaca, siguiendo el modelo de la Ley Foral de Navarra 6/2006 (artículo 21), la expresa referencia a la doctrina dictada por la jurisprudencia europea sobre la materia para interpretar los conceptos y aclarar las dudas que puedan plantearse en aplicación de la norma<sup>12</sup>. También el importante valor que se reconoce a las resoluciones (Acuerdos) que adopte el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón<sup>13</sup>. Igualmente destaca la extensión de estos principios a toda las fases del contrato, y no solo la adjudicación (opción recogida ahora por el artículo 18 de la Directiva 2014/24)

A continuación se incluyen un conjunto de medidas que buscan la materialización de esos principios en las distintas fases de los procedimientos administrativos de contratación.

1. En relación con **la fase de preparación del contrato**, destaca la previsión de fomentar la concurrencia en la adjudicación de contratos menores -cuya cuantía no se altera-, resultando preceptiva, cuando sea posible, la consulta preferentemente por medios electrónicos a al menos a tres empresas para la adjudicación de contratos menores de obras de más de 30.000 euros y en los de suministros y servicios que superen los 6.000 euros. Medida destinada a favorecer una apertura del mercado de la contratación menor (de gran dimensión práctica) y favorecer una gestión integral de los fondos públicos (en esta línea puede verse la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 38/09, de 1 de febrero de 2010). Regulación de la concurrencia en el contrato menor que se complementa, recordamos, con la obligación de respetar las exigencias de capacidad y solvencia exigidas por el artículo 54 y ss. TRLCSP. Entre ellas, el objeto de la licitación debe estar comprendido en el objeto social de la empresa licitadora. Así lo explicita el artículo 57 TRLCSP, resolviendo alguna de las dudas suscitadas con esta cuestión con la LCAP. Se exige, en definitiva, como requisito de capacidad que haya una relación entre el objeto social de la empresa y el objeto de la licitación. Esta medida, que puede parecer de escasa relevancia, aporta un gran valor añadido en tanto lo que implica de transparencia y de promoción de la integridad de la contratación pública<sup>14</sup>.

2. El legislador aragonés intenta **dar solución a la problemática de la contratación pública y el denominado tercer sector**. El principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos<sup>15</sup>. Esto explica, “per se”, el marcado carácter

12. Sobre esta rol de la jurisprudencia comunitaria me remito al trabajo de M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 89-114.

13. Artículo 3.1 de la Ley Las memorias del Tribunal vienen recogiendo una selección de la principal doctrina adoptada.

14. Me remito a mi trabajo “*Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos*”, en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2013 (Dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27-80.

15. PONCE, J., Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad, *Lex Nova*, Valladolid, 2001, ob. Cit., p. 479.

ter horizontal o transversal de la normativa de contratación pública. Así, destaca en la Ley 3/2011, la regulación de las reservas sociales de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo y de Empresas de Inserción (precepto que no es de aplicación obligatoria a las entidades locales), que se determinarán anualmente por Ley de Presupuestos en forma de porcentaje mínimo y máximo sobre el importe total anual de la contratación de suministros y servicios precisos para el funcionamiento ordinario de la Comunidad Autónoma realizada en su último ejercicio cerrado (para el año 2011 la propia Ley ya dispone una reserva de entre el 3 y el 8 por ciento en su Disposición Transitoria Cuarta). Con este modelo no se pervierten las reglas generales de concurrencia y se implementa una efectiva política de inserción laboral<sup>16</sup>. Para el resto de poderes adjudicadores incluidos en el ámbito subjetivo de la norma aragonesa, a los que no les son de aplicación las medidas contenidas en el artículo 7 de la Ley 3/2011, la reserva a favor de Centros Especiales de Empleo, o la reserva de la ejecución del contrato en el marco de programas de empleo protegido, siguen constituyendo una posibilidad a utilizar a criterio del órgano de contratación, siendo perfectamente aplicables a estos contratos reservados tanto las cuestiones planteadas por PADIS como las consideraciones y conclusiones que se realizan en este informe.

En relación a esta cuestión resulta de interés destacar la conclusión del Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 16/2011, de 8 de junio:

a) El carácter de Centro Especial de Empleo —o de Empresa de Inserción—, que se exige en el artículo 7 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para ser contratista en un contrato reservado, debe concurrir en todos y cada uno de los eventuales integrantes de una unión temporal de empresarios, sin que puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual, dado que no se trata de un requisito de solvencia, sino de una condición legal de aptitud.

b) Los contratos reservados están sometidos a las reglas y requisitos generales de la subcontratación previstas en los artículos 63, 227 y 228 TRLCSP, que facultan al órgano de contratación a optar entre una variedad de posibilidades que van, desde la prohibición de la subcontratación, al establecimiento de límites cuantitativos y/o cualitativos a su ejercicio, siendo estos últimos los más adecuados atendiendo a la finalidad última de la reserva social.

**3. Una de las principales novedades se vinculada a la necesidad de simplificación.** Así, en relación con la fase de adjudicación, destacaba en la ley aragonesa como novedad la articulación de una nueva tramitación simplificada del procedimiento abierto (al principio denominada de forma equivocada como

16. Un pronunciamiento favorable a esta regulación se contiene en el Informe 4/2011, de 19 de enero, de esta Junta Consultiva, al analizar el contenido del Anteproyecto de Ley de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón. Sobre la aplicación de este tipo de contrato en la Ley Navarra vid. BELTRAN AGUIRRE, J.L., "La adjudicación de los contratos. Los procedimientos de contratos públicos de Navarra", en libro col. (Dir J. C. ALLI), Comentarios a la Ley Foral de Contratos públicos, ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007, pp. 284-284. Resulta de especial interés el Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas.

procedimiento) para la adjudicación de contratos de suministro y de servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros y de obras inferior a 2.000.000 euros<sup>17</sup>. En su tramitación se sustituyen los Pliegos (de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas por un documento de condiciones particulares (jurídicas, económicas y técnicas) del contrato. No se exigirá garantía provisional para participar en la licitación y la constitución de Mesa de contratación será potestativa (en cuyo caso actuará una unidad técnica). La publicidad de estos procedimientos se realizará en el perfil de contratante de la Comunidad Autónoma de Aragón, dado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.4 TRLCSP, dicha publicación surte los mismos efectos que la publicidad en los Boletines Oficiales. En su tramitación se observarán los (breves) plazos que señala el artículo 10 –que complementan los TRLCSP): plazo de presentación de proposiciones no inferior a diez días naturales ni superior a veinte desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil; cinco días hábiles para que el licitador propuesto como adjudicatario presente la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos al existir como regla general la declaración responsable (plazo que se complementa con el específico de diez días que establece el artículo 151 TRLCSP), y adjudicación del contrato en los diez días hábiles siguientes a la recepción de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos (se amplía el plazo TRLCSP, de cinco días, por cuestiones auto-organizativas, dado que el día inicial es desde que se acaba el plazo de cinco días, lo que supone que hay conformidad con los plazos TRLCSP), notificándose la adjudicación de forma simultánea a su publicación en el perfil de contratante. Para la adjudicación podrá utilizarse la subasta electrónica regulada en el artículo 148 TRLCSP.

Desde la estricta perspectiva de articulación competencial, esta Ley respeta la competencia del Estado en las bases de la legislación de contratos administrativos, desarrollando aspectos propios o de carácter organizativo pues no existe un nuevo procedimiento sino solo una simplificación de trámites: la reducción de plazos -son contratos no armonizados- es respetuosa con la previsión del artículo 138 TRLCSP (son incluso mayores). La publicidad en perfil de la Comunidad Autónoma y no en BOA, no quiebra la regla de la transparencia sino que pretende generar una publicidad que aumente la concurrencia mediante un portal específico y electrónico como es el perfil de contratante que, en todo caso, como previene el artículo 53.4 TRLCSP (*“La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III.”*), surte los MISMOS efectos que la publicidad en Diario Oficial (también electrónico).

17. Nueva redacción dada por la Ley 3/2012. Hay que recordar que con fecha 9 de diciembre de 2011, se interpuso por el Gobierno de la Nación, recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 6 y 10 de la Ley 3/2011. En concreto se impugnaba el artículo 6 relativo a la posibilidad de que los licitadores en los procedimientos negociados y simplificados en los que no se constituya mesa de contratación, puedan sustituir inicialmente la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia por una declaración responsable de que cumplen los requisitos exigidos, comprometiéndose a acreditarlos en caso que fuera a ser propuesto como adjudicatario en el plazo de 5 días hábiles. El recurso argumenta que el precepto contradice lo dispuesto en los artículos 146.1 y 151.2, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ya que la legislación básica estatal en ningún caso permite justificar el cumplimiento de los requisitos de capacidad, representación y clasificación mediante simple declaración responsable, aplazando al momento previo a la contratación su efectiva acreditación y porque el plazo de 10 días hábiles establecido en el artículo 152.2, puede ser ampliado por las CCAA pero no reducido.



Esta tramitación simplificada ha permitido al gestor una mejor elección de procedimiento, de tal manera que ya no se utiliza a modo de “concurso simplificado” el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, lo que resulta un avance desde la perspectiva del principio de integridad<sup>18</sup>.

