



Actualidad

Una primera aproximación crítica al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ

*Doctor en Derecho. FHE
Vicesecretario General del Ayuntamiento de Valladolid*

El proyecto de Ley de Contratos de Sector Público incorporará a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas comunitarias de contratación, de aplicación directa desde el 18 de abril de 2016. La nueva Ley es una norma excesivamente extensa, de manejo y comprensión difícil, que ha recibido críticas de todos los órganos consultivos que la han tenido que valorar; indirectamente, de las instituciones comunitarias; y doctrinales. En este trabajo analizamos sus principales novedades, las razones para esa crítica y algunas propuestas mínimas para su mejora.

SUMARIO

- I. **Introducción**
- II. **Objetivos de la ley**
- III. **Estructura de la ley y principales novedades**
- IV. **Críticas al texto y algunas propuestas básicas para superarlas**
- V. **Conclusiones**

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 25 de noviembre el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (BOCG de 2 de diciembre. PLCSP, en adelante) y el proyecto de ley de contratos en los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales, textos que transponen las Directivas de contratación (2014/2024 y 2014/2025) y concesiones (2014/2023). La transposición se hace fuera del plazo concedido por las Directivas, que había concluido el 18 de abril. La Comisión Europea ha dado un plazo de 2 meses a los 11 países que en estos momentos aún no han incorporado a su derecho nacional en todo o en parte esas Directivas. Ello sin perjuicio del efecto directo de las mismas desde

la terminación del plazo e transposición, efecto directo no exento de interpretaciones dispares que no hacen sino confundir al operador jurídico de a pie y causar una importante inseguridad jurídica⁽¹⁾.

El retraso ha estado motivado en buena parte por los avatares electorales del último año, que no han permitido la tramitación parlamentaria de la Ley, pero también por las críticas que el anteproyecto recibió de los diferentes órganos consultivos, que han motivado diferentes correcciones al anteproyecto. Aunque este tiempo también parece que ha sido aprovechado por lobbies empresariales para introducir en el mismo algunas disposiciones más favorables a sus intereses empresariales.

La tramitación del texto es por urgencia, aunque el interés de los grupos parlamentarios ha exigido ya ampliar los plazos para presentar enmiendas, inicialmente previsto solo hasta el día 14 de diciembre. No sería descartable una enmienda a la totalidad por parte de los grupos de la oposición al gobierno más partidarios de reforzar en la Ley medidas de transparencia material para prevenir mejor la corrupción y apostar por una contratación socialmente más responsable, con disposiciones que obliguen de manera más clara a todos los poderes adjudicadores a utilizar los recursos públicos que gestionan mediante contratos para implementar con ellos las políticas sociales, medioambientales, de fomento de la innovación empresarial y facilitar la participación de las pymes en la contratación pública.

II. OBJETIVOS DE LA LEY

De acuerdo con la nota de prensa del Consejo de Ministros, las dos leyes, a la vez que transponer a la legislación española el paquete de Directivas comunitarias, buscan los objetivos generales siguientes:

- Agilizar los procedimientos de contratación,
- Aumentar la competencia, mejorar la publicidad y transparencia,
- Luchar contra la corrupción y
- Servir como instrumento de políticas medioambientales, sociales y de I+D.

El propio Gobierno ha publicado cuales son las novedades más significativas de la ley para alcanzar esos objetivos, aunque, como se expondrá en el último apartado de este trabajo, es discutible que realmente el proyecto de ley de herramientas precisas y eficaces para alcanzarlos. Recogemos a continuación esas explicaciones gubernamentales, con algunas puntualizaciones que nos merecen.

1. Reducir las cargas administrativas y agilizar los procedimientos de contratación pública

Para ello el proyecto prevé una reducción general de los plazos de tramitación, junto con una utilización preferente de medios electrónicos, informáticos y tecnológicos. En particular, se generaliza el uso de las llamadas «declaraciones responsables», en las que el empresario simplemente manifiesta que cumple los requisitos para acceder a la licitación sin necesidad de presentar documentación justificativa hasta el momento en que resulte adjudicatario del contrato.

(1) Documento de estudio de los TARC de 1 de marzo de 2016. Efectos jurídicos de las Directivas de contratación del vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos del sector público. Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública. IJCCA de Cataluña 19/2014, de 17 de diciembre (lotes); IJCCACat 1/2016, de 6 de abril; IJCCA de Aragón 17/2015, de 3 de diciembre; ATARC de Madrid 16/2016, de 3 de febrero....

Sin embargo, la reducción del plazo para presentar ofertas perjudica a las pymes como planteó «Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar a las PYME el acceso a los contratos públicos» (Bruselas, 25.06.2008 SEC (2008)2193)⁽²⁾. La apuesta por la contratación electrónica es confusa y dispersa, y proscrita en su mayor parte a las disposiciones adicionales (15.^a, 16.^a y 17.^a), sin que se exista una apuesta decidida y clara por la contratación electrónica⁽³⁾, ni se resuelva el déficit de transparencia que actualmente implica la contratación electrónica por la barrera que supone, especialmente para las pymes, una pluralidad de programas de contratación electrónica diferentes que usa cada poder adjudicador, como ha denunciado, entre otros el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública [COM (2013) 453 final] (2014/C 67/2019) (DOUE de 6 de marzo)»⁽⁴⁾.

