

INFORME DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

INF/01/2022

Pleno

Presidente

D. Ángel Luis Monge Gil

Vocales

D^a M^a Cristina Fernández Fernández

D. Fernando Sanz Gracia

D. José Luis Buendía Sierra

D. Javier Nieto Avellaned

Letrada

D^a Isabel Caudevilla Lafuente

Secretario

D. Daniel Bernal Márquez

Zaragoza, a 5 de abril de 2022

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada al margen, y siendo ponente D^a M^a Cristina Fernández Fernández, ha examinado el texto del Anteproyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

A la vista del examen del citado texto normativo, se emite el siguiente

INFORME

1. Competencia para informar del TDCA.

Según el artículo 3 letra i del Decreto 29/2006, de 24 de enero, por el que se crean y regulan los órganos de defensa de la competencia en Aragón, el TDCA podrá *“Emitir informes en materia de libre competencia a iniciativa propia o cuando sea solicitado para ello por el Gobierno de Aragón o sus Consejeros, el Pleno de las Cortes de Aragón o sus Comisiones, las Entidades Locales aragonesas a través de su Alcalde o Presidente y las organizaciones empresariales, los sindicatos de trabajadores y las asociaciones de consumidores y usuarios.”*

2. Antecedentes

El Anteproyecto sometido a informe consta de un índice, una exposición de motivos y una parte dispositiva integrada por un total de ciento cuarenta y tres artículos que se distribuyen en cuatro títulos subdivididos a su vez en capítulos, secciones y subsecciones, doce disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y cinco finales.

En la exposición de motivos del Anteproyecto aragonés se justifica la elaboración de la norma por la necesidad de alinear la regulación autonómica sobre contratación pública con los objetivos perseguidos por las últimas reformas legislativas en esta materia, tanto en Europa como en España, con las que se ha buscado la mejora de la eficiencia del gasto público y un mejor uso de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales. El momento es oportuno, según se señala, una vez establecidas las disposiciones básicas en la materia a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

También se refiere el Anteproyecto a la obsolescencia de la Ley aragonesa 3/2011, de 24 de febrero, debido a las transformaciones producidas en el campo de la contratación pública en los últimos años, por ejemplo, por la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón, la Ley 5/2017, de 1 de junio, de integridad y ética públicas, o la Ley 5/2021, de 29 de junio, de organización y régimen jurídico del sector público autonómico de Aragón. Y el proceso de digitalización no es menos trascendente.

Menciona igualmente el Anteproyecto el mandato presente en la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa, de redactar un texto refundido para dotar de mayor seguridad jurídica a la aplicación de la normativa contractual de Aragón, puesto que el régimen de contratos se había ido dispersando con el tiempo. Así, reza, se aspira a concentrar en un único cuerpo legal las principales reglas autonómicas de rango legal que inciden en la contratación.

También han sido relevantes las sentencias 237/2015, de 19 de noviembre y 68/2021, de 18 de marzo, del Tribunal Constitucional, precisando el alcance y contornos de la legislación básica. Destaca la exposición de motivos del Anteproyecto que, en aras del principio de proporcionalidad, se ha evitado la reiteración de preceptos básicos de la legislación estatal, limitando la regulación a aquellos aspectos que introduce de forma genuina el legislador aragonés en desarrollo del marco básico o de sus competencias propias.

La estructura del Anteproyecto es la siguiente:

-TÍTULO I. Disposiciones generales

-TÍTULO II. Uso estratégico de la contratación pública

I. Planificación de la contratación pública

II. Racionalización de la contratación pública

III. La contratación pública como instrumento favorecedor de políticas medioambientales, sociales y de innovación

IV. Calidad en la ejecución y resolución del contrato

-TÍTULO III. Contratación pública electrónica

I. Tramitación electrónica

II. Instrumentos electrónicos de apoyo a la contratación pública

III. Subasta Electrónica

-TÍTULO IV. Gobernanza en materia de contratación pública

I. Organización, asistencia y participación en la contratación pública

II. Integridad y transparencia de la contratación pública

III. Supervisión de la contratación pública

IV. Resolución de conflictos en materia de contratación pública.

Como se puede observar, el Anteproyecto se divide en cuatro títulos. Tras un título primero con unas breves disposiciones generales (objeto y fines, ámbito subjetivo, principios rectores y criterios de interpretación), se pasa en el título segundo a analizar el uso estratégico de la contratación pública, destacando la planificación y también la contratación pública como instrumento favorecedor de políticas medioambientales, sociales y de innovación. El título tercero se dedica a la contratación pública electrónica, y el título cuarto habla de gobernanza, destacando el capítulo primero sobre organización asistencia y participación en la contratación pública y sobre todo el último, que regula el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

3.- Consideraciones jurídicas

3.1.- Antecedentes de la regulación propuesta.