Asimismo, se decide la utilización de la declaración responsable como medida de simplificación, de tal manera que se incluye la previsión de sustituir la documentación por declaración responsable para poder licitar –que no para contratar- encuentra su fundamento en la técnica de la Declaración responsable que ahora, por impacto de la Directiva “Servicios” se recoge en la Ley 30/1992. Con la actual legislación de procedimiento –general y especial- nada impide que los poderes adjudicadores, a fin de cerciorarse de la aptitud del adjudicatario del contrato, puedan invitar a los candidatos o licitadores, respecto de la totalidad o parte de las pruebas documentales consideradas, a que declaren por su honor que reúnen todos y cada uno de los requisitos a los que se supedita dicha aptitud; únicamente el licitador que haya presentado la mejor oferta deberá entonces presentar todos los certificados originales pertinentes dentro de un plazo establecido<sup>19</sup>. Previsión que no es una novedad ya que la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos se decanta por esta solución al permitir, ex artículo 54, que se pueda sustituir la documentación relativa a solvencia y capacidad por una declaración responsable, si así lo hubiera previsto el pliego. De igual manera el Reglamento comunitario 2342/2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, prevé generalizar el mecanismo de la declaración responsable para acreditar la situación personal del licitador en el marco de los criterios de selección cualitativa. El principio de eficiencia procedimental aconseja, por lo demás, esta interpretación con la que no se elude el cumplimiento de los requisitos sino que se difiere a un momento

18. Una valoración positiva de este “procedimiento simplificado”, como mecanismo para eludir la utilización indebida del procedimiento negociado puede verse en el trabajo de F. BLANCO LOPEZ, “El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm.111, 2011, págs. 34-41. No es cuestión de insistir en el indebido uso del procedimiento negociado sin publicidad y como el mismo es generador de opacidad y conductas corruptas. Me remito a mi trabajo ya citado “*Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos*”, en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2013 (Dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27-80.

19. EL DOUE de 22 de diciembre de 2011, publica el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Revisión de la “Small Business Act” (SBA) para Europa» COM(2011) 78 final (2011/C376/09). El Comité afirma en dicho dictamen, en materia de contratación pública:

“3.3 Acceso a los mercados.

3.3.1 La SBA reconoce la necesidad de facilitar el acceso de las PYME a la contratación pública. Para fomentar su participación en la contratación pública, no sólo se deben simplificar los procedimientos, sino también crear políticas favorables a las PYME en los Estados miembros, algo que por el momento sólo ocurre en algunos de ellos.

3.3.2 El CESE considera urgente aplicar plenamente el «Código Europeo de Buenas Prácticas» (3) en la contratación pública; exhorta a la Comisión y a los Estados miembros a adoptar políticas favorables para facilitar un acceso más eficaz de las PYME y las microempresas a los contratos públicos.” Sobre la cuestión de las PYMES y la contratación pública puede consultarse: J.M. GIMENO FELIU, “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMEs como estrategia de reactivación económica”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84, y el estudio de G. BARRIO GARCIA, “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública”, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 133-160.

posterior, pero sólo de quien vaya a ser adjudicatario. En definitiva, este “nuevo” procedimiento no es sino una simplificación del procedimiento abierto, cuyos elementos estructurales se respetan. Simplificación y reducción de trámites que se justifica en la propia filosofía animada por la propia Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible y al Comisión Europea (Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, recientemente publicado por los Servicios de la Comisión Europea) y que es de especial interés para favorecer el acceso de las PYMES al mercado de los contratos públicos.

En un contexto de simplificación parece lógico posponer aun trámite posterior más sencillo la comprobación documental, lo que se traduce en un ahorro de costes no solo para la administración sino para los potenciales licitadores, facilitando el que puedan presentar ofertas y funciones adecuadamente el principio de economías de escalas (adviértase que las PYMES no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos). Esta técnica de simplificación ya ha sido introducida parcialmente por la Ley 13/2013, de Emprendedores), y se contempla ahora con carácter general en la Directiva 2014/24 (artículo 59), y supondrá su extensión a todos los procedimientos abiertos.

**4. Las formalidades no pueden ser interpretadas hasta un rigor máximo. Por ello, se establece asimismo la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas** presentadas para corregir errores manifiestos de redacción de las mismas, incorporando de esta manera la doctrina sentada por Tribunal General de la Unión Europea (STJUE de 10 de diciembre de 2009, Antwerpse Bouwwerken NV, Asunto T-195/08). El límite de estas aclaraciones se encuentra en la posibilidad de que por esta vía se introduzcan modificaciones en las ofertas (es decir, no se puede cambiar la oferta ni “reofertar”). Y es que se considera contrario al principio de buena administración rechazar una oferta ambigua o que presente errores manifiestos sin solicitar antes aclaraciones al licitador, ello siempre que se respete el principio de igualdad de trato y no se modifiquen los términos de la oferta. Igualmente, se regula el mecanismo de resolución de empates.

**5. La nueva regulación del recurso especial en contratación<sup>20</sup> efectuada por la Ley 34/2010, justifica la principal novedad de la Ley que es, sin duda, y**

20. Sobre el mismo, puede consultarse en la doctrina reciente J.A. RAZQUIN, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General Derecho Administrativo* núm. 25, 2010; J. A. MORENO MOLINA, “La Ley 34/2010 y la adaptación en España del Derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 25, 2010 e I. GALLEGO CORCOLES, en la Addenda al libro col. *Contratación del Sector Público Local*, La Ley, 2ª ed. 2010, pp. XIX a LXX, S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, y de la misma autora “El recurso especial en materia de contratación pública”, *Anuario de Derecho Municipal* núm. 5, 2011, págs. 127-162; PULIDO QUECEDO, M., *El nuevo Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 65 a 130; PALOMAR OLMEDO, A., *El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública*, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 105, 2011, pp. 41-65. También J.M. Gimeno Feliú “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, págs 211-258. Sobre la “cuestión de nulidad”, resulta de gran interés el estudio de I. GALLEGO CÓRCOLES “Contratos públicos y régimen cualificado de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, págs 259-320. A modo de síntesis me remito a mi estudio “Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?”, en libro colectivo coord. Por Rafael Fernández Acevedo y Patricia Calcarcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014; pp. 25-138.



siguiendo la estela de otras Comunidades Autónomas, **la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón**, cuya doctrina será de obligado cumplimiento para toda licitación pública (independientemente de que se trate o no de un contrato de importe armonizado, al disponerlo así de forma expresa el artículo 3.1 Ley 3/2011)<sup>21</sup>. Doctrina que se publica en la sede electrónica del TACPA ([http://www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/AreasTematicas/Tribunal\\_Administrativo\\_Contratos\\_Publicos](http://www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/AreasTematicas/Tribunal_Administrativo_Contratos_Publicos)), le corresponderá conocer y resolver los recursos especiales y cuestiones de nulidad en materia de contratación que se interpongan en el ámbito de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley de Aragón 3/2011: la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y los Organismos Públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma, la Universidad de Zaragoza, las Entidades Locales y sus entes dependientes, así como quienes celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada. Igualmente, resolverá las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interpongan en los procedimientos de adjudicación para la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales tramitados por todas las entidades públicas descritas en la Ley estatal 31/2007, incluyendo las entidades privadas que gozan de derechos especiales conforme al artículo 3.1 de dicha norma (desde este día 11 de marzo de 2011 quedaba sin efecto el régimen transitorio previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley estatal 34/2010, de 5 de agosto).

El objeto del nuevo recurso tiene una doble vertiente. Así, si bien inicialmente se optó por mantener su restricción a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 200.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, tras la Ley 2/2012, en aras a un mayor control y garantizar el derecho a una buena administración, los importes se han reducido a un millón de euros en obras y cien mil euros en suministros y servicios. Además, este recurso alcanza, lógicamente, a cualquier decisión en sentido amplio, sin limitarse en exclusiva a los actos adjudicatarios (lo que supone incluir modificados o encargos ilegales)<sup>22</sup>.

A este Tribunal Administrativo independiente se le otorgan amplias facultades<sup>23</sup>:

21. A este Tribunal –constituido el día 11 de marzo de 2011 y con sede en la Plaza de los Sitios nº 7 de Zaragoza, 4ª planta- se le puede solicitar información en la dirección de correo electrónico [tribunalcontratosaragon@aragon.es](mailto:tribunalcontratosaragon@aragon.es)

22. Opinión contraria a esta independencia, por su actual composición “transitoria” es defendida por . A SERRANO PASCUAL, “ La Ley 3/2011...”, ob. Cit., p. 1540.

23. Sobre estos nuevos tribunales puede citarse el número de Documentación Administrativa núm. 288, 2010, monográfico sobre *Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos*, dirigido por. M. Bassols.

**a)** Puede pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones<sup>24</sup>. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 47.2 TRLCSP).

**b)** Cuando concurren los requisitos y se solicite por los interesados, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (art. 47.3 TRLCSP). Para fijar esta indemnización se atenderá en lo posible a los criterios propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración (remisión al art. 141.2 y 3 LAP), debiendo cubrir como mínimo los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación (art. 48 TRLCSP)<sup>25</sup>.

**c)** Podrá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si continuase suspendido y de las restantes medidas cautelares acordadas, así como, si procediera, la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas (art. 47.4 TRLCSP).

**d)** Se le reconoce la potestad de imponer sanciones si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares: entre 1.000 y 15.000 euros, que se fijará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores (art. 47.5 TRLCSP)<sup>26</sup>.

24. En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable. Por lo demás, este mismo criterio es igualmente defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales en el que se advierte que cuando se tratan cuestiones que se evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos (Resolución 176/2011, de 29 de junio) y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo 13/2011, de 14 de julio). En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente.

25. PIÑAR MAÑAS, "El sistema de garantías...", cit., p. 784; y BAÑO LEÓN, "El contencioso -precontractual", cit., p. 358.

26. Por Acuerdo 11/2011, de 7 de julio 2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se ha impuesto aun licitador multa de 1000€: "...de forma indebida, ha ocultado ese dato en la justificación del recurso, acompañando como única documentación un segundo fax, conociendo de la existencia del primero, pretendiendo así ocultar su clara falta de diligencia en la organización empresarial. Esta pretensión, amén del reproche que desde una ética empresarial merece, implica una clara deslealtad y abuso del principio de buena fe, exigible a todas las partes en un procedimiento de licitación, por lo que este Tribunal aprecia una evidente mala fe en la interposición del recurso, acordando por ello, en atención a lo dispuesto en el artículo 317.5 LCSP, la imposición de una multa a la recurrente de 1.000 euros, por cuanto se entiende que hay una clara intención de confundir al Tribunal con los datos aportados, produciendo retrasos en la tramitación del contrato con los correspondientes perjuicios a la entidad licitadora".