La reducción del plazo para presentar ofertas perjudica a las PYMES

2. Aumentar la competencia y permitir un mayor acceso de las PYMES a la contratación pública

La principal medida al respecto es incentivar que los contratos se dividan en lotes. Hasta ahora, la normativa vigente exigía que se motivara la existencia de diversos lotes en un contrato. A partir de la nueva ley, el principio será el contrario, debiéndose justificar, como excepcional, el hecho de que no exista división de los contratos en lotes.

Esta exigencia, que ya está siendo demandada por los TARC, anulando los contratos que no motiven la no división en lotes (RTACRC 421/2016; ATACP Madrid 96/2016) o cuando esa división no supone que haya varios adjudicatarios, limitando la presentación de ofertas o la adjudicación (RTACRC 379/2016), sin embargo, queda muy diluida al incluir en el párrafo tercero del art. 99.3 del PLCSP causas que pueden motivar la no división en lotes. Si bien es cierto que esos motivos están en los considerandos de las Directivas, incorporarlos a la parte dispositiva de la ley abre la puerta a que no hacer lotes se puede justificar casi siempre⁽⁵⁾. Se posibilita que el órgano de contratación exija, como criterio de solvencia de los licitadores, que el período medio de pago a sus proveedores no supere los límites que se establezcan. Se podría haber incluido en el art. 214 la nulidad de cláusulas que pacten la morosidad con los subcontratistas con plazo de pago superiores a los de Ley de medida contra la morosidad en operaciones comerciales, ya declaradas nulas por el Tribunal Supremo (STS de fecha 23 de noviembre de 2016, rec. 2883/2014, ponente Orduña Moreno).

(2) Lo reducido de los plazos para presentar ofertas como uno de los obstáculos para poder concurrir las pymes a las licitaciones públicas se había recogido también en el Informe del Ministerio de Industria «Fomento de la participación de la pequeña y mediana empresa en los procesos de contratación pública» (septiembre 2005)

(3) José María GIMENO FELIU, en el artículo «Transparencia y prevención de la corrupción en los procedimientos de contratación pública. ¿Avanza el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público?», publicado en la Revista de Estudios locales, n.º 145, diciembre 2016, págs. 18 y 19.

<http://publicaciones.revistacunl.com/publication/7d40749c/>

Sobre la falta de una apuesta decidida por la contratación electrónica puede verse el debate iniciado por Concepción CAMPOS ACUÑA, Guillermo YÁÑEZ SÁNCHEZ, M Pilar BATET JIMÉNEZ y otros en http://www.novagob.org/blog/view/228853/aproximacion-a-la-contratacion-publica-electronica-en-el-anteproyecto-de-lcsp-consejo-ministros-de-25112016?utm_source=newsletter&utm_medium=boletin&utm_term=blog&utm_content=aprox&utm_campaign=lo+semanal

(4) Abundo en esta crítica en el libro *Contratación Pública y Transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, Edit. El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid 2016, págs. 101 a 106.

(5) Sobre la división de los contratos en lotes puede ver el trabajo de M. Pilar BATET JIMÉNEZ en «La División del contrato en lotes», Revista Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha n.º 6, Junio 2016, págs. 93 a 133.

<http://www.castillalamancha.es/gobierno/vicepresidencia/estructura/gjjccm/actuaciones/gabilex-n%C2%BA7-tercer-trimestre-2016>

Se restringe la utilización de los llamados «medios propios». En la nueva ley aumentan las exigencias para garantizar que la utilización de estos medios propios está justificada y no atente contra el principio de libre competencia. La regulación es más completa que la del TRLCSP e incorpora la doctrina del TJUE y la regulación de la Ley 40/2015 (art. 86). No soluciona sin embargo el problema que genera, respecto a TRAGSA, los acuerdos de algunas CCAA de ceder a esta empresa como medio propio de las EELL (DA 25), de cuestionable legalidad pero que puede resultar muy útil en supuestos de catástrofes naturales o de huelgas salvajes en servicios públicos esenciales, y que también resultaría de gran utilidad para actuar en casos de resolución anticipada de contratos para no realizar una licitación para concluir los trabajos o continuar con el servicio.

3. Mejora de la publicidad y transparencia y lucha contra la corrupción en los contratos públicos

Se aprueba una nueva regulación más rigurosa de las prohibiciones de contratar (por ejemplo, no podrán ser contratistas los condenados por corrupción entre particulares); y se incluye en el ámbito subjetivo de la Ley a los partidos políticos, organizaciones sindicales y asociaciones empresariales cuando se financien mayoritariamente con fondos públicos, lo que les obligará, en determinados supuestos, a adjudicar sus contratos siguiendo un procedimiento público.

Para fomentar la publicidad en la contratación pública se suprime el procedimiento negociado por razón de la cuantía (que no tiene publicidad) creándose un nuevo procedimiento, el abierto simplificado, con una duración del proceso de contratación muy breve (alrededor de un mes) pero que será totalmente transparente, con publicación obligatoria.

La supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía se ha anticipado a la aprobación de la ley, no por la aprobación de la Proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública (122/000040), sino por el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre, que aprobó unas «Instrucciones para mayor publicidad y transparencia en la contratación pública», en las que ordena la publicación de anuncios en la PCSP de los procedimientos negociados de la AGE y recomienda que adopten la misma medida el resto de Administraciones. Ya lo había hecho así la CCAA de Cataluña mediante el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (art. 7). Esta supresión era una exigencia directa del Consejo Europeo a España en la Recomendación de 27 de julio de 2016, que también pide la limitación de las adjudicaciones directas, sin que el PLCSP cambie nada en la regulación de los contratos menores (arts. 118, 131, 151), pese a los esfuerzos de muchas CCAA y EELL por su limitación y sometimiento a reglas mínimas de concurrencia como reclaman con insistencia los OCEX y el TJUE⁽⁶⁾.

La supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía se ha anticipado por el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre

Además, con carácter general, se establece una previsión de que los órganos de contratación están obligados a tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude y la corrupción, y para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses que puedan surgir en un contrato público (art. 64). Junto con la incorporación del principio de «integridad» en el art. 1 (como sinónimo de honradez, honestidad, moralidad) y la definición de conflicto de intereses en el art. 64.2 (en términos casi idénticos a los del art. 24 de la Directiva 2014/2024), constituye una proclamación general de intenciones en el objetivo de la buena administración de la contratación pública, pero cuyos efectos jurídicos prácticos no parecen muy visibles a lo largo del texto legal.

(6) Puede verse al respecto mi artículo «El cerco a los contratos menores», Revista de Estudios Locales. Cunal, n.º 194, octubre 2016, <http://publicaciones.revistacunal.com/publication/671e19cd/>

4. Utilizar la contratación pública como instrumento de políticas medioambientales, sociales y de innovación y desarrollo

En materia medioambiental, se exigen certificados de calidad a los licitadores para acreditar su experiencia o su «buen hacer» en el ámbito de la protección del medio ambiente y, en materia social, se establece la posibilidad de reservar contratos públicos para Centros Especiales de Empleo y Centros de Inserción Social. Sin embargo, ambas previsiones ya están en el vigente TRLCSP.

En cuanto a la I+D, el Gobierno considera muy relevante la regulación de un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos denominado «de asociación para la innovación», previsto en el art. 31 de la Directiva 2014/2024, aunque en mi opinión, la complejidad y dilatado de su tramitación no hace pensar en una utilización muy extendida.

La exigencia de las Directivas comunitarias de apostar por la utilización estratégica de la contratación pública (cdo. 2 y 3 de las tres Directivas) para contribuir a alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 desde la contratación pública, carece sin embargo de mandatos imperativos claros: aunque en la exposición de motivos se señala la obligatoriedad para los órganos de contratación de su inclusión en todos los contratos, dejándoles solo libertad para decidir si los incorpora como criterios de valoración o condiciones de ejecución (EM apartado V, párrafo tercero), sin embargo carece de sanción en el articulado no hacerlo en ninguna fase y/o en ningún contrato.

5. Mejora de la supervisión y la cooperación con otras Administraciones territoriales

Se crea, en el seno de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, un Comité de Cooperación con participación de Comunidades Autónomas y de la FEMP (art. 326). Esperemos un reforzamiento de recursos a la Junta Consultiva, pues además de esta función y las que ya veía realizando, se le hacen otras encomiendas, como realizar los informes periódicos para cumplir los mandatos de Gobernanza de la contratación que impone las Directivas (Título IV de la Directiva 2014/2024, art. 325.2 PLCSP).

III. ESTRUCTURA DE LA LEY Y PRINCIPALES NOVEDADES

El PLCSP sigue el mismo esquema que el vigente TRLCSP y la LCSP de 2007. Sobre esa estructura se fueron incorporando los cambios exigidos por la regulación comunitaria y alguna precisión más derivada de la doctrina legal consolidada, pero con intención de modificar solo lo imprescindible en el esquema y contenido anterior para dar cabida a esos cambios imperativos. El resultado ha sido un texto inabarcable y de difícil comprensión, con casi 400 preceptos (340 artículos muy extensos; 40 disposiciones adicionales; 5 transitorias; 7 finales y 5 anexos). No sólo la estructura es compleja y los artículos muy extensos, sino que la redacción es en demasiadas ocasiones ampulosa, reiterativa y con constantes remisiones a otros preceptos de la Ley o de otras normas, todo ello en detrimento de la seguridad jurídica (baste como ejemplo citar el art. 145, precepto clave, pues regula los criterios de adjudicación de los contratos). Esta crítica, como expondremos más adelante, es general en todos los órganos que han informado el anteproyecto así como a doctrina que ya ha escrito sobre el mismo.