El Anteproyecto de Ley de Uso Estratégico de la Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón tiene como antecedente más próximo la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, a la que pretende sustituir. La nueva regulación mantiene en gran parte su contenido y lo completa con las leyes 3/2012, 8 marzo, y 2/2016, 28 enero, ambas de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, y la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas. También se mantienen las modificaciones introducidas por los Decretos-Ley 3/2017, de 20 de junio y 1/2018, de 20 de marzo, ambos del Gobierno de Aragón.

3.2.- La legislación básica estatal condiciona la regulación propuesta.

En lo que se refiere a las competencias normativas en materia de contratación pública, el Tribunal Constitucional ha declarado que *«la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones*

públicas» (Sentencia 141/1993, de 22 de abril, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 6, y 162/2009, de 29 de junio, FJ 4). En línea con lo anterior, en la STC 84/2015, de 30 de abril, FJ 5, a), se afirma que las reglas que regulan «los actos de preparación y adjudicación garantizan que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y aseguran, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En definitiva, estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos». De este modo, serán normas básicas las que estén en conexión con tales garantías y principios «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 competencias para ello» (Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1993, FJ 5; en el mismo sentido Sentencia 237/2015, de 19 de noviembre).

Con carácter general, la competencia autonómica da cobertura suficiente a la regulación propuesta, si bien debe advertirse de que algunas de sus prescripciones inciden o afectan a preceptos que han sido declarados básicos por el legislador estatal. Por tanto, podría suscitarse un proceso en el que corresponderá al Tribunal Constitucional declarar si la Comunidad Autónoma se ha podido exceder en el ejercicio de su competencia o si, por el contrario, la declaración formal de preceptos «básicos» que se incluye, en buena parte en forma negativa en la disposición final primera de la LCSP,¹ se ajusta o no, desde el punto de

¹ Disposición final primera LCSP. Títulos competenciales

1. El artículo 27 se dicta al amparo de la regla 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

2. Los artículos que se indican a continuación se dictan al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado para dictar la legislación civil y mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1. 6.ª y 8.ª de la Constitución, artículo 271.1, artículo 272.1 y 2, artículo 273.1, artículo 274, artículo 275 y artículo 276.

vista material o sustantivo, a los parámetros establecidos por la jurisprudencia para deslindar el alcance de lo básico en este ámbito.

En cuanto a la reproducción de normas básicas estatales en la legislación autonómica, si bien el Tribunal Constitucional lo ha considerado una técnica normativa discutible, ha

3. El apartado 3 del artículo 347 constituye legislación básica y se dicta al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución en materia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas». Por su parte, los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1. 18.ª de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.

No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos: Letra a) del apartado 1 del artículo 21; letra a) del apartado 1 del artículo 22; artículo 30; la letra c) del apartado 6 del artículo 32; artículos 45 y 46.1 a 46.3; artículo 69.3; artículo 71.1.f); artículo 76; artículo 83; artículo 95; artículo 104; artículo 105; párrafo segundo del apartado 1 del artículo 107; segundo párrafo del apartado 3 y apartado 5 del artículo 116; artículo 118.4; letras a) y c) del apartado 2 del artículo 119; letra b) del artículo 120.1; apartado 1 del artículo 121; apartados 5, 6 y 7 del artículo 122; artículos 123 y 124; cuarto párrafo del apartado 4 del artículo 149; artículo 153; apartado 2 del artículo 154; artículo 191.2; artículo 192.2 y 3; artículo 193.2 a 5; artículo 194; apartados 2 y 5 del artículo 212; apartado 8 del artículo 215; artículo 228; apartados 1, 2, 5; el párrafo segundo del apartado 6, y apartados 7 y 8 del artículo 229; artículo 230; apartados 1.e) y 4 del artículo 233; artículo 234; artículo 235; artículo 236; artículo 237; artículo 238.2; artículo 240; apartado 1 del artículo 241; el apartado 4, salvo la previsión de la letra b) del primer párrafo y el segundo párrafo, y 5 del artículo 242; artículo 243; artículo 253; artículo 256; artículo 260; apartados 2 y 3 del artículo 263; artículo 266; apartado 5 del artículo 267; artículo 268; artículo 272.6; artículo 273.2; artículo 294.b); artículo 298; apartados 2 y 3 del artículo 300; artículo 302; artículo 303; artículo 304; artículo 305; apartados 2 y 3 del artículo 307; apartados 2 y 3 del artículo 313; apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 314; artículo 315; artículo 323; artículo 324; artículo 325; artículos 326 y 327; artículo 328, salvo el apartado 4; artículo 335.4; apartados 1, 2 y 7 del artículo 347; letra a) y segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 de la disposición adicional primera; el párrafo tercero, apartado 1, de la disposición adicional cuarta; disposición adicional decimocuarta; disposición adicional decimonovena; disposición adicional vigésima; disposición adicional vigésima cuarta; disposición adicional vigésima novena; disposición adicional trigésima; disposición transitoria primera; disposición final séptima, y disposición final octava.