La novedad es ciertamente relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica<sup>27</sup>. No en vano, como se ha venido recordando, un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto<sup>28</sup>. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos<sup>29</sup>. Es éste un tema crucial, pues del mismo depende la esencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por ello, la exigencia de comunicación previa, se ha entendido un trámite formal y “relajado” su aplicación. Así lo expresaban ya desde el inicio de su funcionamiento las Guías del recurso especial aprobadas por el Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón<sup>30</sup>.

Aunque este sistema pueda resultar cuestionable desde la perspectiva del derecho comparado, donde mayoritariamente se ha optado por un modelo jurisdiccional. En el Derecho comparado europeo tenemos los ejemplos del “référé précontractuel” francés (Ley de 4 de enero de 1992, modificada por la Ley de 30 de junio de 2004), inspirador de las directivas comunitarias sobre recursos 42 o del contencioso precontractual portugués regulado en el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002, artículos 100 a 103, que conforman la sección II del capítulo I, “De las impugnaciones urgentes”, del Título IV, “De los procesos urgentes”)<sup>31</sup>. Esta opción, desde la lógica del sistema quizá parece la

27. La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, REDA núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, El Consultor de los Ayuntamientos, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, al exigir que en nombramiento del presidente sea equivalente al de juez. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiendo ajustada ala Directiva 2007/66 esta regulación M.A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, apartado 29– admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”.

28. Me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 297-313.

29. Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo *La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública*, REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535, y mi trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, PP. 37-105.

30. «...La falta de anuncio previo al órgano de contratación, se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del propio órgano de contratación que, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, implicará la comunicación previa exigida...» (Acuerdos Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 1/2011, 5/2011,6/2011, 9/2011,10/2011, 11/2011, 15/2011, 16/2011, 18/2011, 30/2011; Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 40/2011, 63/2011, 69/2011, 80/2011 81/2011; Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 232/2011).

31. Véase sobre este recurso, que se destaca junto a los de Francia y Alemania y en contraste con la ausencia de una regulación similar en España, NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/

más coherente -como bien destaca el profesor BAÑO LEON<sup>32</sup>- aunque desde la realidad práctica quizá no resulta tal desacertada la opción del tribunal administrativo, a la vista de tiempos que actualmente marcan los Tribunales contenciosos en la resolución de los recursos<sup>33</sup>.

El cumplimiento estricto de los plazos, la publicidad de los acuerdos y resoluciones -y su fundamentación- han dotado de credibilidad el sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia (acreditada por la denominada tasa de éxito, equivalente a la de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>34</sup>) que se pretendía con este nuevo recurso. El TACPA, como eje del sistema de recurso, debe contemplarse como una eficaz y rentable inversión, pues esta permitiendo una mejor gestión en la administración, corrigiendo prácticas viciadas, lo que se traduce en importantes ahorros económicos.<sup>35</sup>

**6. Se incorporan medidas de transparencia muy destacadas.** Con el fin de evitar la fragmentación de la publicidad y de corregir la “desinformación” de los licitadores, en los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública la Disposición Adicional Sexta de esta Ley obliga a publicar en el perfil de contratante de Aragón tanto las Instrucciones de las que ex artículo 191 TRLCSP se hayan dotado como de las distintas licitaciones que decidan cursar (regla que para el Estado se introduce en el artículo 334 TRLCSP). Obviamente esta regla exige su interpretación finalista y no meramente formal o literal para el caso de la Administración local. En primer lugar, porque el diseño del procedimiento simplificado para los órganos de la Comunidad Autónoma descansa, como se ha visto, sobre esta regla, y, por ello, su extensión a la Administración local exige la aplicación de esa misma exigencia. Por lo demás, esta publicidad en el perfil sustituye al BOA en tanto existe “equivalencia de efectos” por lo que, lógicamente, no es suficiente la publicidad en el perfil de la entidad local sin más y debe completarse con la publicidad en el perfil de contratante de la Comunidad de Aragón, que pasará a funcionar como una verdadera plataforma de contratación (en el modelo catalán o gallego). Otra interpretación supondría una clara quiebra del principio de publicidad y concurrencia por lo que no resultaría admisible - SsTJUE de 6 de abril de 2006, ANAV, apartado 21 y de 15 de octubre

CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en J.M. GIMENO FELIÚ (Ed): El Derecho de los contratos públicos, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, pág. 329.

32 J. M. BAÑO LEON, “Jurisdicción y recursos”, *Diccionario Contratación Pública* (Dir. J. BERMEJO), Iustel, Madrid, 2008, p. 390

33. Basta con analizar los datos elaborados por el CGPJ. *La Justicia dato a dato. Año 2008*, Madrid, 2009. Sobre de la dimensión sociológica de la jurisdicción contencioso administrativa, con un pormenorizado análisis de la congestión de los Tribunales y su lentitud en la resolución de asuntos, resulta de gran interés consultar las ediciones anuales elaboradas por MARTÍN REBOLLO, L. de las *Leyes administrativas*, Aranzadi, Pamplona (16 ed., 2010), “Estudio preliminar. Introducción a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

34. Vid. M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA 160, 2013, pp. 189-216.

35. Me remito a mi trabajo “Los Tribunales Administrativos Especiales de contratación pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?”, en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, PP.25-138.



de 2008, Acoset SpA- y en resultado de dicha licitación estaría viciado de nulidad de pleno derecho<sup>36</sup>. En el fondo, la Ley exige interpretar este requisito a modo de una “ventanilla única”, un único punto donde el eventual licitador pueda tanto recibir información como realizar todos los trámites necesarios para el ejercicio de su actividad. Obviamente, esta obligación deberá acompañarse de soluciones técnicas como la implementación de un motor de búsqueda multifuncional y la posibilidad de que las empresas creen su perfil, a fin de recibir avisos sobre oportunidades de negocio<sup>37</sup>.

Asimismo, evitar la alteración de las reglas de la licitación y los llamados “sobre costes” es una de las preocupaciones que se pretende resolver con la Ley 3/2012 adiciona un nuevo artículo 12 bis a la Ley 3/2011, con el título «Publicidad de lo modificado», que exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de un contrato, se publiquen en todo caso en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, con indicación de las circunstancias justificativas, el alcance e importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de la potestad de modificación<sup>38</sup>. Asimismo, dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales. Se acoge por tanto sin reservas, la jurisprudencia comunitaria que entiende que una modificación ilegal equivale a una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, As. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*, apdo 34), y que esa «nueva adjudicación» puede ser objeto de recurso pues la Directiva 89/665/CEE se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y no establece ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas decisiones (entre otras, STJUE de 19 de junio de 2003 C-315/01, *GAT*) y en ese sentido se pretende garantizar que las modificaciones contractuales tendrán la publicidad suficiente como para que puedan ser impugnadas en caso de que se extralimiten<sup>39</sup>.

36. Especial interés tiene la STJUE de 19 de septiembre de 2013, de condena al Reino de España, que recuerda el carácter estructurante del principio de transparencia y que este debe generar concurrencia, por lo que es necesario que los potenciales licitadores puedan conocer la existencia de las licitaciones y puedan comprender las reglas de la adjudicación.

37. El Estado, para intentar corregir su error de fragmentación del modelo de publicidad –debilidad detectada en el Informe CORA- ha modificado el sistema de transparencia de la contratación pública mediante la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, donde aparece una disposición adicional que obliga a publicar todas las licitaciones y sus adjudicaciones en la Plataforma de Contratos del Sector Público. Y ello, sobre el fundamento de la unidad de mercado, con apoyo en el artículo 139 CE, del que deriva esta obligación de “uniformidad jurídica de los sistemas de publicidad”. De ese modo, cualquier operador jurídico, con independencia de su procedencia, podrá conocer cuál es el objeto de la licitación y decidir si resulta de su interés o no. Me remito a mi opinión “La obligación de publicidad de todas las adjudicaciones en la plataforma de contratos del sector público. hacia una efectiva política de transparencia”, en [www.obcp.es](http://www.obcp.es), mayo 2014. Plataforma que, como ya se ha hecho a nivel de Comunidades Autónomas, ofrece ya servicios multifuncionales de publicidad.

38. Así se prevé también en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega.

39. Me remito a mi trabajo “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140, y la bibliografía allí citada.

Esta opción, que pudo parecer atrevida en su momento se va a convertir en regla general. Interesa destacar una importante medida introducida por la Directiva sobre contratación pública de 2014, que establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso)<sup>40</sup>. Posibilidad, por cierto, ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014. Asunto C-161/13. En esta Sentencia, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia), mediante resolución de 19 de diciembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de marzo de 2013, en el procedimiento entre Idrodinamica Spurgo Velox srl (y otros) y Acquedotto Pugliese SpA (empresa pública cuyo único accionista es la Regione Puglia)

En este asunto se analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario. El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el plazo para interponer un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora ha adoptado, tras el vencimiento del plazo para interponer recurso, una decisión que puede incidir en la legalidad de esa decisión de adjudicación. También pregunta si, en el mismo supuesto, un licitador puede interponer un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato cuando ha tenido conocimiento de circunstancias anteriores a la misma decisión de adjudicación que pueden incidir en la legalidad del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trata.

En TJUE argumenta lo siguiente:

“39 A este respecto, debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un

---

40. Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe– y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, civitas 2011, pp. 203-210.



nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia Wall, C-91/08, EU:

40 Además, procede señalar que una posibilidad, como la prevista en el artículo 43 del Decreto Legislativo nº 104/2010, de plantear «nuevos motivos» en el marco de un recurso inicial interpuesto dentro de los plazos contra la decisión de adjudicación del contrato, no constituye siempre una alternativa válida de protección jurisdiccional efectiva. En efecto, en una situación como la del asunto principal, los licitadores estarían obligados a impugnar in abstracto la decisión de adjudicación del contrato, sin conocer en dicha fase, los motivos que justifican dicho recurso.