De manera esquemática y meramente enunciativa, recogemos a continuación el esquema de la Ley y sus principales novedades:

1. Título preliminar. Disposiciones generales (arts. 1 al 27)

Regula el objeto y ámbito de aplicación de la Ley y los tipos de contratos del sector público. Entre las principales novedades podemos destacar las siguientes:

- Inclusión en el ámbito subjetivo de la Ley de los partidos políticos, organizaciones sindicales y asociaciones empresariales cuando tengan financiación pública mayoritaria (art. 3.4).
- Regulación separada de los negocios y contratos excluidos (arts. 4 a 11), con una mayor precisión en el caso de convenios y encomiendas de gestión (arts. 6, que se remite para las encomiendas a la legislación de régimen jurídico del sector público -6.4-, complementado con el art. 32).
- Desaparición, como figura autónoma, del contrato de colaboración entre el sector público y privado.
- Sustitución de contrato de gestión de servicios públicos por el de concesión de servicios de la Directiva 2014/2023 (art. 15).
- Regulación más detallada del régimen jurídico de los contratos mixtos (art 18).

2. Libro I. Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos (arts. 28 a 114)

Recoge las disposiciones generales de racionalidad, libertad de pactos, perfección invalidez y recurso especial; las partes del contrato, con las reglas de capacidad y solvencia de los contratistas (arts. 65 a 97); objeto del contrato; valor estimado; precio y su revisión (arts. 99 a 105); régimen de garantías (arts. 106 a 114). Entre las novedades de este libro están:

Un texto inabarcable y de difícil comprensión, con casi 400 preceptos (340 artículos muy extensos; 40 disposiciones adicionales; 5 transitorias; 7 finales y 5 anexos

- Regulación más detallada del plazo de duración de los contratos (art. 23): los de servicios y suministros de prestación sucesiva un máximo de 5 años, prórrogas incluidas, con una excepcional de 9 meses hasta que se adjudique un nuevo contrato; en los contratos de servicios podrá el plazo ser superior si es necesario para amortizar las inversiones necesarias para la prestación; en las concesiones y de obras y de servicios, la regla general de duración máxima de 5 años que prevé la directiva 2014/2023, se puede superar hasta llegar a los 40, 25 o 10, en función de la financiación necesaria.
- Ampliación de las posibilidades de los encargos entre medios propios personificados, incluida entre diferentes entidades del sector público (cooperación horizontal y vertical) y mayor precisión de sus exigencias (arts. 31 a 33).
- Modificación de algunas prohibiciones de contratar (incluyendo la relativa a sanciones por falseamiento de la competencia) y la incorporación de las medidas de «redención» (*selfcleaning*, art. 72.5).
- Precisión de las posibilidades de integrar la solvencia con medios externos (art. 75); incorporación en las normas de solvencia de los cambios normativos acordes con la modificación en 2015 del RPLCSP 1098/2001 (arts. 87 a 92).
- Regulación de la contratación mediante lotes como regla general (art. 99).
- Ajuste de la revisión de precios a las imposiciones de la Ley 2/2015 de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (art. 103).
- Extensión de la posibilidad de constituir la garantía definitiva mediante retención de precios en todos los contratos, excepto en los de concesión de obra pública (art. 108.2).

3. Libro II. De los contratos de las AAPP (arts. 115 a 314)

Regula este libro la preparación y adjudicación de los contratos, con los procedimientos de adjudicación, y la ejecución, modificación y extinción de los contratos. Este libro presenta muchas novedades procedimentales:

- En la preparación de los contratos la principal novedad son las consultas preliminares de mercado (art. 115⁽⁷⁾).
- Se amplían las normas para la definición de las condiciones técnicas (arts. 125 a 128).
- Se precisa que la información sobre la subrogación laboral solo procede en los casos en los que la misma se derive el art. 44 del TRET o del convenio colectivo (no puede imponerla *ex novo* el pliego⁽⁸⁾) y la posibilidad de retener el pago para responder de los salarios impagados a los trabajadores (art. 130).
- Extensión de la figura de la declaración responsable, ajustada al modelo del DEUC (arts. 140 y 141).
- Regulación más detallada de los criterios de adjudicación (art. 145, definición de la vinculación al objeto del contrato, limitación de la valoración de las mejoras aun 2,5%, ampliación de los criterios de desempate), la valoración y cálculo del ciclo de vida (art. 146)⁽⁹⁾ y las ofertas anormalmente bajas (art. 147).
- Nuevos procedimientos de adjudicación: abierto simplificado (art. 157) y la asociación para la innovación para contratos de compra de I+D (arts. 175 a 180); denominación de procedimientos con negociación, con y sin publicidad, del que desaparece el supuesto de la cuantía (arts. 164 a 169), precisando algo más el procedimiento de negociación (art. 167).
- Ampliación de las posibilidades de modificación de los contratos (aunque quizá menos que en las Directivas, arts. 201 a 205).
- En subcontratación se detallan aún más las exigencias para su control, desapareciendo su limitación porcentual, admitiéndose sólo para prestaciones singularizadas (art. 213.1.e⁽¹⁰⁾) y el control de pagos a subcontratistas y suministradores (arts. 214 y 215).