A los mismos efectos previstos en el párrafo anterior tendrán la consideración de mínimas las exigencias que para los contratos menores se establecen en el artículo 118.1 y tendrán la consideración de máximos los siguientes porcentajes, cuantías o plazos:

El porcentaje del 3 por 100 del artículo 106.2.

El porcentaje del 5 por 100 del artículo 107.1 y 2.

Las cuantías del artículo 131.4.

Los plazos de un mes establecidos en los apartados 2 y 4 del artículo 210.

4. Las previsiones de esta Ley serán de aplicación a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido en los apartados 1, 2 y 3 anteriores, sin perjuicio de las posiciones singulares que, en materia de sistema institucional, y en lo que respecta a las competencias exclusivas y compartidas, en materia de función pública y de auto organización, en cada caso resulten de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía.

declarado que no se incurre en inconstitucionalidad cuando la Comunidad Autónoma tenga competencia legislativa en la materia, no se altere de ninguna manera el contenido de la norma básica y la reproducción tenga la funcionalidad de dar inteligibilidad y coherencia al texto normativo autonómico (en este sentido, entre otras, SSTC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 8; y 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9).

3.3.- Sobre el contenido y la denominación del Anteproyecto de Ley.

El llamado «uso estratégico» de la contratación pública es una política promovida desde las instituciones comunitarias con la que se persigue dar utilidades suplementarias a los vastos recursos financieros movilizados por la contratación de las distintas Administraciones públicas, para la consecución de objetivos relacionados con la protección ambiental, la protección social y la innovación, enmarcada en la Estrategia Europa 2020 y plasmada, entre otros instrumentos orientativos o normativos, en la llamada «cuarta generación» de directivas en materia de contratación pública.

A grandes rasgos, en las materias ambiental y social se persiguen tanto objetivos positivos como negativos, la evitación de que la competencia internacional facilitada por la globalización económica se traduzca en los llamados «dumping» ambiental o social por la competencia de empresas radicadas en ámbitos regulatorios con exigencias ambientales y sociales más laxas y, como consecuencia, con costes menores, poniendo a la Unión Europea ante el dilema de perder competitividad, no sólo en los mercados internacionales sino también en los internos, o reducir sus estándares ambientales y sociales. En lo que se refiere a la innovación, se propone utilizar la contratación como mecanismo de fomento de forma complementaria a las ayudas públicas.

Si bien estos son elementos que, como novedosos, caracterizan la regulación contenida en las Directivas de 2014 y en la LCSP frente a sus precedentes, no constituyen ni mucho menos el elemento cuantitativa ni cualitativamente más relevante de la normativa vigente en materia de contratación pública. Las Administraciones públicas siguen siendo responsables del desarrollo de actividades y servicios públicos y para realizar esa función deben poder acudir al mercado, con los adecuados requisitos de publicidad, igualdad y concurrencia, a cuyo desarrollo y profundización también se dedica un considerable esfuerzo tanto en las Directivas de 2014 como en la LCSP. Y la garantía del interés público sigue teniendo una gran relevancia tanto en la fase preparatoria como en la de ejecución de los

contratos públicos, aunque las posibilidades que confiere su invocación genérica se ven muy matizadas por la prevalencia de los principios de publicidad, igualdad y concurrencia.

En el Anteproyecto se dedica el Título II al uso estratégico de la contratación pública. A pesar de su dimensión considerable (Planificación de la contratación pública, Racionalización de la contratación pública, La contratación pública como instrumento favorecedor de políticas medioambientales, sociales y de innovación, Calidad en la ejecución y resolución del contrato) y de que establece medidas encaminadas a la protección de los trabajadores de las empresas adjudicatarias, la reserva de determinados contratos, y al fomento de la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación, no es la parte central ni la más relevante del Anteproyecto. El uso estratégico de la contratación pública puede ser su elemento más característico o el que se haya decidido políticamente destacar, pero estamos ante un texto legal cuyo contenido responde más al ejercicio por la Comunidad Autónoma de sus competencias legislativas en materia de contratación pública, genéricamente considerada, que a los aspectos propiamente estratégicos de la contratación.

