



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 11 de junio de 2015, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACION EN LOS SECTORES DEL AGUA, LA ENERGIA, LOS TRANSPORTES Y LOS SERVICIOS POSTALES

I

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de abril de 2015, procedente de la Secretaria de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales.

La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 7 de mayo de 2015 designó Ponentes de este informe a los Vocales don Wenceslao Francisco Olea Godoy y don Enrique Lucas Murillo de la Torre.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

1.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales” (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ).

2.- Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe que se emite examina el alcance de las normas sustantivas o de procedimiento que en él se incluyen específicamente, y realiza las consideraciones necesarias sobre las cuestiones que afectan al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

3.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

4.- De manera más específica, debe mencionarse que el Consejo está llamado a expresar su opinión en los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón a la posición prevalente y por la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. Para ello, deben tomarse como punto de partida los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC), en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ y el artículo 88.1 de la LOTC.

5.- Junto con la jurisprudencia constitucional, la labor informadora del Consejo ha de tener presente, desde luego, la jurisprudencia emanada de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (TS), habida cuenta del carácter integrador del ordenamiento jurídico que posee dentro del sistema de fuentes (art. 1.6 CC).

6.- Expuestas las anteriores consideraciones de carácter general, este Consejo ha de expresar su parecer en los aspectos del proyecto normativo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

que se refieran a las materias mencionadas, y ha de hacerlo con independencia de la extensión con que el órgano remitente haya solicitado el informe.

7.- Junto con lo anterior, debe tenerse en cuenta que el órgano remitente ha solicitado la emisión del informe de conformidad con lo dispuesto en el ordinal sexto del artículo 561.1 de la LOPJ, y, por tanto, circunscrito a las normas procesales y aquellas *que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*. Esta concreción del objeto del informe condiciona ineludiblemente su alcance, atendido el contenido de la norma en elaboración, que constituye el vehículo a través del cual se incorpora al ordenamiento interno la norma del Derecho de la Unión por la que se establece el marco común del procedimiento de contratación en los denominados sectores excluidos, así como la relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en lo que afecta a las actividades que conforman tales sectores especiales. Se trata, pues, de una norma cuyo contenido se encuentra en gran medida alejado del ámbito en el que ha de desenvolverse la función consultiva de este Consejo, tanto más cuanto, como se verá más adelante, no está vinculado por ella, dado su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación.

8.- A lo expuesto debe añadirse que, junto con este proyecto normativo, el órgano remitente ha solicitado informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que ha de servir para transponer la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Será, por tanto, al informar dicho Anteproyecto de Ley donde se examinen las normas a las que se remite el que ahora es objeto de informe, evitando de ese modo innecesarias reiteraciones.

9.- Por consiguiente, el presente informe examina el ámbito de aplicación de la norma proyectada, para verificar la exclusión de este Consejo de su esfera subjetiva y objetiva de aplicación, y al del régimen de invalidez, reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos establecido en el Título VII del texto proyectado, así como a las normas que estén relacionadas con dicho régimen, y aquellas otras disposiciones que incidan, siquiera de forma mediata, en el ejercicio de derechos y libertades fundamentales cuya tutela han de dispensar los órganos jurisdiccionales. Este alcance del informe es, por lo demás, coherente con el que han tenido los dos informes anteriores emitidos por este Consejo General del Poder Judicial sobre los anteproyectos de ley que modificaron la normativa sobre los procedimientos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, el último de los cuales tuvo por objeto el Anteproyecto de la que sería la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modificó las Leyes 30/2007, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre los procedimientos de contratación en los indicados sectores, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el cual se contrajo a las disposiciones que afectaban a la atribución de competencias en materia de recursos contenciosos-administrativos contra las resoluciones dictadas en materia de contratación.

10.- Esta delimitación del objeto del informe no ha de impedir, sin embargo, que este órgano constitucional, en el marco de la colaboración entre instituciones, efectúe una valoración acerca de la técnica legislativa empleada por el prelegislador para llevar a cabo la incorporación al ordenamiento interno de las directivas europeas objeto de transposición, y, en suma, sobre el cumplimiento de la obligación normativa impuesta por las autoridades legislativas de la Unión Europea.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

11.- El Anteproyecto de Ley se estructura en ocho Títulos más un Título Preliminar, relativo al objeto de la Ley y a las definiciones que contiene.