4. Libro III. De los contratos de otros entes del sector público (arts. 315 a 319)

Regula el régimen jurídico de las entidades que no reúnen la consideración de Administraciones Públicas ni de poderes adjudicadores y el del resto de entes del sector público:

(7) Sobre la utilidad de esta figura prevista en el art. 40 de la Directiva 2014/2024, puede verse el artículo LAS «Consultas preliminares al mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública», de VAZQUEZ MATILLA, Francisco Javier en la web de contrato de obras: <http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/08DocumentosdeTrabajo/Otros/consultas%20preliminares%20csp.pdf>

La forma de llevar a cabo esas consultas puede también verse en la Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación www.innovation-procurement.org

(8) Como han precisado todos los Tribunales: STS de fecha 8 de junio de 2016, rec. 1602/2015; SAN de fecha 14 de septiembre de 2016, rec. 57/2016; RTACRC 160/2016; ATACP de Aragón 72/2016;...

(9) Sobre la regulación del ciclo de la vida puede leerse el trabajo de M. del Rosario DELGADO FERNÁNDEZ «El cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación administrativa», Revista Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha n.º 6, Junio 2016, págs. 114 a 152. <http://www.castillalamancha.es/gobierno/vicepresidencia/estructura/gjjccm/actuaciones/gabilex-n%C2%BA7-tercer-trimestre-2016>

(10) De acuerdo con el criterio de la STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C- 406-14.

- Recupera el PLCSP las instrucciones internas de los entes que no son sector público, algo que se había descartado en el ALCSP, precisamente como medida de transparencia y para facilitar la concurrencia de pymes, volviéndose al criticado régimen del TRLCSP. Se mantiene el régimen de mayor sujeción a la ley en los contratos sujetos a regulación armonizada de los entes que son poderes públicos (art. 316). Entre los principios que han de cumplir esas normas no se cita el de «integridad» (arts. 317.1 y 319.1).
- Se prevé la posibilidad de no seguir las normas internas sino directamente las reglas de la ley para los contratos menores y procedimientos de las AAPP (arts. 317.2 y 319.2).
- Dispondrán todos los entes del sector público de cuatro meses desde la entrada en vigor de la Ley para adaptar sus normas internas a la nueva (disposición transitoria quinta).

5. Libro IV. Organización administrativa para la gestión de la contratación (arts. 320 a 340)

Regula los órganos de contratación, de asistencia y consultivos; los Registros Oficiales y la Plataforma de contratos del Sector Público (con el mismo criterio de universalidad que introdujo en el TRLCSP la Ley de unidad de mercado).

- Se incorporan matices doctrinales en la composición de las mesas respecto al personal eventual e interino (art. 323.4) y se impone la publicación de su composición en el perfil (art. 323.3).
- Se atribuye a la JCCAE las funciones de Gobernanza que imponen las Directivas (título IV directivas 2014/2024), con la emisión de un informe trianual a la Comisión Europea, informe remitido a las Cortes Generales (art. 325).
- Se crea dentro de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado un Comité de Cooperación, en el que participarán Comunidades Autónomas y Entidades Locales (art. 326).

6. Disposiciones complementarias

- 41 Disposiciones adicionales: de contenido similar a las del TRLCSP, con novedades en materia de contratación local (adicionales segunda y tercera); contratación electrónica (DA 15, 16 y 17).
- 5 Disposiciones transitorias, que regulan la normativa aplicable a los expedientes en tramitación; moratoria de seis meses para las inscripciones en el ROLECE para participar en el procedimiento abierto simplificado; adaptación de los Estatutos de los medios propios personificados y de las instrucciones internas de contratación de estos.
- 1 Disposición Derogatoria, **derogación únicamente del TRLCSP; no de sus reglamentos.** **Se deroga únicamente el TRLCSP; no sus reglamentos**
- 7 Disposiciones Finales (identificación de legislación básica, habilitación reglamentaria, incorporación de Derecho de la UE y **entrada en vigor, a los cuatro meses de su publicación en el BOE**).

7. Anexos

Contiene 5 anexos, con los listados de prestaciones para su clasificación CPV y NACE; la información que debe figurar en los diferentes tipos de anuncios; y la relación de convenios internacionales de ámbito social y medioambiental de obligado cumplimiento (anexo V y art. 199; anexo X de las Directivas 2014).

IV. CRÍTICAS AL TEXTO Y ALGUNAS PROPUESTAS BÁSICAS PARA SUPERARLAS

Los sucesivos informes preceptivos de los órganos consultivos al anteproyecto de anteproyecto de la nueva Ley de contratos, como otros no obligados, han sido muy críticos con el texto.

Así, la Junta Consultiva de Contratación de Aragón analizó el ALCSP en su informe 8/2015, de 20 de mayo, critica especialmente su técnica normativa, con excesivas remisiones internas y externas, el carácter excesivamente reglamentario de muchos de los preceptos, redundancias y falta de rigor terminológico, en definitiva considera que «en el texto sobra mucha literatura innecesaria, que hace y provoca una lectura difícil y compleja». Además, propone este acreditado órgano consultivo más de setenta redacciones alternativas al articulado del texto.