Es ilustrativo que el propio texto legal del Anteproyecto, en el artículo 3. 2, dispone en este sentido: *“En la contratación pública se incorporarán, de manera transversal y preceptiva, criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, con el fin de proporcionar una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual y conseguir una mayor eficiencia en la inversión de los fondos públicos, atendiendo al conjunto de las políticas públicas y a los objetivos de desarrollo sostenible.”* Y en el artículo 10. 2: *“Dentro de las obligaciones de planificación de los poderes públicos y desde una perspectiva de mejora continua de los servicios, los órganos de contratación evaluarán periódicamente la forma en la que se ejecutan los contratos, con especial énfasis en la de aquellos que persigan la satisfacción de necesidades recurrentes, al objeto incrementar su eficacia, eficiencia y sostenibilidad, social y medioambiental.”*

Se sitúa pues como eje de la regulación propuesta el uso de los contratos públicos de forma estratégica y también eficiente, poniendo ambos elementos en una posición de equivalencia.

Como último apunte hay que referir que, aunque en la exposición de motivos se recoge el siguiente párrafo: *“El último título de la ley se dedica a la «Gobernanza de la Contratación Pública», considerada ésta como un pilar fundamental del uso estratégico de la*

contratación pública. En este Título IV convergen disposiciones no solo de carácter organizativo, sino también de aspectos esenciales como la integridad y transparencia, la supervisión y el control de la contratación pública”, la relación entre ese título y el uso estratégico es difícil de ver. Precisamente parece que se menciona para intentar dar más contenido al título de la norma que, de otro modo, quedaría desequilibrado.

3.4.- Análisis de las disposiciones del Anteproyecto

Artículo 3.2: *“En la contratación pública se incorporarán, de manera transversal y preceptiva, criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, con el fin de proporcionar una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual y conseguir una mayor eficiencia en la inversión de los fondos públicos, atendiendo al conjunto de las políticas públicas y a los objetivos de desarrollo sostenible.”*

La incorporación de “criterios sociales y medioambientales” en la contratación pública no puede tener como fin “proporcionar una mejor relación calidad precio”. Más bien es justo al contrario pues, a veces, a pesar de que la relación calidad precio no sea la mejor, puede convenir por criterios políticos, legítimos, privilegiar otra determinada opción.

Artículo 17: Acuerdos marco: *“Los acuerdos marco podrán adjudicarse a una o varias empresas, sin que pueda limitarse la concurrencia ni el número de contratistas, salvo justificación adecuada en el expediente.”*

Este artículo sí parece acertado, la permanente vigilancia por una competencia lo más amplia posible nunca está de más.

Artículo 28. Catálogo de cláusulas de contratación pública ecológica, socialmente responsable y de innovación.

“1. La dirección general competente en materia de contratación pública elaborará catálogos de cláusulas sociales, ambientales, innovadoras o acerca de cualquier de otra cuestión que resulte de interés, que servirán de guía y apoyo al órgano de contratación.

2. El catálogo de cláusulas de contratación pública ecológica, socialmente responsable o de innovación constará, como mínimo, de un listado que las agrupe por razón de la materia, una propuesta motivada de ubicación más adecuada de cada una de ellas dentro del proceso

de contratación bien sea en el pliego de prescripciones técnicas, como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución del contrato. También incluirá un mecanismo de control de su aplicación.

3. En la elaboración y revisión de estas cláusulas podrán recabarse los informes que resulten pertinentes por razón de la materia.”

También se considera oportuno, es una buena forma de articular los fines de la norma. Igual que se aprueban modelos de estatutos sociales para una sociedad limitada, estos catálogos de cláusulas son una buena idea. Podría incluirse del mismo modo en este mismo artículo 28, como una cláusula más, o bien en un artículo aparte, la obligación de que participe una sola sociedad de un mismo grupo en cada licitación, como cláusula estándar en todos los modelos de pliegos. Aunque, mejor aún, sería seguir el ejemplo de la Comunidad Foral Navarra que en su Ley 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos, establece primero en el artículo 20 el concepto de empresas vinculadas,² para después, en el artículo 53, excluirlas de la licitación.³

Artículo 38: Adquisición de productos textiles: *“Asimismo, se valorará como uno de los criterios de adjudicación el porcentaje de fibras naturales que incorporen los tejidos o que éstos hayan sido elaborados con fibras que cumplan con los requisitos establecidos para la obtención de la etiqueta europea ecológica o la de OEKO TEX Nade in Green.”*

² “Artículo 20. Empresas vinculadas.

