

## DIPUTACION PROVINCIAL DE ZARAGOZA

### JORNADA SOBRE EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN Y OTRAS NOVEDADES EN EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. (Zaragoza, 15 y 25 de abril de 2011)

#### **Incidencia de la Ley 3/2011, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón en las Entidades Locales (medidas de simplificación y racionalización)**

Por María Asunción Sanmartín Mora. Jefe de Servicio de Asuntos Administrativos de la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón. Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón y del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

#### I.- La Ley 3/2011 y su aplicación a las Entidades Locales

La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, es la primera normativa propia de la Comunidad Autónoma en materia de contratación pública y se dicta al amparo de las competencias que el artículo 75.11 y 12 del Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye a la Comunidad Autónoma, para el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución Española, en relación con la contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma y de las restantes administraciones públicas aragonesas, incluidas las Entidades Locales y su sector público.

La Ley tiene un triple objetivo, establece medidas de simplificación y racionalización de la contratación del sector público de Aragón, fomenta la consecución de objetivos sociales en la

contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante TACPA).

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley, a las Entidades Locales aragonesas y a sus organismos públicos y demás entidades vinculadas o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador, solo se les aplican las disposiciones referentes al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Sin embargo, la Disposición Adicional octava establece que lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Ley será de aplicación a las Entidades Locales aragonesas y a sus organismos públicos y demás entidades vinculadas o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador, hasta la aprobación de su legislación específica.

Este distinto régimen de aplicación de las previsiones de la Ley a las Entidades Locales, se debe a que inicialmente, en el proyecto de ley que aprobó el Gobierno de Aragón el 25 de enero de 2011, solo eran de aplicación a las Entidades Locales los preceptos relativos al TACPA, pues en relación con la contratación local, se estaba tramitando en las Cortes de Aragón el proyecto de Ley del Patrimonio, el Servicio Público y la Contratación Local de Aragón, que contenía en el Título III medidas de simplificación y racionalización de la contratación similares. El proyecto de Ley del Patrimonio, el Servicio Público y la Contratación Local de Aragón, admitido a trámite el 9/12/2010, se tramitaba por el procedimiento legislativo ordinario, mientras que el de medidas de contratación del Sector Público, admitido a trámite el 3/2/2011, se tramitó por el procedimiento de lectura única y especial. Por eso, llegado el momento en el que quedó claro que el proyecto relativo a los entes locales iba a decaer al no poder aprobarse dentro de la legislatura, se introdujo, dentro del trámite de enmiendas al proyecto de ley de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón

(transacción nº 58), la Disposición Adicional octava, con el objeto de que se aplicarán transitoriamente a las Entidades Locales aragonesas y a su sector público, las disposiciones en materia de simplificación y racionalización. Únicamente quedan exceptuadas de la aplicación a las Entidades Locales, las disposiciones relativas a las reservas sociales de contratos y a la composición y funcionamiento de las mesas de contratación, artículos 7 y 8 de la Ley, respectivamente.

La Ley, publicada en el Boletín Oficial de Aragón de 10 de marzo de 2011, entrará en vigor, en lo que respecta a las medidas de simplificación y racionalización a los dos meses de su publicación, es decir el 10 de mayo de 2011. Las normas relativas al TACPA entraron en vigor al día siguiente, el 11 de marzo.

El objeto de esta ponencia es el análisis de las medidas de simplificación y racionalización de la Ley 3/2011 que son aplicables a las Entidades Locales, puesto que del TACPA, su composición y funcionamiento se ocuparan otros ponentes.

## II.- Medidas de simplificación y racionalización de la contratación contenidas en la Ley 3/2011, aplicables a las Entidades Locales aragonesas y a su sector público.

Las medidas de simplificación y racionalización de la Ley 3/2011, aplicables a los entes locales, son de dos tipos. Por un lado, en los artículos 4 y 9 se contienen medidas dirigidas a aumentar la concurrencia en los procedimientos de contratación y por ende a conseguir una más eficiente utilización de los fondos públicos. Por otro, en los artículos 5, 6, 10, 11, 12 y 13 se contienen medidas de simplificación y de racionalización que contribuyen a agilizar y reforzar la seguridad jurídica de los procedimientos.

## II. 1.- Medidas de fomento de la concurrencia.

- Prohibición de discriminación en razón de la forma jurídica de los licitadores (Artículo 4.1).