41 En consecuencia, el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma”.

Por ello, el TJUE concluye que:

“el plazo para la interposición de un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora adopta una nueva decisión, con posterioridad a esa decisión de adjudicación pero antes de la firma del contrato, que pueda afectar a la legalidad de dicha decisión de adjudicación. Ese plazo empieza a correr a partir de la comunicación a los licitadores de la decisión posterior o, en su defecto, a partir del momento en que éstos tienen conocimiento de la misma.

Cuando un licitador llega a conocer, tras el vencimiento del plazo establecido por la normativa nacional para interponer recurso, una irregularidad supuestamente cometida antes de la decisión de adjudicación de un contrato, sólo puede recurrir contra dicha decisión dentro ese plazo, salvo disposición expresa del Derecho nacional que garantice tal derecho con arreglo a la normativa de la Unión.”

La finalidad de esta exigencia -anticipada en Aragón y posteriormente en Navarra y recogida en el nuevo anteproyecto estatal de Ley de contratos del sector público- es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales<sup>41</sup>, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto

41. Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en [www.obcp.es](http://www.obcp.es), 8 de octubre de 2012.

nuevo de adjudicación ilegal<sup>42</sup>. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados<sup>43</sup>.

Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración<sup>44</sup>. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial<sup>45</sup>. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad<sup>46</sup>. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterio funcionales relacionados con la causa del contrato.

42. El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que «II. *Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos*».

43. La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juega la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: «*Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi»*». Este criterio es defendido por J.M. BAÑO LEON, «*Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos*», *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 148-151.

44. *Vid.* las oportunas reflexiones al respecto de I. GALLEGO CÓRCOLES «*Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación*», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, nº 113 (2011), p. También. M.A BERNAL BLAY, «*Reflexiones sobre el régimen de ejecución...*», *ob. Cit.*, pp. 203-208.

45. Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101.. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

46. Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

6. Para finalizar, conviene **citar las otras medidas adoptadas por la Ley 3/2011**. Merece la pena destacar la regulación en la Ley de la composición y funcionamiento de las mesas de contratación –precepto de exclusiva aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón–, cuya actividad (calificación, admisión y exclusión de las ofertas) tendrá publicidad en el perfil de contratante<sup>47</sup>.

En el Capítulo dedicado a la simplificación y la eficiencia en materia de contratación electrónica, la Ley incluye una prescripción sobre el momento a partir del cual se entenderá rechazada una notificación (y no sólo cuando se trate de la adjudicación del contrato, como sucede con la previsión del art. 151. 4 TRLCSP), cuando se realiza por medios electrónicos: «cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran cinco días naturales sin que se acceda a su contenido, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso». Con ello se desplaza, en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el plazo de espera de 10 días que se señala con carácter general en el art. 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. El nuevo artículo 12 ter relativo a «Ampliación del plazo para requerir documentación justificativa», introducido por la Ley 3/2012 pretende solucionar los problemas prácticos que se presentan en relación con el plazo de 10 días hábiles que regula el artículo 151.2 TRLCSP, el cual resulta insuficiente cuando la propuesta de adjudicación del contrato recae en una UTE o si se trata de un contrato en el que la documentación a aportar, fundamentalmente la relativa a la justificación de disponer de los medios que se ha comprometido a adscribir al contrato, es muy compleja. En el primer caso la Ley amplía directamente dicho plazo a 20 días hábiles, en el segundo se permite que el órgano de contratación pueda, de forma motivada y en el momento de aprobación del expediente, ampliar el plazo con carácter general para todos los licitadores. Es una posibilidad para la que el propio artículo 151.2 TRLCSP faculta a las Comunidades Autónomas.

Por último la Ley 3/2012 introduce dos nuevas novedades. El nuevo artículo 22 dedicado al «Arbitraje» que permite a las Administraciones Públicas recurrir al arbitraje -ex artículo 50 TRLCSP que no prohíbe esta posibilidad-, y la Disposición adicional novena, que se refiere a la eficiencia en la contratación pública, recoge en su apartado primero la redacción del artículo 37.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que ahora se ha integrado en el artículo 22.2 TRLCSP. Asimismo, en el apartado segundo establece el mandato al Gobierno de Aragón de promover la celebración de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en aquellas áreas de actividad en las que se justifique que se obtiene mayor valor por precio, de coste global, de eficiencia o de imputación de riesgos y en particular, en la contratación de servicios de instalación y

47. Interesa aquí la doctrina del TACPA en su Acuerdo 43/2013, relativo a la composición de las mesas (y la presencia política y no técnica de la misma): “La Mesa de contratación es un órgano colegiado de carácter técnico, establecido legalmente al objeto de auxiliar al órgano de contratación en la adjudicación del contrato. Debido a su carácter técnico, sus funciones legal y reglamentariamente se circunscriben a llevar a cabo las actuaciones precisas para ayudar a que el órgano de contratación forme su voluntad en cuanto a la adjudicación del contrato, entre ellas la valoración de las propuestas (artículo 21.1 e RPLCSP).”

mantenimiento de energía, e implantación y explotación de sistemas informáticos entre otros.

En definitiva, esta norma legal –con su reforma de 2012- supone un importante avance al tener por objetivo facilitar y simplificar la gestión desde una perspectiva de utilización de los recursos públicos más eficiente y objetiva<sup>48</sup>. Y puede desempeñar un rol importante en la Administración local cuya asimetría organizativa conlleva en ocasiones dificultades prácticas en cualquier licitación pública.

El reciente paquete legislativo comunitario acaba de confirmar el acierto de estas medidas legislativas que han permitido anticipar soluciones jurídicas que deben “reconducir” el modelo burocrático en la contratación pública hacia un modelo estratégico.

---

48. Una valoración positiva de este “procedimiento abierto con tramitación simplificada”, como mecanismo para eludir la utilización indebida del procedimiento negociado puede verse en el trabajo de F. BLANCO LOPEZ, “El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm.111, 2011, págs. 34-41.

**CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: LEY 3/2011**  
**INCIDENCIA PRÁCTICA DE ALGUNAS PREVISIONES DE LA LEY 3/2011,**  
**DE MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATOS**  
**DEL SECTOR PÚBLICO DE ARAGÓN**

D.<sup>a</sup> ANA ISABEL BELTRÁN GÓMEZ

Secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón  
Secretaria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

## **I. INTRODUCCIÓN**

El profesor Gimeno Feliu ha desgranado en su intervención el contenido de Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, publicada en el BOA nº 50, de 10 de marzo (modificada por las Leyes 3/2012, de 8 de marzo, y 10/2012, de 27 de diciembre, ambas de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), incidiendo especialmente en las novedades de simplificación administrativa de la contratación pública y en la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Se ha señalado que son cuatro los grandes objetivos de la Ley; a saber, establecer medidas de racionalización y simplificación de la contratación, el fomento de los objetivos sociales, la transparencia y la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Este último objetivo requiere un análisis específico, que abordaré al final de mi intervención. En el resto, analizaré la incidencia práctica de la medida que, en cada uno de ellos, considero más relevante.

La Ley 3/2011 es una Ley sencilla, con un contenido inicial de veintiún artículos (veinticuatro en la actualidad, tras la introducción de los artículos 12 bis, 12 ter y 22 por Ley 3/2012); ocho disposiciones adicionales (actualmente nueve, por la incorporación de una novena, por Ley 3/2012); cinco disposiciones transitorias, una derogatoria única y cuatro disposiciones finales. Pero es a la vez una

Ley útil y eficaz, como considero queda acreditado con sus resultados, cuando ya han transcurrido más de tres años desde su entrada en vigor.

## II. TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO

El actual artículo 10 de la Ley 3/2011, en redacción introducida por Ley 3/2012, contiene el régimen y especialidades de una modalidad de tramitación del procedimiento abierto, el denominado «trámite simplificado». Con la actual denominación se dispararon las dudas iniciales que se plantearon por considerar que se excedió el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma al regular el que la Ley denominaba inicialmente «procedimiento simplificado».<sup>1</sup>

Como ha señalado el profesor Gimeno en su intervención, esta tramitación simplificada se habilita para la adjudicación de contratos de suministro y de servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros y de obras inferior a 2.000.000 euros. En su tramitación se sustituyen los Pliegos (de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas) por un documento de condiciones particulares (jurídicas, económicas y técnicas) del contrato. No se exige garantía provisional para participar en la licitación, y la constitución de Mesa de contratación es potestativa (en cuyo caso actuará la denominada «unidad técnica»).

La publicidad en la tramitación simplificada se realizará en el Perfil de contratante de la Comunidad Autónoma de Aragón, dado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.4 TRLCSP, dicha publicación surte los mismos efectos que la publicidad en los Boletines Oficiales. En su tramitación se observan los breves plazos que señala el artículo y que respetan los previstos en la legislación básica para la tramitación urgente: plazo de presentación de proposiciones no inferior a diez días naturales ni superior a veinte desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil; cinco días hábiles para que el licitador propuesto como adjudicatario presente la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, al existir como regla general la declaración responsable

1. Como señala María Asunción SANMARTÍN MORA en su comentario «Novedades en materia de contratación pública en la Comunidad Autónoma de Aragón», publicado el 19 de marzo de 2012 en el *Observatorio de Contratación Pública*, accesible desde [www.obcp.es](http://www.obcp.es). «En relación con esta última cuestión, hay que recordar que con fecha 9 de diciembre de 2011, se interpuso por el Gobierno de la Nación, recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 6 y 10 de la Ley 3/2011. (...) Respecto del artículo 10, el recurso entiende que los procedimientos de licitación previstos en la Directiva y en el artículo 138 TRLCSP son los únicos que pueden existir en nuestro ordenamiento jurídico, la Comunidad Autónoma puede, en ejercicio de su facultad de desarrollo, simplificar trámites en aquellas regulaciones de cada procedimiento básico que se puedan considerar «complementarias o de detalle», pero no puede introducir procedimientos que nominal y procedimentalmente se aparten de aquellos. Además cuestiona en particular algunas especialidades procedimentales, contenidas en los apartados 2.c, 2.d y 2.f del artículo 10, relativos a la publicidad de la licitación únicamente en el perfil de contratante, los plazos de presentación de ofertas y el plazo para que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa aporte la documentación acreditativa de su capacitación y solvencia en el caso de que inicialmente hubiera optado por presentar una declaración responsable.