El Informe del Consejo General del poder judicial, de 11 de junio de 2015, coincide en señalar que desde esta perspectiva de técnica legislativa, el texto es «largo, complejo, con preceptos demasiado extensos y continuas remisiones», e igualmente propone abundantes mejoras, entre ellas la de aplicar el mismo régimen de control a todos los contratos del sector público, «habida cuenta que los principios que rigen esa contratación son los mismos con independencia del tipo y precio del contrato» (apartado 105 del informe).

El Consejo El Consejo Económico y Social de España, de 25 de junio de 2015, cuestiona expresamente que el anteproyecto de Ley consiga los dos objetivos esenciales que ha de plasmar por mandato de las Directiva. Afirma que la reforma de la contratación pública «no aborda el grave problema de la corrupción con la suficiente ambición y profundidad», y critica el «desacertado tratamiento dado en el anteproyecto a la manera de garantizar el adecuado cumplimiento de las normas sociales, laborales y medioambientales».

También es crítico el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la competencia (IPN/CNMC/010/2015), de 16 de julio de 2015, que considera que la Ley en gestación «podría dar una respuesta aún más efectiva a las deficiencias que aquejan a la contratación pública en España», y es especialmente censora desde la óptica de la eficiencia y la garantía de una defensa efectiva (con alguna medida llamativa como la necesidad de traducir los documentos de las licitaciones en todo caso al castellano y a otros idiomas internacionales).

El informe de Consejo de Estado al ALCSP, núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, coincide con en rechazar la complejidad de la Ley: «el resultado final es que el anteproyecto presenta una **estructura artificiosa y compleja** cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien no lo está, **en detrimento** incluso, en ocasiones, **de la seguridad jurídica**».

El Consejo El Consejo Económico y Social de España critica el «desacertado tratamiento dado en el anteproyecto a la manera de garantizar el adecuado cumplimiento de las normas sociales, laborales y medioambientales»

También supone una crítica al ALCSP, en mi opinión, la «Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo [SWD(2016) 263 final] (Bruselas, 27.7.2016 COM(2016) 518 final)»⁽¹¹⁾. Reclama el Consejo, a cambio de ampliar a dos años el plazo para que España corrija su situación de déficit público excesivo, **una reforma cualitativa de su normativa sobre contratación pública:**

(11) En el artículo ¿Reclama la UE a España una modificación sustancial del ALCSP?, publicado el 05/09/2016 en el Observatorio de la contratación Pública <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.250/relmenu.3/chk.3ce7618659d373afaa787558227bebaf>

«España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación.» (art. 1.6 de la Decisión del Consejo).

Fundamenta el Consejo su recomendación en unas consideraciones concretas sobre las carencias de la contratación pública en nuestro, recordando que «ha sido significativo el número de irregularidades con un impacto en la aplicación de la legislación sobre contratación pública de la UE puesto en conocimiento de la Comisión durante los últimos años» cometidas por España. Critica también la «baja tasa de publicación de los anuncios de contratos», y el correlativo **abuso del procedimiento negociado sin publicación previa y las adjudicaciones directas** (contratos menores, se supone). Parece traslucirse de esta Recomendación no solo una crítica directa a la extendida corrupción en la contratación pública española en todos los niveles (aunque la Recomendación habla solo de «irregularidades»), sino también al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, sobradamente conocido en la fecha de esa Recomendación.

El proyecto de Ley no corrige esas disfunciones generales y se limita a realizar correcciones puntuales en algunos preceptos, fundamentalmente para atender las consideraciones particularizadas del Consejo de Estado u otros informes sectoriales.

En conjunto el proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público es un texto excesivamente extenso y complejo, más incluso que el que sustituye, pues muchas de las incorporaciones de las Directivas o de la doctrina legal, lo hace de manera muy extensa y abigarrada, dificultado la comprensión más que facilitando su aplicación. Como ha señalado el profesor GIMENO, el texto parece «muy alejado de las expectativas y necesidades en esta materia en lo relativo a la prevención de la corrupción y mejora de la eficiencia»⁽¹²⁾.

La Ley no combate la corrupción de manera contundente mediante una clara exigencia de materializar la aplicación de los principios de transparencia e igualdad de trato en todas las fases de todos los contratos, cerrando los resquicios por los Tribunales han constatado se cuelan las prácticas corruptas, que han permitido que la contratación pública sea el ámbito de la gestión pública que más casos de corrupción ha sufrido al menos desde la crisis del urbanismo. Corrupción que no solo tiene un coste moral de pérdida de valores y de confianza en los gestores públicos, sino un coste económico enorme al que se han puesto cifras escandalosas (120.000 millones de euros al año en toda la UE, 47.500 millones en España⁽¹³⁾). La doctrina legal y jurisprudencial, las precisas recomendaciones de los órganos de fiscalización externa, órganos consultivos y la doctrina científica, aportan una adecuada batería de medidas que pueden contribuir a mejorar la transparencia y con ello la eficiencia del gasto público de los contratos, que el legislador no ha tenido en cuenta⁽¹⁴⁾. Por contra, el texto mantiene excesivas remisiones abiertas a los pliegos; no sanciona expresamente el incumplimiento de algunos mandatos (como por ejemplo a los de los arts. 28.2; 29.1 o 19.1 y 4); no prevé medidas eficaces para garantizar la libre concurrencia en los documentos de preparación de los contratos; no cierra la objetivación de la

(12) José María GIMENO FELIU, en el artículo Transparencia y prevención de la corrupción en los procedimientos de contratación pública. ¿Avanza el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público?, en la Revista de Estudios locales, n.º 145, diciembre 2016, pág. 16.