El artículo 4 establece en el apartado 1, la imposibilidad de rechazar en la licitación de los contratos de servicios a los contratistas por la sola circunstancia de su condición de persona física o jurídica.

La prohibición de discriminación en virtud del tipo de persona, física o jurídica, es aplicable a todos los contratos, ocurre sin embargo, que en la práctica administrativa, ha sido fundamentalmente en la contratación de servicios cuyo objeto consiste en la prestación de servicios profesionales por un facultativo, en la que los órganos de contratación han dudado en ocasiones, de la posibilidad de contratar con una sociedad civil o mercantil, entendiéndose que solo las personas físicas cumplían con el requisito de la habilitación profesional.

Diversas sentencias e informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado (en adelante JCCAE), entre otros el Informe 3/03, de 28 de febrero de 2003, se plantean si se puede contratar el ejercicio de actividades profesionales que exigen titulación oficial e incluso colegiación obligatoria, con entidades mercantiles o societarias. La JCCAE y la jurisprudencia han dejado claro que no se puede discriminar en la licitación de los contratos por ser persona física o jurídica, debiendo admitirse ambas, si bien a las personas jurídicas se les puede exigir que indiquen en sus ofertas el nombre y cualificación profesional de las personas responsables de la ejecución del servicio. Este es el criterio que se plasma en el apartado primero del artículo 4.

Cuestión distinta es, como la condición de persona física o jurídica del empresario determina, de forma importante, la acreditación de la solvencia. Según pone de relieve el Informe JCCAE 78/09, de 23

de julio de 2010, sobre «Requisitos respecto de los medios de acreditación de solvencia económica y financiera referidos a informe de instituciones financieras y seguro de riesgos profesionales», es diferente la exigencia de medios de prueba según que el licitador sea una empresa o un profesional.

Recordemos que el artículo 64. 1 a) de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), dispone que la solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse mediante declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales. Según el criterio de la JCCAЕ, cuando los licitadores que optan a la adjudicación de un contrato tengan la calificación de empresarios podrá exigírsele la acreditación de su solvencia mediante la aportación de informes de entidades financieras. Por el contrario en los casos en que se trate de profesionales, tales informes deberán ser sustituidos por la aportación del justificante de la existencia de un seguro de indemnización de riesgos profesionales. La diferencia que justifica la exigencia de un seguro de responsabilidad civil a los profesionales, en lugar de exigirles la acreditación de estar en posesión de un patrimonio neto mínimo, radica, precisamente, en que el ejercicio de una profesión, en general, no requiere de la existencia de una organización ni contar con unos determinados medios financieros, sino que puede ser ejercida individualmente y con unos medios financieros irrelevantes, sin que por ello tenga que verse afectado el resultado del ejercicio profesional. Por el contrario, para el ejercicio de las actividades mercantiles propias de los contratos de obras y servicios que no tengan carácter profesional, sí es exigible la existencia de tal organización y disposición de medios.

- Exigencia de consulta a tres empresas en determinados contratos menores (Artículo 4.2).

El artículo 4, contiene una gran novedad, como es la exigencia de realizar en determinados contratos menores, la consulta a tres empresas. Dice su apartado segundo:

*«En los contratos menores de obras que superen los 30.000 euros y en los de servicios y suministros que superen los 6.000 euros excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo que solo pueda ser prestado por un único empresario, se necesitará consultar al menos a tres empresas, siempre que sea posible, que puedan ejecutar el contrato utilizando preferentemente medios telemáticos»*

Esta regulación salva la incongruencia que supone que la Ley General de Subvenciones exija en su artículo 31.3 que cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 30.000€ en el supuesto de coste por ejecución de obra, o de 12.000€ en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario debe solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, mientras que en la LCSP no hay una exigencia similar. No existe justificación alguna para entender que el requisito de promover concurrencia que se impone a los beneficiarios de una subvención pública, no se exija a las propias Administraciones Públicas.

No dice el artículo 4.2 como realizar ese trámite de consulta, pero si que hay que recalcar que la consulta debe realizarse a empresas que por el objeto de su actividad y por su ámbito territorial de actuación, puedan efectivamente presentar ofertas y ejecutar el contrato.