1. A los efectos de esta ley foral se entiende por empresa vinculada cualquier empresa en la que el contratista ejerza, directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de su propiedad, participación financiera o de las normas que la regulan, o la empresa que a su vez ejerza influencia dominante en el contratista.

2. Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, disponga de la mayoría del capital social suscrito de otra, de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa o bien, pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o de vigilancia de la misma.”

³ “3. Cada persona no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto sobre admisibilidad de variantes y sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en participación conjunta si ha presentado una proposición individual. La infracción de estas normas dará lugar a la inadmisión de todas las propuestas por el suscritas para un mismo lote o contrato.

4. La presentación simultánea de ofertas por parte de empresas vinculadas supondrá, igualmente, la inadmisión de dichas ofertas.”

El hecho de que mencione una empresa determinada supone una distorsión clara de la competencia. La legislación de firma electrónica⁴ no hace referencia a una tecnología concreta (RSA por ejemplo) se evita la obsolescencia rápida de la norma por una tecnología que avanza muy rápido. Se podría añadir una coetilla como la del artículo anterior del propio Anteproyecto *“Para aquellos alimentos a los que dadas sus características no resulte aplicable la previsión del apartado anterior, los órganos de contratación incorporaran necesariamente criterios de adjudicación que ponderen el cumplimiento de los estándares de comercio justo, del certificado UTZ u otros certificados de naturaleza análoga, de producción sostenible ambiental y social, reconocidos por un organismo autorizado.”* Quizá se podría incluir etiqueta europea ecológica u otra de naturaleza análoga.

Toda la sección II del capítulo III, Contratación pública ecológica, adolece del mismo problema de base: proteger el medio ambiente cuesta dinero. Lo mismo sucede con el respeto a criterios sociales, la igualdad, la protección de la discapacidad o la participación de la pequeña y mediana empresa. Es una opción política legítima, pero contraria a la eficiencia económica. Quizá habría que suprimir cualquier referencia a mejor relación calidad precio, porque no tiene ninguna utilidad, y hacer dos normas distintas: una dedicada a la eficiencia y otra para incluir todas las ocurrencias de protecciones diversas.

Artículo 74. Cesión del contrato: *“... 3. No procederá la cesión cuando se adviertan indicios de pactos colusorios entre empresas licitadoras, procediéndose en este supuesto a la resolución del contrato.”*

Este artículo sí que afecta con claridad a las competencias y atribuciones del TDCA. ¿Quién decide si existen indicios colusorios que impiden la cesión del contrato? Habrá de ser la mesa de contratación. ¿Procedería una consulta al TDCA, en la línea del procedimiento sumarísimo que establece el artículo 150 LCSP? A día de hoy, en tanto en cuanto no se publique un reglamento de desarrollo de la LSCP donde se arbitre dicho procedimiento, en todos los casos el procedimiento debería de ser el mismo: se notifica (no consulta) al TDCA, para que pueda emprender las acciones oportunas, si procede. Sería el caso previsto en el art. 132 LCSP y la mesa directamente tendría que impedir la cesión del contrato si considera que existen indicios colusorios. Esa decisión de la mesa es, por supuesto, recurrible, y al final es el Tribunal Administrativo el que irá sentando doctrina. Si, finalmente, se regula el procedimiento

⁴ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

sumarísimo del art. 150 LCSP, la mesa de contratación podría acudir al mismo, si lo considera oportuno.

Artículo 108. Fomento y defensa de la competencia.

“1. Cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación de un contrato no podrá rechazarse ninguna empresa interesada por la sola circunstancia de su condición de persona física o jurídica, sin causa legal que ampare tal decisión.

2. Las ofertas que presenten las empresas licitadoras que no hayan sido invitadas en cualquier procedimiento en el que no sea obligatoria la publicidad no podrán ser rechazadas por esta circunstancia.

3. Los poderes públicos aragoneses excluirán en su actuación cualquier tipo de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada, restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la legislación de defensa de la competencia.