La Ley 3/2012, opta por modificar el artículo 10 de la Ley 3/2011, acogiendo el criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, entre otros en su informe 15/2011, de 8 de junio, relativo al «Ámbito de aplicación y regulación del procedimiento simplificado creado por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón», de que este «nuevo» procedimiento, no es tal, sino una simplificación del procedimiento abierto, cuyos elementos estructurales, publicidad, ausencia de negociación y adjudicación de acuerdo con criterios previamente fijados y ponderados, se respetan y cuyas características fundamentales son la simplificación, agilización y reducción de trámites. Por ello el artículo 33.2 de la Ley de medidas fiscales y administrativas, modifica el artículo 10 sustituyendo la expresión “procedimiento simplificado” por “tramitación simplificada del procedimiento abierto”, e introduce en los apartados 2.c, 2.d y 2.f unas precisiones que inciden en la necesidad de respetar en todo caso la legislación básica.



(plazo que se complementa con el específico de diez días que establece el artículo 151 TRLCSP); y adjudicación del contrato en los diez días hábiles siguientes a la recepción de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, notificándose la adjudicación de forma simultánea a su publicación en el Perfil de contratante.

En definitiva, y como ya advirtió la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 15/2011, de 8 de junio, esta tramitación simplificada no es mas que un procedimiento abierto descargado de algunos trámites procedimentales, por lo que, a juicio del órgano consultivo, no cabría utilizar esta tramitación simplificada en contratos de compleja valoración como, por ejemplo, los que exigen la intervención de un Comité de Expertos u Organismo Técnico Especializado.

Pues bien, un análisis cuantitativo del uso de esta tramitación simplificada por parte de los Departamentos del Gobierno de Aragón, mediante la localización de las convocatorias de estas licitaciones en su Perfil de contratante, arroja un cuadro con los siguientes datos:

EJERCICIO	PROCEDIMIENTOS	SIMPLIFICADA	PORCENTAJE
2012	2040	1	<b>0,049 %</b>
2013	2390	105	<b>4,3 %</b>
2014 (hasta octubre)	1800	144	<b>8 %</b>

En los dos años de vigencia efectiva de la previsión legal, (en 2012, la adaptación de la previsión por Ley 3/2012 y la necesidad de disponer de nuevos pliegos tipos de la Administración Autonómica, determinó el casi inexistente uso de la tramitación) se aprecia un incremento de casi el 50% en su utilización, atendiendo al total de procedimientos de contratación licitados en cada uno de los ejercicios 2013 y 2014. Se confirma, además, que esta tramitación simplificada ha permitido al gestor una mejor elección de procedimiento, de tal manera que ya no se utiliza el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía como un «concurso simplificado», lo que resulta un avance desde la perspectiva del principio de integridad y, sin duda, una simplificación en la gestión.

Pero si hay una Administración que está usando en Aragón esta tramitación como «habitual» esa es la Administración local. Y ello porque a las ventajas de simplificación y descarga de trámites procedimentales ya apuntados, se une que el nombramiento y constitución de la denominada «unidad técnica» (integrada por dos miembros de su personal que desempeñen actividades relacionadas con la materia objeto del contrato, o que hayan participado directamente en la tramitación del procedimiento), es mucho mas sencillo que el de una Mesa de contratación, máxime en las entidades locales de menor tamaño.

En este sentido hay que tener en cuenta que en estos casos la utilización de la tramitación simplificada exige que la publicidad se realice, en todo caso, en el Perfil de contratante de la Comunidad Autónoma de Aragón, y no únicamente en el de la entidad local o en el de la Diputación Provincial, pues de lo contrario no se cumpliría la previsión del artículo 53.4 TRLCSP —equivalencia del ámbito de la publicidad— y podría conducir a una fragmentación de la publicidad que restringiera indebidamente la concurrencia, lo que contravendría los principios de la Ley 3/2011<sup>2</sup>.

### III. RESERVAS SOCIALES DE CONTRATOS.

Una de las novedades principales de la Ley 3/2011 es la contenida en su artículo 7 (precepto que no es de aplicación obligatoria a las entidades locales). La obligación —no ya la posibilidad— para la Administración Pública Autonómica y Organismos Públicos dependientes de reservar, bien la participación en sus procesos de adjudicación, o bien determinados aspectos de la ejecución del contrato, a Centros Especiales de Empleo y a Empresas de Inserción, en los siguientes términos:

«Artículo 7. Reservas sociales de contratos.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Organismos Públicos deberán reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, suministros y gestión de servicios públicos a Centros Especiales de Empleo, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, y a Empresas de Inserción, así como reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, en los términos establecidos en este artículo. En el caso de reservas de ejecución en el marco de programas de empleo protegido, dichas reservas se podrán efectuar igualmente en contratos de obras.

En todo caso será necesario que las prestaciones se adecuen a las peculiaridades de tales entidades.

Los órganos de contratación podrán, en el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada, contratar al margen de la misma si optan por reservar el contrato, siempre que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del correspondiente procedimiento de contratación centralizada hayan previsto esta excepción.

2. La reserva podrá afectar al objeto íntegro del contrato o solo a uno o varios de los lotes del mismo.

2. A estos efectos, la Orden de 11 de junio de 2008 del Departamento de Presidencia, que establece el sistema informático «Perfil de Contratante del Portal del Gobierno de Aragón», incluye la previsión de que otras Administraciones o instituciones de la Comunidad Autónoma de Aragón puedan incorporar su información a dicho perfil. Es de destacar que, desde 2012 y coincidiendo con la entrada en vigor de la previsión, 57 entidades locales han suscrito con la Comunidad Autónoma de Aragón el Convenio de Colaboración para la utilización del sistema informático “Perfil de Contratante del Portal del Gobierno de Aragón”, lo que da buena prueba del interés en el uso de la tramitación simplificada por las entidades locales.

3. Las entidades a las que se refiere el apartado 1 que quieran ser contratadas en cumplimiento de las medidas reguladas por este artículo deberán inscribirse previamente en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

4. La reserva a Centros Especiales de Empleo o para la ejecución en el marco de programas de empleo protegido podrá aplicarse a contratos de cualquier cuantía. En el caso de las Empresas de Inserción la reserva únicamente se efectuará sobre contratos no sujetos a regulación armonizada, exceptuando los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de cuantía superior a 193.000 € o a la que resulte de aplicación por la normativa comunitaria.

5. Anualmente, la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fijará los porcentajes mínimo y máximo del importe de estas reservas sociales a aplicar sobre el importe total anual de su contratación de suministros y servicios precisos para su funcionamiento ordinario realizada en el último ejercicio cerrado. Estos porcentajes podrán fijarse de manera diferenciada en función de los órganos de contratación o sectores materiales afectados. A los efectos de elaborar el anteproyecto de Ley de Presupuestos, el Departamento competente en materia de inserción laboral de los colectivos beneficiarios de la reserva, previa consulta con las asociaciones empresariales representativas de dichos sectores, presentará al Departamento competente en materia de Economía la cifra de negocios correspondiente al año anterior de los distintos sectores empresariales beneficiarios de la reserva.

6. La concreción de los ámbitos, Departamentos, Organismos o contratos sobre los que se materializarán estas reservas se realizará mediante Acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta del Departamento de Presidencia y del Departamento competente en materia de Economía.

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

8. Cuando, tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. No obstante, el importe de dicho contrato computará a efectos de integrar los porcentajes mínimo y máximo citados en el apartado 5».

Desde 2012, el Gobierno de Aragón ha reservado a Centros Especiales de Empleo (CEE) y Empresas de Inserción (EI) los contratos e importes que se reflejan a continuación:

**Año 2012:**

CEE (24 contratos)	2.318.941,20 €
EI (4 contratos)	171.539,89 €
TOTAL	2.490.481,09 €

**Año 2013:**

CEE (33 contratos)	1.978.122,39 €
EI (3 contratos)	303.354,89 €
TOTAL	2.281.477,28 €

**Año 2014:**

CEE (38 contratos)	1.821.629,28 €
EI (6 contratos)	246.698,38 €
TOTAL	2.068.327,66 €

La mayor parte de las reservas se concentran en contratos del Departamento de Hacienda y Administración Pública, Instituto Aragonés de Servicios Sociales y Sectores Sanitarios. Destacan por su volumen económico los de transporte adaptado, mantenimiento de zonas ajardinadas, limpiezas y lavanderías, vending y mecanización y gestión de archivos.

En el ámbito de los Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción a nivel nacional, se considera que por cada 20.000 euros de un contrato público se genera y/o mantiene un puesto de trabajo. El sector considera que esta "ratio" es un poco mas baja en Aragón, de tal manera por cada 18.000 euros de contrato se genera/mantiene un puesto de trabajo. La aplicación de esta "ratio" al volumen de reservas para 2014 arroja un resultado de aproximadamente 115 puestos de trabajo que se generan o mantienen cada año en Aragón por la reserva legal.

**IV. LA PUBLICIDAD DE LOS MODIFICADOS.**

Un decidido «paso adelante» en el intento de materializar el principio de transparencia en la fase de ejecución de los contratos públicos, lo encontramos en el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, introducido por Ley 3/2012, con el título «Publicidad de los modificados», que exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de un contrato se publiquen, en todo caso, en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, con indicación de las circunstancias justificativas, el alcance e importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de la potestad de modificación. Asimismo, dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales.