En cuanto al contenido del expediente, hay que entender que además de los documentos que regula el artículo 95 LCSP, deberá completarse el mismo, a semejanza del artículo 30.3 LGS, con la justificación de haberse realizado la consulta o en otro caso de no ser posible realizarla por existir un único empresario u otras circunstancias que lo impidan. Además, si realizada la consulta no se ha optado por la propuesta más económica, habrá que justificar expresamente el por qué de la elección.

El artículo 4.2 no impide que los entes locales puedan fijar unas cuantías inferiores a las de la LCSP, como limite para la utilización del contrato menor, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final séptima de la LCSP. Si se fijan esos limites, a los contratos con valor estimado superior les será aplicable el procedimiento negociado o el simplificado con sus requisitos de publicidad, etc. Este precepto solo obliga a que si se utiliza la figura del contrato menor, se consulte, siempre que sea posible, a tres empresas.

- Aclaración de ofertas (Artículo 9).

El artículo 9 incorpora la jurisprudencia comunitaria sobre las ofertas ambiguas, estableciendo que únicamente podrá requerirse información a los candidatos o los licitadores tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato.

En estos supuestos, la Mesa de contratación o el órgano de contratación podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta.

Es un precepto aplicable a los procedimientos abiertos y restringidos, en los que la LCSP pone el énfasis en que está prohibida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores. Esto implica que las ofertas iniciales de los licitadores son inamovibles y conlleva que se evite todo contacto con los licitadores en la fase de valoración para evitar contaminar el procedimiento. Por tanto se plantea que pueden hacer, la mesa o el órgano de contratación cuando se encuentran ante una oferta que contiene un error fácilmente integrable o resulta ambigua en algún aspecto.

El Tribunal de la Unión Europea, en su sentencia de 10 de diciembre de 2009 (Antwerpse Bouwwerken/Comisión. Asunto T-195/08), se pronuncia sobre la actuación correcta de un órgano de contratación cuando se enfrenta ante ese supuesto. Analiza un precepto del Reglamento de ejecución de la Comisión Europea, el artículo 148.3 que dice textualmente: *«Tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma, el órgano de contratación podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta»*. El Tribunal entiende, que el contenido de dicho artículo es conforme con las Directivas de contratos públicos, y además considera con carácter general que cuando en un procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación se enfrenta a una oferta ambigua, y la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, la desestimación pura y simple de dicha oferta es contraria a las exigencias de una buena administración. La sentencia rechaza que una interpretación puramente literal y estricta de los requisitos de los pliegos de condiciones, dé lugar a que se desestimen, por omisiones o por errores materiales manifiestos e insignificantes, ofertas económicamente

ventajosas, eso sí, siempre que en aras de la seguridad jurídica, el órgano de contratación pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los pliegos.

Dado que la LCSP no ha incorporado un precepto similar, y que la JCCAЕ no ha mantenido un criterio claro respecto de las ofertas ambiguas, pasando de una postura muy rígida en la que propugnaba el rechazo de la oferta en todo caso (Informe 51/2006, de 11 de diciembre), a un criterio más flexible (Informe 23/2008, de 29 de septiembre) en el que permitía a la mesa de contratación solicitar aclaraciones aplicando el artículo 87.1 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la situación es de incertidumbre. Por ello, la Ley 3/2011, al regular específicamente este trámite consigue dotar de mayor seguridad jurídica a la actuación de mesas y órganos de contratación.

La redacción del artículo 9 es similar al precepto analizado en la Sentencia citada, añadiendo únicamente y para mayor transparencia que se deje constancia documental de las actuaciones realizadas en el expediente.

## II. 2.- Medidas de simplificación y racionalización de los procedimientos

La Ley 3/2011, introduce una serie de medidas que buscan dotar de mayor agilidad a los procedimientos y aligeran la carga documental y económica que las licitaciones suponen para las empresas.

En este sentido, se adelanta a algunas de las ideas que ha recogido el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado

europeo de la contratación pública más eficiente (27.1.2011). En este documento se plantean medidas para mejorar el acceso de las PYME y las empresas incipientes a la contratación pública que consisten básicamente en la reducción de las cargas administrativas en la fase de selección permitiendo la presentación de declaraciones responsables, se pone de relieve la necesidad de dotar a los poderes adjudicadores más pequeños, regionales y locales, de un marco procedimental más ligero para la adjudicación de los contratos y se estudia generalizar la posibilidad de acelerar plazos en determinadas circunstancias.

- Posibilidad de aportar fotocopia de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos (artículo 5).