4. Con la finalidad de garantizar un funcionamiento competitivo de los mercados y la existencia de una competencia efectiva en los mismos, los órganos de contratación, los que les asistan en el ejercicio de su actividad, los órganos competentes que hayan de resolver recursos administrativos en materia de contratación del sector público y la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón notificarán al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón cualquier hecho del que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que pueda constituir actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público y supongan una infracción de la legislación de defensa de la competencia.

5. Recibida la notificación y en el plazo máximo de diez días, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón valorará la existencia de indicios razonables sobre la concurrencia de la infracción detectada, comunicando al órgano de contratación su decisión a efectos de que éste considere el posible desistimiento del contrato por quedar comprometido el interés público, sin perjuicio de la continuación de los trámites que correspondan en materia de defensa de la competencia.”

Son varias las consideraciones que suscita este artículo. En primer lugar, el apartado 3 debería suprimirse. Ya desapareció del artículo 3 del Anteproyecto, principios rectores de la contratación pública, como se sugería por el informe del Secretario general técnico de economía, planificación y empleo, pero tampoco tiene ningún sentido en el art. 108.

El apartado 4 es correcto, obligación de notificación al TDCA para que pueda iniciarse si fuese preciso un expediente. Una vez notificado el caso, el asunto seguirá su camino separado de la mesa de contratación. Pero lo que no tiene sentido es el apartado 5, necesidad de contestar en un plazo máximo de 10 días.

Para entender bien las objeciones que se van a hacer a este artículo, hay que partir de la LCSP, que articula dos vías distintas para dar entrada a las autoridades de la competencia en un procedimiento de contratación administrativa. Primero se debe tener en cuenta el artículo 132 LCSP: “... 3. *Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.*”

Según este artículo, existe una obligación de notificación a las autoridades de competencia para que inicien actuaciones si procede. A partir de esta notificación el TDCA podrá iniciar un procedimiento, si lo cree oportuno. Hay que pensar que el apartado 4 del artículo 108 del Anteproyecto que ahora se informa encaja aquí. Ni añade ni quita nada a esta previsión del artículo 132 LCSP, con lo cual, podría desaparecer. Teniendo en cuenta, además, que la disposición final de la LCSP no menciona el art. 108 entre las disposiciones que no son básicas, lo cual supone, como se ha expuesto al inicio de este informe, que se abre la puerta a un recurso y a una intervención del Tribunal Constitucional.

El apartado 5 de este artículo 108 del Anteproyecto suscita dudas aún mayores. Parece que encajaría con el procedimiento sumarísimo contemplado por el art. 150 LCSP, que dispone: “... Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo.”

Si el Anteproyecto ha pretendido regular este procedimiento sumarísimo es muy probable que se haya excedido. Por un lado, el artículo 150 LCSP tiene carácter básico.⁵ Por otro, cuando se apruebe el reglamento de desarrollo de la LCSP es posible, e incluso probable, que regule el procedimiento de otro modo, invalidando el sistema aragonés.

Como última anotación habría que dejar constancia de que, tal y como está redactado ahora, el apartado 5 del artículo 108 del Anteproyecto el procedimiento no funcionaría. Se ha de regular con mucha más precisión y detalle para evitar dudas en su aplicación.

Al final, la vía mejor para encajar los dos artículos de la LCSP que se acaban de mencionar podría ser la siguiente: cuando la mesa de contratación entienda que se está produciendo un comportamiento colusorio en una licitación, no tiene que esperar una respuesta del TDCA, si entiende que hay infracción de los pliegos debe excluir inmediatamente a las empresas en cuestión del procedimiento.⁶ La empresa excluida podrá acudir a los tribunales. Además, la notificación que la mesa habrá enviado al TDCA podrá servir para iniciar un expediente que podrá culminar en una sanción, si procede.

⁵ Véase la nota a pie de página nº 1 de este mismo informe.

⁶ No cabe duda de que esta exclusión está comprendida entre las funciones de la mesa en el artículo 95 del Anteproyecto.

Detener el procedimiento para esperar una respuesta de las autoridades de la competencia, según contempla el artículo 150 LCSP y el apartado 5 del artículo 108 del Anteproyecto es una vía que no parece que vaya a tener mucha utilidad por varios motivos:

Primero, hace falta para acudir a ella un desarrollo reglamentario que hasta la fecha no se ha producido.

Segundo, supone retrasar enormemente la contratación administrativa. Tantas trabas la están haciendo no lenta o poco ágil, sino imposible. Por eso los pliegos han de ser completos, aprobar modelos que permitan a las mesas actuar con agilidad en la exclusión de las empresas incumplidoras, haciendo innecesaria la vía del 150 LCSP y siendo suficiente con la vía del 132.