Nótese que, a diferencia de las regulaciones de otras Comunidades Autónomas sobre la cuestión, la publicidad no se limita en este caso a la publicación en

el perfil y el Boletín, sino que exige la notificación del acuerdo de modificación a los restantes licitadores admitidos a la licitación, haciendo de este modo verdaderamente efectivo su derecho al control de las modificaciones.<sup>3</sup>

La previsión legal entró en vigor el 20 de marzo de 2012, y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón emitió el 23 de mayo, su Informe 12/2012, sobre las dudas planteadas en la aplicación práctica del precepto, los recursos aplicables a los acuerdos de modificación, y la incardinación de la obligación en el procedimiento mismo de la modificación.

En el caso del Gobierno de Aragón, el volumen de modificados tramitados y publicados desde la entrada en vigor de la previsión es el siguiente:

- Año 2012, 18 modificados tramitados y publicados.
- Año 2013, 22 modificados tramitados y publicados.
- Año 2014, 17 modificados tramitados y publicados.

Estas cifras pueden parecer bajas atendiendo al volumen global de contratación de la Administración autonómica extraído de su Registro de Contratos (2040 procedimientos en 2012, 2390 en 2013 y 1800 en 2014), pero hay que tener en cuenta varias circunstancias que pueden justificar este volumen, a priori «exiguo».

En primer lugar el volumen global de la contratación pública ha sufrido en nuestro país, y Aragón no es una excepción, un descenso muy significativo, que en algunos tipos contractuales, como en obras, supone descensos de hasta el 80% respecto a cifras anteriores a 2008. Es evidente que si el volumen de la contratación disminuye, lo va a hacer al menos en igual medida el volumen de modificados tramitados.

En segundo lugar, la profunda reforma operada en las modificaciones contractuales por la Ley de Economía Sostenible en 2011, que introdujo un régimen más restrictivo —por exigencias del derecho comunitario—, ha determinado, en la práctica, una disminución en el volumen de modificaciones tramitadas.

En tercer lugar, y no menos importante, el objetivo de control del gasto y eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación pública en todas las Administraciones Públicas conlleva también un notable descenso en la aprobación de modificados.

## V. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN. ALGUNOS DATOS.

La medida, sin duda, más importante de la Ley 3/2011, fue la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante TACPA), órgano administrativo especializado e independiente, cuya constitución estaba prevista en el artículo 311 LCSP. El TACPA, en el régimen transitorio previsto en la DT 3<sup>a</sup> de la Ley 3/2011, se constituye el día 11 de marzo de 2011, siendo así el

3. En este punto resulta de gran interés el comentario «El control sobre la modificación de los contratos públicos», publicado el 1 de septiembre de 2011 por Miguel Ángel BERNAL BLAY en el «Observatorio de Contratación Pública», accesible desde [www.obcp.es](http://www.obcp.es)



primer Tribunal administrativo autonómico en la materia en hacerlo, y en disponer de sede electrónica (disponible en la web aragon.es).

A partir de esa fecha, al TACPA ha conocido y resuelto los recursos especiales y cuestiones de nulidad en materia de contratación que se han interpuesto en el ámbito de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley 3/2011: la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y los Organismos Públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma, la Universidad de Zaragoza, las Entidades Locales y sus entes dependientes, así como quienes celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada. Igualmente, ha asumido la competencia para resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interpongan en los procedimientos de adjudicación para la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales tramitados por todas las entidades públicas descritas en la Ley estatal 31/2007, incluyendo las entidades privadas que gozan de derechos especiales conforme al artículo 3.1 de dicha norma.

El artículo 33.5 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, modificó el artículo 17 de la Ley 3/2011, ampliando los supuestos a los que resulta aplicable el recurso especial en materia de contratación en Aragón a todos los contratos de obras, de suministros y servicios cuyo valor estimado, calculado de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 TRLCSP, supere la cifra de 1 000 000 de euros o los 100 000 euros, respectivamente.

Posteriormente, la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, modificó el inicial diseño propuesto por la Ley 3/2011, que pretendía un Tribunal con funcionamiento de sus miembros en exclusiva, estableciendo que las funciones de los miembros del Tribunal son compatibles con sus respectivos puestos de funcionarios, sin perjuicio de mantener el régimen de incompatibilidades inicialmente previsto en la norma. Prevé asimismo la Ley, que la designación del Presidente y los vocales del Tribunal se realizará por Decreto del Gobierno de Aragón, previa información a las Cortes de Aragón.

Algunos datos relevantes de su actividad son:

El 28 de marzo y el 14 de abril de 2011 se hicieron públicas en su sede electrónica las Guías de procedimiento ante el TACPA del recurso especial y de la cuestión de nulidad, respectivamente. Posteriormente se adaptaron al TRLCSP.

En sus dos primeros años de funcionamiento (2011-2012) se plantearon y resolvieron 140 recursos especiales, en el 88% de los casos dentro de los plazos legales, en el restante 12% las demoras no han superado en ningún caso los tres días. La tasa de éxito en este periodo fue algo superior al 43%.

Durante el año 2013 volvió a incrementarse la carga de trabajo del TACPA. En ese ejercicio se presentaron 96 recursos y una cuestión de nulidad, manteniéndose los indicadores de plazo de resolución y tasa de estimación.



En 2014, el número de reclamaciones presentadas ha sido de 131. De ellos, 129 recursos especiales, una cuestión de nulidad y un incidente de nulidad. En el 70% de los casos se han respetado los plazos previstos en la Ley para resolver, incluso se han reducido. El 30% restante con demoras entre 1 y 8 días.

El volumen económico global de los contratos revisados hasta la fecha supera los 3.000 millones de euros.

La tasa de éxito media en estos cuatro años es del 43,42% (la media de todos los Tribunales administrativos del 42,12%).

Solo en catorce ocasiones los interesados han acudido al contencioso-administrativo para impugnar un Acuerdo del TACPA (5,8 % de los Acuerdos). La dos Sentencias dictadas hasta el momento han confirmado el criterio mantenido por el Tribunal administrativo.

La sede electrónica está operativa desde marzo 2011 y todos sus Acuerdos (y las Resoluciones relevantes) están disponibles en la misma.

Su doctrina es vinculante (artículo 3.1 Ley 3/2011). En ésta se ha insistido en la correcta aplicación de los principios de igualdad de trato, competencia y concurrencia, y ha permitido corregir y adaptar muchas tramitaciones con importantes ahorros económicos. La doctrina más relevante se resume y analiza cada año en las Memorias de actividad del Tribunal, disponibles en su sede electrónica, en las que pueden consultarse todos los datos de actividad.

La creación y puesta en funcionamiento del TACPA ha supuesto, a mi juicio, un notable avance en la necesidad de un control efectivo de la contratación pública en Aragón. Control que, además de garantizar el derecho a la tutela de los interesados, permite una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilita el derecho a una buena administración. El cumplimiento estricto de los plazos, la publicidad de los acuerdos y resoluciones —y su fundamentación— han dotado de credibilidad al sistema, pues se cumplen las notas de rapidez, eficacia e independencia que caracterizan al recurso especial.



## LA LEY 3/2011 Y LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO SON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

D. LUIS MURILLO JASO

Abogado

**SUMARIO:** Introducción. Los poderes adjudicadores no Administración Pública en la Ley 3/2011. Disposiciones generales y medidas en la fase de preparación del contrato. Medidas en las fases de adjudicación, formalización y ejecución. De la necesidad de un tratamiento concreto y completo a los poderes adjudicadores no Administración Pública.

### INTRODUCCIÓN

La sistemática la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), ya desde su primera redacción de 2007, partió de definir, con mayor claridad que su antecesora, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, su ámbito subjetivo.

Es una impresión particular pero a partir del esfuerzo<sup>1</sup> por deslindar el ámbito subjetivo se va acabando con el fenómeno de la “huida del derecho administrativo” por lo menos en cuanto a la contratación pública se refiere.

Este fenómeno, todavía muy extendido, se basa en una mayor “agilidad” de las formas de personificación de base privada sobre la Administración. Dicha “agilidad” se sustenta en la supresión de trámites. Lo que no se ha considerado es que los trámites se crean y se suprimen en función de si son útiles, si añaden algo, al fin público o privado perseguido. Es decir, se ha de atender al fin, de ahí la grave divergencia habida entre el concepto europeo de “poder adjudicador”, que atendía a la financiación del ente y la naturaleza de los fines perseguidos, y el concepto nacional en que según la forma que se eligiera era el régimen jurídico que se aplicaba. Todo ello aderezado con elecciones de forma jurídica que más

1. Ya había jurisprudencia del TJUE contra el Reino de España, como la STJUE de 15 de mayo de 2003 que era muy clara al respecto, pero el sector público seguía inmerso, en materia de contratación, en regirse en la contratación por el derecho derivado de la forma público o privada de constitución del ente y no tanto por su financiación y fines.

que atender al fin que se iba a desarrollar, se atendía únicamente a que el régimen jurídico no fuera administrativo.<sup>2</sup>

Desde 2007 el trabajo ha sido deslindar qué es, a efectos de contratación, Administración Pública, qué es poder adjudicador no Administración Pública y qué no es tan siquiera poder adjudicador<sup>3</sup>.

Este deslinde previo es muy importante a efectos del régimen jurídico de los contratos que se celebren. Además la normativa ha aclarado una cuestión, que muchos veíamos clara antes de 2007, que los contratos celebrados por un ente que no es Administración Pública son contratos privados, con todo lo que ello conlleva en su ejecución, falta de prerrogativa, y con enjuiciamiento ante la Jurisdicción Civil, luego volveremos sobre ello por la transcendencia que tiene en la contratación.