(13) La Comunicación de la Comisión Lucha contra la corrupción en la UE, de 2011 estimó que la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE de unos 120.000 millones de euros al año —el 1% del PIB europeo— (COM (2011) 308 final, de 6 de junio). El «Informe sobre el Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia», de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), aprobado el 5 de febrero de 2015, estimó en 47.500 millones la factura de la corrupción en la contratación pública, un 25% de los 194.000 millones que anualmente se destinan a licitaciones de servicios públicos con cargo al Estado.

(14) Recopilo toda esa doctrina y relaciono y justifico hasta cuarenta medidas, avaladas por la experiencia práctica, en el libro *Contratación Pública y Transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, Edit. El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid 2016.

forma de valorar las ofertas (art. 145); y no establece disposiciones imperativas en el control de la ejecución de los contratos ⁽¹⁵⁾. Incluso incluye previsiones contrarias a la transparencia que habían sido rechazadas en el anteproyecto por el grupo de expertos que participamos en su redacción, como la posibilidad de pagar por la «disponibilidad» en las concesiones (descartado por las directivas expresamente por cuanto supone no trasladar los riesgos del mercado al concesionario, art. 265.4); o permitir a las entidades del sector público que no son administraciones públicas aprobar sus propias normas internas de contratación (arts. 317 y 319).

Y la misma crítica puede decirse en cuanto al otro gran objetivo que ha de facilitar cumplir la nueva ley, la utilización estratégica de la contratación pública para lograr implementar con los recursos que se gestiona mediante contratos las políticas comunitarias derivadas de la Estrategia Europa 2020 en materia medioambiental y social, de promoción de la innovación empresarial y de fomento de la contratación con pymes. Así, no hay medidas efectivas para favorecer la participación de las pymes como contratistas principales (mayor plazo para presentar ofertas, pago directo,...), incluso permite excepcionar casi de manera absoluta la principal herramienta para permitir la concurrencia de las pymes, la contratación mediante lotes (art. 99.3). El proyecto tampoco regula de manera precisa la compra pública de innovación, diferenciando la compra precomercial de la compra de tecnología innovadora, y no promueve suficientemente la introducción de la innovación en la preparación, adjudicación y ejecución de los contratos. La introducción de consideraciones sociales y medioambientales quedan en todas las fases de la contratación a criterio del órgano de contratación, sin que ese sancione su no inclusión; ni siquiera se señala la obligatoriedad de respetar un salario de los mínimo obligatorio de los trabajadores que ejecutan los contratos, algo que ya se deduce del convenio 94 de la OIT de 1949 y se ha admitido como exigencia por todos los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (por todos TARC Aragón 72/2016, de 14 de julio) ⁽¹⁶⁾. No puede olvidarse a este respecto las constantes disposiciones normativas tanto de las comunidades autónomas como Ayuntamientos para aplicar este tipo de medidas ⁽¹⁷⁾.

Por todo ello considero que debería por lo tanto replantearse el texto en su integridad, consensuando un texto más sencillo y breve (el de la CCAA de Navarra, actualmente en exposición pública, tiene la mitad de preceptos), con un simultáneo desarrollo reglamentario y pliegos tipo. El texto debería prever medidas más precisas para garantizar la aplicación del principio de transparencia en todas las fases de todos los contratos como medida más eficaz para asegurar la integridad y la lucha contra la corrupción y la eficiencia en el gasto público; y debe imponer imponga la obligación de implementar con los contratos públicos las políticas de la

El texto debería prever medidas más precisas para garantizar la aplicación del principio de TRANSPARENCIA en todas las fases de todos los contratos

(15) Revista Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha n.º 6, Junio 2016, págs. 93 a 133. <http://www.castillalamancha.es/gobierno/vicepresidencia/estructura/gjjccm/actuaciones/gabilex-n%C2%BA7-tercer-trimestre-2016>

(16) Sin perjuicio de analizar con cautela en cada contrato las posibles limitaciones a la utilización estratégica de la contratación pública, como ha analizado Bernabé PALADÍN SAENZ en el artículo «La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿potencia sin control?», Revista Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha n.º 6, Junio 2016, págs. 14 a 57. <http://www.castillalamancha.es/gobierno/vicepresidencia/estructura/gjjccm/actuaciones/gabilex-n%C2%BA7-tercer-trimestre-2016>

(17) Muchas EELL y CCAA se han dotado de normas propias para favorecer este tipo de consideraciones en sus contratos, como la Instrucción 1/2015 del Ayuntamiento de Valladolid para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública del Ayuntamiento e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y promoción de las pymes; el Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación; el Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, etc....

unión en materia social, medioambiental, de innovación, y de promoción a las PYMES, disciplinando medidas eficaces y sencillas de aplicar para lograrlo.