Y, en tercer lugar, el funcionamiento de este procedimiento que prevé el artículo 108. 5 del Anteproyecto supondría que las autoridades de la competencia tendrían que pronunciarse dos veces sobre los mismos hechos, lo cual plantearía dudas serias desde un punto de vista procesal. Sería mejor que los tribunales de la competencia no tuvieran que intervenir dos veces, mejor sólo al final, después de la instrucción de un expediente y siguiendo un proceso con todas las garantías. Antes, durante la licitación, es la mesa de contratación la que tiene que excluir del procedimiento a las empresas que hayan infringido la legalidad vigente (también forman parte de esa legalidad los pliegos). De ahí el acierto del artículo 95 del Anteproyecto que regula las funciones de las mesas y les aporta tranquilidad. Siendo, además, que la decisión de la mesa de excluir a una empresa es siempre recurrible, precisamente el Anteproyecto desarrolla ampliamente el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, garantía suficiente.

Así pues, y a modo de conclusión sobre los comentarios al artículo 108 del Anteproyecto habría que decir lo siguiente: podría reducirse a sus apartados 1 y 2, sin pérdida significativa, ya que parece que el apartado 4 del Anteproyecto sería equivalente al 132 LCSP y el 5 al 150 LSCP. No haría falta repetirlos, se podría aplicar directamente la norma estatal, que puede ser considerada básica. Se evitarían problemas ulteriores.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, en la notificación de posibles indicios por prácticas colusorias de los licitadores al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, dichos licitadores no deben ser informados del traslado de los expedientes a la autoridad de

competencia, decretando que los acuerdos de solicitud de informe sean declarados confidenciales, para salvaguardar el posible desarrollo de un procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia.

Propuesta de redacción alternativa al artículo 108 del Anteproyecto:

Teniendo en consideración todo lo anterior, el artículo 108 del Anteproyecto podría quedar redactado de la manera que sigue:

Artículo 108. Fomento y defensa de la competencia.

“1. Cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación de un contrato no podrá rechazarse ninguna empresa interesada por la sola circunstancia de su condición de persona física o jurídica, sin causa legal que ampare tal decisión.

2. Las ofertas que presenten las empresas licitadoras que no hayan sido invitadas en cualquier procedimiento en el que no sea obligatoria la publicidad no podrán ser rechazadas por esta circunstancia.

3. Con la finalidad de garantizar un funcionamiento competitivo de los mercados y la existencia de una competencia efectiva en los mismos, los órganos de contratación, los que les asistan en el ejercicio de su actividad, los órganos competentes que hayan de resolver recursos administrativos en materia de contratación del sector público y la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón notificarán al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón cualquier hecho del que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que pueda constituir actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público y supongan una infracción de la legislación de defensa de la competencia.

4. Recibida la notificación, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón podrá dar instrucciones al Servicio de Defensa de la Competencia para que dé apertura a un expediente que pueda conducir, en su caso, a la imposición de una sanción a las empresas infractoras.

5. En tanto en cuanto no se desarrolle el artículo 150 LCSP, que arbitrará un procedimiento sumarísimo de consulta a las Autoridades de la Competencia, si el órgano de

contratación entiende que la continuación de la licitación en cuestión supondría poner en compromiso el interés público, deberá excluir de la misma de inmediato a las empresas afectadas. La decisión de exclusión de la mesa de contratación será recurrible ante el tribunal administrativo que corresponda.”

Artículo 109. Participación previa de empresas.

“1. Cuando una empresa licitadora, o vinculada a la misma, esté interesada en alguna licitación y haya asesorado al órgano de contratación o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, incluida la participación en consultas al mercado o a través del canal de innovación, el órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de estos no falsee la competencia.

El órgano de contratación publicará las circunstancias del asesoramiento o participación y, en particular, la información intercambiada con dicha empresa en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella.

2. Los plazos para la presentación de ofertas se aumentarán al menos un veinticinco por ciento respecto de los plazos mínimos ordinarios aplicables al procedimiento de que se trate.

3. La empresa licitadora solo será excluida del procedimiento de contratación cuando no sea posible garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato de otro modo. No obstante, antes de proceder a su exclusión, se habilitará un trámite de audiencia con el fin de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no supondrá falsear la competencia.

4. Contra la admisión o exclusión de las licitadoras que ha participado en la preparación del contrato podrán interponer recurso especial el resto de empresas candidatas o licitadoras.”

Respecto al punto 1 habría que preguntarse qué medidas son esas que puede tomar el órgano de contratación.