La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, en la medida en que su ámbito subjetivo de aplicación (art. 2) afecta a todos los poderes adjudicadores, sean o no Administración Pública centrará esta ponencia que se vertebrará en torno a las fortalezas y debilidades de la normativa en cuanto a la regulación en materia de contratación de los poderes públicos aragoneses que no son Administración Pública.

## LOS PODERES ADJUDICADORES NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA LEY 3/2011

En su exposición de motivos la Ley parte ya de advertir que, si bien como reza su art. 2 se aplica a todos los poderes adjudicadores que forman parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (y a la Universidad de Zaragoza), sus artículos en concreto detallan si se aplican a todos los poderes adjudicadores o sólo a la Administración pública.

No me voy a referir en esta ponencia, más que quizá de forma tangencial, a las normas relativas al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de contratación, el mayor logro sin duda de la ley y cuya competencia alcanza a los poderes adjudicadores locales de Aragón (art. 2.2), dado que es una materia que tratan, con mayor brillantez que yo, los otros ponentes de esta mesa. Tampoco

2. Desde mi punto de vista la "huida" se materializaba en el derecho de la contratación y el de personal principalmente, y así como en el derecho de los contratos la cuestión se ha ido reconduciendo, en la contratación de personal, que siempre es personal laboral obviamente, persiste la duda de si mediante la creación de empresas y entes públicos no se está burlando las reglas de selección de personal al servicio de la Administración.

3. A título de recordatorio citemos el art. 3.3 del TRLCSP, fijémonos en su párrafo b.

"3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores."

me referiré, por no dispersar la materia, a las normas relativas a la contratación electrónica. Me voy a referir al resto de normas.

A mi entender son aplicables a los poderes adjudicadores de los artículos 3 a 13, ambos incluidos, los artículos 3, 4, 5, 7 parcialmente, 11, 12, 12bis, y 12 ter, pero entiendo también aplicables los criterios sentados en los artículos 6 y 9.

Es evidente que los artículos directamente referenciados a la Administración como el 8 y 13 no son aplicables a los poderes adjudicadores restantes salvo que, voluntariamente, se los apliquen. Pero hay artículos como el 6 y el 9, de criterio avanzado que han de ser de aplicación pues lo contrario supondría que el poder adjudicador no Administración es menos ágil que las Administración misma lo cual tampoco tiene sentido pues serían entes de peor condición.

Todo esto evidencia que la Ley 3/2011 toma en consideración a los poderes adjudicadores aragoneses, lo cual no es una cuestión baladí pues generan una parte importante de la contratación y, a veces, en sectores estratégicos.

La cuestión, y a ella dedicaré la parte final de la ponencia, es si de lege ferenda se debería regular más.

Pero, vayamos por partes.

## **DISPOSICIONES GENERALES Y MEDIDAS EN LA FASE DE PREPARACIÓN DEL CONTRATO**

El artículo 3 es un adecuado pórtico-recordatorio de principios de la contratación. Muy adecuado su párrafo 5 relativo al fraccionamiento de los contratos.

Uno de los mayores problemas que se evidencian en la contratación es el fraccionamiento del objeto del contrato. En este párrafo 5 se dan criterios sobre la cuestión, primero se parte de la prohibición de fraccionar, pero, consciente el legislador aragonés de la imposibilidad e inutilidad de una prohibición absoluta, permite el fraccionamiento, siempre motivado, cuando se den una serie de supuestos basados en conceptos jurídicos indeterminados, de interpretación mayor o menor.

El problema aquí es la falta de fiscalización previa por parte de la Intervención de la Administración de la Comunidad Autónoma en la contratación que realizan los poderes adjudicadores no Administración Pública o la falta de algún control previo.

Resulta chocante y disfuncional que un poder adjudicador contrate de una manera que al año siguiente sea censurada por la Intervención de la Comunidad Autónoma como un fraccionamiento irregular del objeto del contrato.

Cierto que en muchos casos se ha descubierto un grave fraude, pero cierto también que en más casos aún no hay tal fraude sino una aplicación de la normativa administrativa incorrecta o, simplemente, dispar del criterio de la Administración y una situación de buena fe del contratista.

En cualquier caso, y fuera de los casos de delito, se dan muchas situaciones insolubles cuando se realiza una crítica de contrataciones “a toro pasado”, el



contratista, que confiaba en el contratante, no sale de su asombro, sobre todo si sale publicado en el periódico, y la entidad contratante se deshace en explicaciones que no suelen convencer.

Además, y en definitiva, es un espectáculo baldío que no lleva a consecuencias prácticas salvo la denuncia de una mala o discutible praxis.

Teniendo cuenta los tiempos que corren, se impone un control previo, al menos en cuestiones axiales, que evite que la entidad juegue con dos caras frente al contratista la del contratante de todo es posible y, luego, la de la Intervención de todo se ha hecho mal. Además un endurecimiento de los controles preventivos evitaría incluso algunos delitos.

Novedoso es el art. 4, en su apartado 1 parte de la no discriminación por tratarse de persona física o jurídica, cuestión que si aparece en una norma legal no era baladí en su aplicación. En su apartado 2 señala la obligación de consultar con al menos tres empresas en los contratos menores de obras de más de 30.000 euros (contrato menor es hasta 50.000 euros, art 138.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP en adelante) y en los de servicios y suministros de más de 6000 euros (contrato menor es hasta 18.000 euros, art. 138.3 TRLCSP).

Sucede que es una regla razonable esta de consultas, cuya materialización tendrá que obrar en el expediente administrativo. No se trata de que el contrato menor haya quedado reducido a 30.000 euros o a 6.000 euros, según los casos, sino que por encima de determinada cuantía hay que realizar una serie de consultas a efectos de saber cómo está el mercado y si es razonable la adjudicación que se va a hacer desde todos los puntos de vista y no sólo del económico pues el art. 4.2 no contiene restricción a una mera valoración económica.

El artículo 5 es un claro avance, si bien los poderes adjudicadores no Administración (al menos en la contratación no armonizada) podían exigir desde un principio pocas formalidades en la documentación a presentar, lo cierto es que esta norma, tremendamente lógica y muy facilitadora del procedimiento, allana el camino pues se solía copiar el modo de proceder de la Administración generándose importantes problemas en cuestiones tan fútiles como bastantes o compulsas administrativas.

Cierto que el art. 6 es aplicable a la Administración y a los poderes adjudicadores no Administración en lo que se refiere a la contratación armonizada, pero es un criterio que debería ser seguido por todos los poderes adjudicadores en todos sus procedimientos de contratación no armonizada. Es tremendamente lógico y va con el sino de los tiempos la admisión sin complejos de la declaración responsable.

El artículo 7 es aplicable, según cita, a la "Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón" y sus "organismos públicos" se limita el ámbito a lo que es Administración de la Comunidad Autónoma (central y periférica), a los organismos autónomos (que siempre tienen la consideración de Administración Pública a efectos de contratación) y a las Entidades de Derecho Público (que suelen ser

poder adjudicador no Administración Pública) pues ambos dos forman parte de los “organismos públicos” a tenor del art. 68 del Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001 de 3 de julio.

Este artículo no se aplicará pues a poderes adjudicadores no Administración que no revistan la forma de Entidad de Derecho Público, es decir, a los que revistan la forma de sociedades, asociaciones o fundaciones.

En definitiva, partimos para los poderes adjudicadores no Administración Pública de una normativa (TRLCSF) que les impone un rigor similar a la Administración Pública en la contratación armonizada y una gran libertad procedimental en la no armonizada<sup>4</sup>.

En este escenario la Ley 3/2011 ha optado, respecto de la contratación por parte de los poderes adjudicadores no Administración pública:

1. Por aplicarles también la regla de tres consultas en el caso de una contratación de obras que supere 30.000 euros o de servicios y suministros que supere 6.000 euros.

2. Por aplicarles la normativa que aligera y facilita los trámites documentales de la licitación.

4. Según el TRLCSF:

“ Artículo 190 Adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada

1. La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas en el Capítulo anterior con las siguientes adaptaciones:

a) No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 156 sobre formalización de los contratos sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en su apartado 3 y lo previsto en el apartado 5, en el artículo 160 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 172 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

b) No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 142 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 154, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 334 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que depende la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

2. Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 112.2.b) sobre reducción de plazos.”

“Artículo 191 Adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada serán de aplicación las siguientes disposiciones:

a) La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

b) Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado

c) Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.”

3. Por aplicar, obligatoriamente, la norma de reserva social de contratos a las Entidades de Derecho Público.

Desde mi punto de vista la normativa aragonesa podría haber incidido en dos puntos respecto de los poderes adjudicadores:

1. En el ya apuntado respecto a un cierta intervención previa que evite incoherencias entre lo hecho y lo que se debió hacer.

2. Reglas de homogeneización de las Instrucciones Internas de Contratación que rigen para disciplinar la contratación no armonizada.<sup>5</sup>

Por lo que respecta a este segundo punto es evidente que un mayor control de la actividad del sector público se consigue homogeneizando las normas de contratación, ello simplificaría el trabajo de licitación el incluso el control *a posteriori*.

## MEDIDAS EN LAS FASES DE ADJUDICACIÓN, FORMALIZACIÓN Y EJECUCIÓN.

En este Capítulo III de la Ley 3/2011 lo más interesante, sin perjuicio de indudable interés de los otros artículos, es lo relativo a la publicidad de los modificados.

Una de las asignaturas pendientes de la normativa contractual española era lo relativo a la ejecución de los contratos y, más aún, lo relativo a la modificación contractual.

Resultaba, y resulta, desconcertante el hecho de la existencia de sobrecostes muy elevados en la contratación pública. La reforma operada en el TRLCSP por la Ley de Economía Sostenible (LES) distingue entre modificaciones previstas (que todos los licitadores conocen que pueden darse) y modificaciones imprevistas (que se endurecen respecto al régimen anterior en España).