El artículo 5 de la Ley 3/2011, permite que los licitadores puedan presentar la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia, mediante fotocopias, salvo en lo que respecta a las declaraciones responsables. Si el licitador opta por esta posibilidad y es propuesto como adjudicatario, se le requerirá para que aporte la documentación original o copia compulsada junto con el resto de la documentación exigible para la adjudicación del contrato, es decir, en el plazo de 10 días hábiles que establece el artículo 135.2, deberá aportar los originales o copias compulsadas correspondientes, junto con la documentación acreditativa de hallarse al corriente en las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, la acreditación de que dispone de los medios que se ha comprometido a adscribir al contrato y la garantía definitiva.

Se trata de un precepto aplicable con carácter general y directamente en todos los procedimientos de adjudicación sin que sea necesaria una previsión específica en los pliegos de cláusulas administrativas.

Para dar más agilidad al procedimiento, se opta por incluir el trámite de aportación de la documentación original o compulsada, en el plazo del artículo 135.2, entendiendo que aunque el órgano que va a revisar la concordancia entre fotocopias y documentos originales o compulsados, no va a ser la mesa de contratación, en ningún caso, sino el servicio gestor, ello no supone ningún impedimento puesto que se trata de una operación que no exige de valoraciones o consideraciones jurídicas sino que consiste únicamente en cotejar, comprobar que materialmente concuerdan ambas documentaciones.

- Sustitución de la documentación acreditativa de los requisitos previos por declaraciones responsables (artículo 6).

El artículo 6 establece que en los procedimientos negociados y simplificados en los que se haya optado por no constituir mesa de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento equivalente podrá permitir a los licitadores que sustituyan la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos por la presentación de una declaración responsable suscrita por el licitador o su representante, reconociendo que cumple los requisitos de capacidad, representación y solvencia exigidos y comprometiéndose a acreditarlos en caso de que vaya a ser propuesto como adjudicatario.

Con carácter previo a la adjudicación del contrato, se requerirá al que vaya a ser propuesto como adjudicatario para que aporte la documentación acreditativa de su capacidad, representación y solvencia en el plazo de cinco días hábiles.

En este caso, no se trata de un precepto de aplicación general y directa, únicamente en los procedimientos negociados y simplificados en los que se haya optado por no constituir mesa, y previéndolo en el

pliego de cláusulas administrativas particulares o el pliego de condiciones, los licitadores podrán sustituir la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia por una declaración responsable.

La razón de ser de esta medida es liberar a los licitadores en los procedimientos más sencillos, de la carga que supone la aportación documental de la acreditación de los requisitos previos, permitiendo que la misma solo se exija al licitador que vaya a ser propuesto como adjudicatario.

La instrumentación concreta de dicha aportación en el procedimiento simplificado se regula en el artículo 10 de la Ley, solapando ese trámite con el requerimiento de la documentación del artículo 135.2. En los procedimientos negociados, dependerá de lo que establezcan los pliegos de cláusulas administrativas que podrán contemplar un trámite previo al requerimiento del artículo 135.2, o hacerlo coincidir con ese plazo de 10 días para conseguir una mayor agilidad.

- Procedimiento simplificado de adjudicación (artículo 10).

A pesar de la denominación del artículo, Ley regula no tanto un procedimiento nuevo como una simplificación del procedimiento abierto. El procedimiento simplificado respeta los elementos estructurales del procedimiento abierto, publicidad, ausencia de negociación con los licitadores y adjudicación en base a criterios previamente fijados y ponderados, pero simplifica fundamentalmente los aspectos relativos a la publicidad, pues se exige únicamente publicidad en el perfil de contratante y no en boletines oficiales, y a los plazos de presentación de ofertas, que se reducen.

El ámbito subjetivo de utilización del procedimiento se limita a las Administraciones Públicas, lo que no impide que el resto de los entes del sector público puedan contemplar una tramitación similar en sus instrucciones de contratación.

El ámbito objetivo de aplicación se circunscribe a contratos de obras de valor estimado inferior a 2.000.000 de euros y contratos de suministro y servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido.