No debe servir de excusa para aprobar el proyecto de Ley en tramitación haber superado el plazo para transponer las Directivas comunitarias, pues puede adoptarse una norma sencilla de transición, partiendo, por ejemplo, del Acuerdo 147/2015, de 23 de diciembre, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León en materia de contratación administrativa; y el Decreto-ley de la Generalitat de Catalunya, 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública. En esta línea, ya se ha aludido al acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre para dejar de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad sin esperar siquiera a la tramitación un proyecto de ley que con el mismo objetivo había remitido a las Cortes ⁽¹⁸⁾.

De no optarse por un nuevo proyecto normativo, al menos considero que en el proyecto que está en tramitación deberían hacerse las correcciones siguientes:

- Aplicar el mismo régimen a los contratos de todo el sector público, sean no administraciones públicas (medida establecida en Castilla y León por el citado acuerdo 147/2015) y estén sometidos o no a regulación armonizada por razón de su cuantía (sin perjuicio de la publicación en el DOUE).
- Extender el recurso especial a todos los contratos y establecer una acción pública en estos (art. 44; así lo han propuesto en los informes citados tanto el Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado, CES, CNMC y la doctrina científica).
- Sancionar con la nulidad los contratos que no incluyan la memoria justificativa precisa que exige el art. 116 (criterio de la STS de 3 de noviembre de 2011; ATACP Madrid 105/2016, de 1 de junio; y recomendación constante del Tribunal de Cuentas, por todos, el informe 1176/2016).
- Señalar con claridad que no podrán contratarse de bienes, obras o servicios que no cumplan toda la normativa medioambiental de la UE en su elaboración o ejecución (anexo V).
- Precisar mejor la excepcionalidad de extender el plazo máximo de duración de los contratos de servicios y de concesiones por encima de los cinco años cuando no sea posible amortizar inversiones en más de un contrato, y acompañar los plazos máximos con los de amortización fiscal de activos (art. 29.4 y 6).
- No admitir más excepciones a la división de los contratos en lotes que la imposibilidad objetiva física o técnica de ejecutar la prestación por diferentes empresas (suprimir el párrafo tercero del art. 99.3).
- Unificar la regulación del contrato de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos (como hace la Directiva 2014/2023 y ha sido tradicional en nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2003 y se mantiene en el RSCL, art. 114); regular de manera precisa la apli-

(18) Recordamos que algunos de los compromisos del Pacto PP-CIUDADANOS para la investidura de Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno, de 28 de agosto de 2016 «150 compromisos para mejorar España» iban en esta línea, abogando por reforzar la competencia y la transparencia en la contratación pública. La medida 109 en concreto recoge lo siguiente: Impulsar, de forma inmediata, una reforma de la Ley de Contratos del Sector Público que incorpore las Directivas UE 2014/2023, 2014/2024 y 2014/2025, con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento.

cación del principio de mantenimiento del equilibrio económico en estos contratos (arts. 268 y 288) y descartar el pago por «disponibilidad» (art. 265.4).

- Regular un procedimiento simplificado más ágil (art. 157) que permita proscribir la adjudicación directa (contratos menores, art. 118) solo para necesidades esporádicas no habituales (como han reiterado los OCEX); regular como se debe realizar la negociación en el procedimiento negociado para garantizar la transparencia (art. 167); simplificar el nuevo procedimiento de asociación para la innovación (arts. 176 a 180). Regular la contratación conjunta esporádica que no se ha trasladado de la Directiva (art. 38) al PLCSP.
- Precisar, siguiendo la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales y jurisdiccionales, la forma de valorar los criterios matemáticos y no matemáticos para adjudicar los contratos (art. 145). Rechazar las ofertas que no garanticen a los trabajadores que ejecuten los contratos el salario y demás condiciones laborales que el convenio del sector aplicable establezca como mínimas, aunque la empresa licitadora haya podido descolgarse de él (salvo que sean superiores a las de los empleados públicos del órgano de contratación) (art. 147 en relación con el 101 y convenio 94 de la OIT).
- Establecer el mismo régimen y exigencias en las modificaciones de todos los contratos, con independencia de su cuantía, garantizando los límites impuestos por la jurisprudencia del TJUE (arts. 201 a 204).
- Imponer la tramitación electrónica de todos los contratos (sin perjuicio de los derechos reconocidos a las personas físicas en otras leyes) y establecer la Plataforma de Contratos del Sector Público (art. 340) como portal único para presentar ofertas en formato electrónico (con independencia del gestor de expedientes de contratación que cada poder adjudicador utilice).

V. CONCLUSIONES

La obligación de transponer las Directivas comunitarias al haber agotado nuestro país sobradamente el plazo para hacerlo, no debería servir de excusa para no repensar el proyecto de Ley de contratos en tramitación parlamentaria, en pos de un texto más breve y claro, que aborde con mayor rigor y precisión la materialización del principio de transparencia para prevenir la corrupción en todas las fases de la contratación pública y establecer mandatos más imperativos para generalizar la utilización estratégica de la contratación pública de los contratos de todo el sector público para fomentar la innovación empresarial, facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y aplicar criterios sociales y medioambientales a través del aprovisionamiento público de obras, bienes y servicios.