En cuanto al recurso especial, no se entiende que las demás empresas puedan recurrir por la exclusión. Sería sólo por la inclusión, por no haberla excluido.

Artículo 110. Protocolos de legalidad para las empresas licitadoras.

“Los órganos de contratación podrán establecer la obligación de las empresas licitadoras de incluir junto con sus ofertas, siendo excluidos de la licitación de no hacerlo, todos o alguno de los siguientes compromisos:

a) Compromiso de suscripción de un protocolo de legalidad con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia.

Los órganos de contratación determinarán el contenido de las cláusulas incluidas en los protocolos de legalidad, respetando los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad.

b) Compromiso de sujeción a la monitorización del procedimiento de contratación en todas sus fases por el órgano que realice las funciones de supervisión de la contratación pública.”

Podría aquí añadirse una letra c), que recogiera el compromiso de no presentarse a la misma licitación con otras empresas del mismo grupo.

Artículo 111. Prohibiciones de contratar. *“1. Los órganos administrativos que resulten competentes para la imposición de sanciones como consecuencia de la comisión de infracciones graves en materia profesional, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería; o por la comisión de infracciones muy graves en materia medioambiental, o en materia laboral o social, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, o, en su caso, normativa que le sustituya, podrán incluir en sus resoluciones un pronunciamiento expreso sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar, apreciándose directamente por los órganos de contratación, debiendo, en caso contrario, determinarse el alcance y duración de la prohibición mediante el procedimiento previsto en este artículo.*

2. Las autoridades y órganos competentes que acuerden una prohibición de contratar que afecte específicamente al ámbito del sector público autonómico comunicaran las

sentencias, sanciones y resoluciones firmes recaídas en los procedimientos correspondientes a la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, sin perjuicio de que la Junta, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlas al órgano del que emanaron. La Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón podrá proponer al Gobierno de Aragón la extensión de los efectos de la declaración de prohibición de contratar a todo el sector público autonómico. En este caso, el Gobierno deberá comunicarlo al órgano competente de la Administración General del Estado instando la extensión de efectos de la prohibición impuesta al conjunto del sector público.

3. Cuando concurra alguno de los supuestos de prohibición de contratar previstos en la legislación básica de contratos del sector público, el órgano competente deberá incoar el oportuno procedimiento para su declaración, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 73 de esta ley.

4. El plazo para resolver y notificar la resolución de los procedimientos de declaración de prohibición de contratar será de ocho meses contados desde la fecha en que se acuerde la incoación del procedimiento.

5. Los acuerdos adoptados sobre prohibición de contratar se notificarán a los interesados. Todas las prohibiciones de contratar que se impongan por los órganos de contratación se inscribirán en una sección especial del Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, especificando la fecha de imposición y su duración, y se publicarán en el "Boletín Oficial de Aragón".

6. La inscripción de la prohibición de contratar en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón caducará pasados tres meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho registro tras el citado plazo."

Atendiendo al primer párrafo del artículo 111 del Anteproyecto, dedicado a las prohibiciones de contratar, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón estaría facultado para incluir en sus resoluciones sancionadoras un pronunciamiento expreso sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar; facultad ya desarrollada por alguna otra autoridad autonómica en materia de defensa de la competencia. Sin embargo, para una mayor seguridad jurídica, habría que añadir además de la previsión de infracciones graves, la

comisión de infracciones muy graves de falseamiento de la competencia, pues suele ser la calificación de la infracción en caso de acuerdos o pactos colusorios en contratación (acuerdos contrarios al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por empresas competidoras en un mismo mercado, son calificados por el artículo 62.4a) de la misma ley como infracciones muy graves).

Por otro lado en el apartado 5 de este artículo 111 se prevé que *“Todas las prohibiciones de contratar que se impongan por los órganos de contratación se inscribirán en una sección especial del Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón”*, para ser coherente con la potestad otorgada en el apartado 1 del mismo artículo, el resto de prohibiciones de contratar impuestas por órganos administrativos a los que hace referencia este apartado 1, también debería recogerse que se inscriban en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Finalmente, en el **apartado 3 del artículo 121** del Anteproyecto debería modificarse la referencia a la CNMC en cuanto a la remisión de las conclusiones del informe de supervisión de la Junta Consultiva de Contratación o bien, mantenerlo si afecta a prácticas que afectan al mercado nacional, y añadirse la referencia al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Este es el Informe no vinculante que el TDCA tiene el honor de emitir, sometido a la consideración de cualquier otro mejor fundado en derecho.