La utilización del procedimiento es potestativa y se presenta fundamentalmente como una alternativa a la utilización de los procedimientos negociados. Los procedimientos de contratación ordinarios en la Ley de Contratos del Sector Público son el procedimiento abierto y el restringido, con carácter general. Sin embargo, la LCSP permite utilizar como procedimientos ordinarios por razón de la cuantía el procedimiento negociado con publicidad (para valor estimado inferior a un 1.000.000 de euros en obras y a 100.000 euros en servicios y suministros) y el procedimiento negociado sin publicidad (para valor estimado igual o inferior a 200.000 euros en obra y a 60.000 euros en suministros y servicios).

La regulación de estos procedimientos negociados por razón de la cuantía se justifica en la exposición de motivos de la LCSP como una medida de simplificación. En ese sentido, hay que reconocer que aplicar íntegramente los trámites del procedimiento abierto, y aún más del restringido, a contratos relativamente pequeños exige una cantidad desproporcionada de tiempo y esfuerzo.

Sin embargo, la práctica administrativa, ha puesto de relieve, que pese a la intención del legislador, los procedimientos negociados no son sencillos. Al contrario, en el caso del procedimiento negociado con publicidad estamos ante una tramitación mucho más compleja

que la de un procedimiento abierto. Por su parte el procedimiento negociado sin publicidad puede ser más ágil en su tramitación, aunque no tanto si verdaderamente se negocia, por la complejidad que esta representa, pero además conlleva una limitación importante de los principios de publicidad y transparencia.

Es por ello que dotar a los poderes adjudicadores de un procedimiento que sea ágil, sencillo y a la vez sujeto a publicidad y a criterios de valoración previamente fijados y ponderados, “un abierto simplificado” es una buena medida.

En procedimiento que diseña el art. 10 tiene las siguientes características específicas:

- Las condiciones jurídicas, económicas y técnicas de ejecución del contrato se recogen en un único documento, el pliego de condiciones. Se prevé la posibilidad de aprobar pliegos tipo.
- No se exige garantía provisional.
- La publicación de anuncios se realiza únicamente en el perfil de contratante.
- El plazo para presentación de proposiciones se reduce, pues se establece que no sea inferior a diez ni superior a veinte días naturales a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio.
- La constitución de la Mesa de contratación es potestativa.
- Si no se constituye mesa, las funciones de calificación, admisión o exclusión de licitadores corresponden al órgano de contratación, la valoración y la propuesta de adjudicación deberán realizarla una unidad técnica que estará compuesta al menos por dos miembros del personal del órgano de contratación que desempeñen actividades relacionadas con la materia objeto del contrato o que hayan

participado directamente en la tramitación del procedimiento. A esta unidad técnica le corresponde también la recepción de ofertas.

- Si no se constituye mesa, como ya se ha dicho anteriormente, se permite que previéndolo en el pliego, se pueda sustituir la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos por una declaración responsable. Los licitadores que hagan uso de esa opción deberán acreditar en el plazo de cinco días hábiles la posesión y validez de los documentos exigidos, cinco días que coincidirán con los primeros del plazo de diez que marca el artículo 135.2 LCSP.

Se trata, como vemos de una regulación de mínimos que deja margen para que cada órgano de contratación pueda adaptar el procedimiento a sus singularidades en los pliegos de condiciones que apruebe. En este sentido es necesario poner de relieve que como ya se ha dicho anteriormente, la utilización del procedimiento simplificado es potestativa, y el órgano de contratación tiene que utilizarlo de forma adecuada al principio de proporcionalidad. Dicho principio ha sido analizado por la Jurisprudencia Comunitaria en diversas sentencias, por todas la STJUE de 10 de diciembre de 2009, antes citada, en el sentido de entender que *«principio de proporcionalidad que exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos»*

De acuerdo con lo anterior, no procederá la utilización del procedimiento simplificado en aquellos contratos que aún siendo de cuantía relativamente pequeña, sus características conlleven una cierta

complejidad, como por ejemplo que sea necesario permitir la presentación de variantes. Tampoco es aconsejable utilizarlo cuando en la valoración se toman en consideración criterios sujetos a juicio de valor, con la exigencia de dos actos públicos de apertura y de valoraciones separadas.

Asimismo, recordar que el artículo 10 se aplica a las Entidades Locales de forma transitoria por lo que su regulación específica, cuando se apruebe, puede contemplar las peculiaridades que se estimen necesarias, como por ejemplo flexibilizar el número de componentes de las unidades técnicas para los entes de pequeño tamaño.

Al regular el procedimiento simplificado, la Comunidad Autónoma de Aragón ha adoptado una medida valiente pero sin extralimitarse en sus competencias.