Además, las normas de la modificación, que son propias de la fase de ejecución y que, por tanto, no se aplicaban a los contratos privados (que, entre otros, son los que celebran los poderes adjudicadores no Administración Pública), a partir de la modificación efectuada en el TRLCSP por la LES, se aplica también a los contratos privados.<sup>6</sup>

5. Muy interesante en este sentido el trabajo del profesor Gimeno Feliú "la nueva y novedosa regulación de la adjudicación de los contratos públicos de los entes instrumentales de la Administración Pública" Instituto de Estudios Fiscales 2010.

6. TRLCSP Artículo 20 Contratos privados

1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.

En cualquier caso, se ha visto como una burla a las reglas que rigen la adjudicación e incluso se ha propuesto que los modificados pudieran ser objeto de recurso especial<sup>7</sup>. El TRLCSP salta directamente respecto de esto y niega la posibilidad de recurso especial respecto de las modificaciones no previstas en su art. 40.2.

Hay quien sostiene que, *a sensu contrario*, cabría recurso especial contra las modificaciones previstas en el pliego pero a mi juicio las modificaciones previstas son una pura ejecución del pliego, no burlan el principio de publicidad, y, en principio, no serían susceptibles de recurso especial que no está previsto para cuestiones de pura ejecución<sup>8</sup>.

La cuestión se suscita realmente y por lo que se refiere al recurso especial en torno a las modificaciones no previstas y el TRLSP lo prohíbe.

El art. 12 bis de la Ley 3/2011, no distingue entre modificaciones previstas y no previstas y abre la posibilidad de recurso cualquiera que sea la modificación y respecto de los "licitadores admitidos".

Ordenar la publicación de todo modificado ya es un medio de control importante. Dicha publicación puede llevar de por sí (aunque no lo diga la Ley) la impugnación por interesados. Pero esta impugnación está vedada por el TRLCSP al recurso especial, por tanto ha de hacerse por los medios que procedan teniendo en cuenta la naturaleza del poder adjudicador.

Así hay que tener en cuenta que no cabe recurso especial, que la decisión se toma en materia de ejecución, y se refiere a contratos privados, luego el recurso pertinente será ante la Jurisdicción Civil.

Puede examinarse si en algunos casos cabe o no reclamación previa a la vía jurisdiccional civil<sup>9</sup> como mucho ya que, en el caso de poderes adjudicadores no Administración Pública, no hay recurso administrativo.

También es de destacar que el plazo de impugnación ante la vía Jurisdiccional Civil, es muy largo, generalmente el de 15 años previstos en el art. 1964 del Código Civil.

7. El profesor Gimeno Feliú sostiene la impugnabilidad de los modificados vía recurso especial respecto de los modificados que "devengan ilegales en tanto sean considerados una nueva adjudicación, tal y como ha interpretado la STJUE de 19 de junio de 2008" opinión acertada no seguida por la legislación española. "El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos" Observatorio de Contratación Pública" Ed. Civitas 2010.

8. Hay quien opina lo contrario y que con una interpretación conjunta con la normativa y jurisprudencia europeas cabría recurso especial al menos contra los modificados previstos, yo sostengo que no está previsto en la normativa española y, en su caso, sería un incumplimiento de Derecho comunitario por la normativa española. Además, un modificado previsto es una pura cuestión de ejecución y si se recurre en base a que no cumple lo dicho en el pliego accionamos en base a que, realmente, es modificado imprevisto (camuflado) y contra los imprevistos la ley veta el recurso especial.

9. Será para el caso de que se esté sujeto a la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que, en su art. 2.2 dispone:

"2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación."

El modificado se tramitará bajo las especificaciones del TRLCSP pero se impugnará ante la Jurisdicción Civil y esta es una cuestión decidida por el TRLCSP, tras la reforma operada por la LES, que rompe de manera radical el hecho de que las cuestiones de ejecución quedaran al derecho privado sustantivo, es decir, a lo que dijera el contrato o al mutuo acuerdo de las partes. Semejante indefinición, en una materia de tal importancia es lo que ha llevado a sujetarla al régimen del TRLCSP.

La Ley 3/2011 tiene la virtud de ordenar la publicación de los modificados y poner negro sobre blanco a posibilidad de recurso, la cuestión sigue siendo si es idónea la Jurisdicción y si debería haber recurso especial por la evidente conexión que puede haber de la modificación con la adjudicación.

En cuanto a los “licitadores admitidos” la ley aragonesa señala que se les notificará, dado que son los que manifiestamente tienen interés, pero no excluyen a otros que tengan legitimación porque quien tiene legitimación y quien no la tiene ya depende del caso en concreto.<sup>10</sup>

## **DE LA NECESIDAD DE UN TRATAMIENTO CONCRETO Y COMPLETO A LOS PODERES ADJUDICADORES NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

De lo anteriormente expuesto podemos sacar la conclusión de que la Ley 3/2011 desarrolla cuestiones importantes para los poderes adjudicadores no Administración pública pero sería conveniente que se desarrollara más.

En el ámbito de la contratación armonizada no hay problema por cuanto la regulación del TRLCSP cubre todo, otra cosa es que guste mucho o poco.

La cuestión es la contratación no armonizada, que suele ser la más frecuente, y donde el ámbito de autonomía del poder adjudicador es muy amplio a diferencia, como hemos señalado, de la armonizada.<sup>11</sup>

10. De hecho, siempre surge la duda de si pueden recurrir terceros no licitadores que no concurrieron en su día porque, por ejemplo, les parecía que con el presupuesto del contrato no se podía ejecutar las obras y así lo manifestaron por escrito. En cualquier caso se suele ser muy restrictivo en estos supuestos, tal y como señala la Memoria 2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TARC)

“...para que concurra el interés legítimo es necesario que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del recurrente. Con ello se descarta la acción pública puesto que el interés legítimo no puede ser asimilado al interés en la legalidad.”

Las resoluciones de los tribunales administrativos de contratos han sido generosas al admitir legitimación para recurrir en sede de recurso especial, de hecho han reconocido legitimación a comités de empresa y sindicatos. El punto que ha de cumplirse es la siguiente doctrina general definida, entre otros, en el Acuerdo 60/2013 de 28 de octubre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

“En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa para recurrir, el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, Sentencias 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3 y 119/2008, de 13 octubre).”

11. Como recoge Ximena Lazo Victoria en su comentario al art 175 LCSP en la obra colectiva “Comentarios a la legislación de contratación pública” Aranzadi 2009, esta opción legislativa diferenciando fuertemente entre el régimen jurídico de la contratación armonizada y el de la no armonizada, basándose tan solo en la cuantía fue muy criticado por el Consejo de Estado en su dictamen sobre la LCSP.



Se evidencia aquí la enésima tensión entre el concepto europeo de “poder adjudicador” y la forma privada de la entidad, reservando la contratación armonizada a las normas públicas por cuanto tiene transcendencia europea, y dejando a libre albedrío de la entidad y sujeta a mínima norma y a puros principios la contratación no armonizada puesto que por cuantía tiene transcendencia nacional.

En el fondo este régimen dual es confuso y lleva a confusión y a un manejo difícil de la contratación.

La cuestión radica en revisar la política española de creación de entes públicos y acomodarla en todo, y sin dejar resquicio, a las categorías comunitarias.

Si un ente o una sociedad es poder adjudicador, esta definición ha de informar todo su régimen jurídico sin saltos de regulación tan espectaculares como este.

Además, en el momento actual, conviene una normativa que unifique y de seguridad, claridad y transparencia en torno a la contratación pública. Asimismo, procede una mejor selección de la forma jurídica que ha de revestir las entidades instrumentales, dicha forma ha de ser elegida en función de los fines a perseguir y no en función del régimen jurídico que se deriva en España de la citada forma.

El legislador aragonés tiene campo suficiente para organizar su sector público y procede que esa regulación venga dada por ley mejor que por otros instrumentos en todo caso.<sup>12</sup>

Una cuestión sustancial, que debería recoger la nueva normativa es que los poderes adjudicadores ejecutan sus contratos en régimen de derecho privado, es decir, desprovistos de prerrogativa.

Únicamente habrá que estar al régimen de los modificados del TRLCSP, pero en el resto de tradicionales prerrogativas de la Administración (interpretar, dirigir, resolver) habrá que tenerse muy en cuenta a la hora de la redacción de los documentos contractuales cuanto dispone el artículo 1256 de nuestro Código Civil:

“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”

Existe una mala praxis muy extendida consistente en copiar tal cual los pliegos administrativos.

Evidentemente la norma aragonesa no puede legislar sobre el fondo pero puede recordar y llamar a la aplicación de fórmulas privadas.

Esto nos devuelve al mismo problema, dado que la ejecución del contrato está desprovista de prerrogativa, habrá que contemplar bien los fines a satisfacer y si para ello es necesario el uso o no de prerrogativa, si es necesaria ello ha de determinar la elección de forma y, si no es necesario el uso de prerrogativa, también habrá que proceder en consecuencia.

Como vemos, el problema de esencia viene a ser el mismo siempre, y se puede resumir en que es más necesaria que nunca, dado el sino de los tiempos, que la

---

12. De hecho se dan instrucciones de los Departamentos de la Comunidad Autónoma, sin ningún valor normativo y sin fuerza de obligar a entes y sociedades que gozan de personalidad jurídica distinta e independiente de la Administración. Este tipo de instrucciones no generan sino confusión.

Administración recapitule sobre su propio cometido y sobre el de las entidades a su servicio.

A estos efectos, si legítima es la intervención de la Administración en la actividad económica (art. 128 Constitución española), debe meditarse muy bien para qué, con qué medios, y que los medios creados sean adecuados al fin.

Es por ello que entiendo, y con esto concluyo, que la normativa debería atender de modo más específico a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública al objeto de dotarles de mayor seguridad y eficacia en su función.