En este sentido, hay que hacer una primera precisión y es que dicho procedimiento no se aplica a los contratos sujetos a regulación armonizada. El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de lo básico en materia de contratación en el dictamen 514/2006 relativo al Anteproyecto de LCSP, y analizando la relación entre normativa básica y normas de derecho comunitario sobre contratos públicos, entiende que *«el común denominador normativo contenido en una directiva está llamado a coincidir por regla general, con el concepto de bases en supuestos de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque por supuesto no incida ni altere la distribución interna de competencias»*. Esta identificación de lo básico en materia de contratación con el contenido de las directivas comunitarias ha tenido eco en la doctrina jurídica y hay voces que reclaman que la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada se considere competencia autonómica con el único límite del respeto a los principios comunitarios.

Entrando en el análisis de las posibles causas de extralimitación, una primera objeción podría derivarse de considerar que los procedimientos de adjudicación del artículo 122 LCSP constituyen un «*numerus clausus*» y que por ello no es posible que la Comunidad Autónoma cree un procedimiento diferente. Sin embargo, el procedimiento simplificado, como ya se ha dicho, viene a ser una simplificación del procedimiento abierto. La existencia de procedimientos con especialidades sobre los procedimientos del artículo 122 LCSP, no es una novedad. Así, el Real Decreto Ley 6/2010 creó un procedimiento especial para la contratación de empresas de servicios energéticos en el sector público en el artículo 20.1, con una serie de normas procedimentales específicas que van desde la declaración de tramitación urgente “*ex lege*”, a establecer unos plazos especiales para realizar la adjudicación provisional y para elevar la adjudicación provisional a definitiva.

Por lo que respecta a los concretos aspectos del procedimiento simplificado que parecen no atenerse a la regulación básica de la LCSP, estos serían los relativos a la publicidad y los plazos de presentación de proposiciones, en los contratos de obras de valor estimado igual o superior a 1.000.000 e inferior a 2.000.000 de euros y los de servicios y suministros entre 100.000 y 150.000 €, que son los que a tenor de la LCSP deberían ser objeto de un procedimiento abierto.

En cuanto a la publicidad, la restricción consistiría en la ausencia de publicidad en boletines oficiales puesto que en el procedimiento simplificado se exige únicamente en el perfil. En este aspecto hay que hacer una acotación importante y es que cuando el artículo 10.2 c) se refiere al perfil de contratante, hay que entender que se refiere al perfil de contratante del Gobierno de Aragón, y ello por que en el proyecto inicial este artículo 10 se aplicaba solo a la Administración de la Comunidad Autónoma, por ello y dado que el Boletín Oficial de Aragón,

desde el 1 de mayo de 2008, se pública electrónicamente, en la misma sede electrónica que el perfil de contratante de la Comunidad Autónoma (<http://www.aragon.es>) el requisito de publicidad se entendía debidamente cumplido. Por ello, los entes que no hayan integrado su perfil de contratante en el perfil de contratante del Gobierno de Aragón deberían evitar la utilización del procedimiento simplificado para los contratos de obras de valor estimado entre 1.000.000 y 2.000.000 de euros y los de servicios y suministros entre 100.000 y 150.000 €.

La integración de todos los perfiles del sector público aragonés en el perfil de contratante del Gobierno de Aragón, ha sido recomendada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (en adelante JCCAA), en su Recomendación 2/2008, de 3 de noviembre, relativa a la interoperabilidad entre los distintos perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público, pues con la creación de una plataforma autonómica de contratación, se conseguiría facilitar a los licitadores el acceso a la información de las licitaciones, y además de forma gratuita.

En cuanto a los plazos de presentación de proposiciones, los mismos no son inferiores a los que se marcan para los procedimientos abiertos declarados urgentes y por tanto deberá ser el órgano de contratación el que de acuerdo con el principio de proporcionalidad fije el plazo adecuado a cada contrato teniendo en cuenta la complejidad de la elaboración de las ofertas.

- Formalización de contratos basados en acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición (artículo 11).

El artículo 11 se ocupa de la formalización de los contratos derivados de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de contratación y establece que para aquellos de importe inferior a 100.000 euros se realizará del modo que se determine en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares, que, en todo caso, deberá dejar constancia de la voluntad de ambas partes.

El fundamento de este precepto trae causa de una de las modificaciones más relevantes de las introducidas por la Ley 34/2010 de 5 de agosto, en la LCSP, como es fijar el momento de la perfección de los contratos en el acto de la formalización y no en el de adjudicación como había sido tradicional en el derecho español. Como consecuencia de ello, los artículos 182.5 y 186.6 LCSP, fueron modificados en el sentido de exigir que los contratos derivados de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición también se formalicen de forma obligatoria.

Esto ha supuesto una gran limitación práctica ya que estos contratos derivados vienen funcionando por razones de agilidad, en muchos casos como meros encargos de ejecución o pedidos, exigir la formalización de los mismos en un documento administrativo en la forma tradicional conllevaría la pérdida de la eficacia de estos sistemas de contratación. Es por ello que el artículo 11, prevé que en los pliegos que regulan cada acuerdo-marco o sistema dinámico de adquisición se pueda fijar el modo de realizar la formalización de los contratos derivados de importe inferior a 100.000 euros (debe entenderse que es IVA excluido) siempre quede constancia de la voluntad de las partes.

- Criterio de resolución de empates (artículo 12)

La LCSP regula los criterios de valoración de las ofertas para determinar la económicamente más ventajosa en el artículo 134. Sobre el supuesto de que en un procedimiento de adjudicación resulten empatadas varias proposiciones como las más ventajosas la disposición adicional sexta de la norma, dedicada a la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro, establece preferencias en la adjudicación de los contratos que solo son aplicables a favor de proposiciones que igualen en sus términos las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación, y que por tanto actúan como criterios de desempate entre ofertas. Ahora bien, su inclusión en los pliegos es facultativa para el órgano de contratación, y la LCSP no regula un criterio de desempate de aplicación subsidiaria en los casos en que no se ha previsto dicha eventualidad en los pliegos, o en los que aun habiéndose previsto persiste el empate.

La JCCAA en su Informe 7/2010, se pronunció en el sentido de considerar que: *«dado que el órgano de contratación debe adjudicar el contrato en todo caso por imperativo del artículo 135 LCSP y puesto que por respeto a los principios de transparencia y no discriminación no puede aplicar criterios de desempate que no haya establecido previamente en el pliego, no tiene otra posibilidad que acudir al sorteo, y ello en aras del principio de eficacia de las Administraciones Públicas consagrado en el artículo 103 de la Constitución que permite integrar esta laguna de la LCSP. En todo caso el sorteo deberá realizarse en condiciones que garanticen la publicidad y el tratamiento igual a los licitadores. Se recomienda a todos los órganos de contratación que incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reglas de*

*preferencia para la adjudicación de los contratos y/o criterios de desempate en caso de igualdad entre proposiciones más ventajosas».*

El artículo 12 de la Ley 3/2011, incluye unos criterios de desempate que se utilizan solo si no se han previsto criterios de desempate en los pliegos, o cuando previstos y aplicados el empate persiste. Se aplican en cascada, en primer lugar el empate se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que este no sea inferior al 2 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que este no sea superior al 10 por 100, y persistiendo empate, a favor de la empresa que acredite la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género, o, en última instancia, a través de un sorteo.

La mesa de contratación o la unidad gestora del contrato requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas, otorgándoles un plazo mínimo de cinco días naturales para su aportación.

Como vemos se trata de criterios objetivos y definidos, únicamente el relativo a la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género, es menos preciso, aunque el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, regula la concesión y utilización del distintivo *«Igualdad en la Empresa»* y dispone que cuando los órganos de contratación dispongan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia para aquellas empresas que establezcan medidas tendentes a promover la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa, se entenderá que cumplen tal requisito las poseedoras del distintivo empresarial, ahora bien, sin perjuicio de que tal circunstancia pueda acreditarse por cualesquiera otros medios que el órgano de contratación determine.

- Plazo para resolver los procedimientos de resolución contractual (Artículo 13).

El artículo 13 regula el plazo específico para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por las entidades que, a efectos de contratación, tengan la consideración de Administración Pública. Fija un plazo de seis meses frente al plazo general de tres meses que establece el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual resulta claramente insuficiente en un procedimiento como el de resolución que exige entre otros tramites el informe del Consejo Consultivo cuando se formula oposición por el contratista lo que conlleva en numerosos supuestos que el órgano de contratación incumpla la obligación de resolver en plazo. El plazo se computa desde la fecha en la que el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, acuerde la incoación del procedimiento de resolución.