12.- El Título I contiene las Disposiciones Generales de la Ley, y se divide en tres capítulos que se refieren, respectivamente, al ámbito de aplicación subjetiva, al ámbito de aplicación objetiva y a los principios de contratación y de confidencialidad. En este Título se establecen cuáles son las entidades sujetas a la Ley y las actividades reguladas que constituyen su objeto, así como aquellas excluidas y los contratos y sistemas de cooperación pública excluidas.

13.- El Título II versa sobre la capacidad y clasificación de los operadores económicos, y se desarrolla en dos capítulos, que se refieren a la capacidad y solvencia de los licitadores y a la clasificación de las empresas.

14.- El Título III tiene por objeto regular la preparación y la documentación del contrato, en tanto que el Título IV regula los procedimientos de adjudicación a través de tres capítulos, en los que se establece el objeto, el contenido mínimo y el plazo de duración de los contratos, los requisitos de los candidatos o licitadores, y los procedimientos de adjudicación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

propiamente dichos, conteniendo las normas generales de aplicación a todos ellos, las relativas a la publicidad de las licitaciones, y a los tipos de procedimientos de adjudicación.

15.- El Título V tiene por objeto regular las técnicas de racionalización de la contratación y los concursos de proyectos, incluyendo las centrales de compras, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición y las subastas electrónicas y catálogos electrónicos.

16.- El Título VI versa sobre la ejecución y extinción de los contratos, incluyendo el régimen de modificación y de resolución de los mismos.

17.- En Título VII contiene el régimen de invalidez, de reclamaciones y de solución extrajudicial de conflictos, y el Título VIII regula las obligaciones de información y organización administrativa.

18.- El Anteproyecto cuenta con seis Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y siete Disposiciones Finales. Acompañan al texto proyectado, asimismo, once Anexos, que recogen los documentos y los contenidos uniformes en la contratación de los sectores excluidos establecidos por las directivas comunitarias objeto de transposición.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

I

19.- El Anteproyecto sometido a consulta responde a la necesidad de adaptar el ordenamiento nacional al nuevo contexto normativo creado en la Unión Europea como consecuencia de la publicación el día 28 de marzo de 2014 de tres nuevas Directivas en materia de contratación pública: la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24, UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

20.- Este nuevo panorama legislativo se sitúa en el marco de la denominada "Estrategia Europa" 2020, que atribuye a la contratación pública un papel clave al configurarse como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrado, garantizando al mismo tiempo el uso racional de los fondos públicos. Con esta reforma normativa la Unión Europea da por concluido un proceso de revisión y modernización de las normas vigentes sobre contratación pública que persigue incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública, al tiempo que permite la utilización por los poderes públicos de la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. El proceso de reforma en el Derecho de la Unión persigue, asimismo, aclarar determinadas nociones y conceptos básicos con el fin de garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

21.- Tal y como explica el Preámbulo de la Directiva 2014/25, a la vista de los resultados del documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 27 de junio de 2011 titulado <<*Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación sobre contratación pública*>>, parece adecuado mantener normas específicas en materia de contratación para entidades que operen en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, puesto que las autoridades nacionales pueden influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión. A ello se suma el carácter cerrado de los mercados en que operan las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate; derechos especiales o exclusivos que, por lo demás, constituyen conceptos claves para definir el ámbito de aplicación de la Directiva, puesto que las entidades que no son poderes adjudicadores ni empresas públicas en el sentido de la norma europea están sujetas a sus disposiciones únicamente en la medida en que ejerzan una de las actividades cubiertas sobre la base de tales derechos [Considerandos (1) y (20)].

22.- La Directiva se justifica, al mismo tiempo, por la necesidad de elaborar disposiciones de coordinación de la contratación aplicables a los procedimientos para contratos por importes superiores a una determinada cantidad a fin de garantizar la apertura a la competencia de la contratación. Esta coordinación es precisa para garantizar el efecto de los principios del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. La coordinación de los procedimientos de contratación a nivel de la Unión Europea, habida cuenta de la naturaleza de los sectores a los que afecta, y respetando la aplicación de estos principios, debe crear un marco para el desarrollo de prácticas comerciales leales y permitir la máxima flexibilidad [Considerando (2)].

23.- En similares términos se expresa el Preámbulo de la Directiva 2014/23, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que también es objeto de transposición mediante el Anteproyecto de Ley sometido a informe en aquellas actividades que configuran su ámbito objetivo de aplicación. La adjudicación de concesiones de obras públicas se rige actualmente por las normas básicas de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, mientras que las concesiones de servicios de interés transfronterizo se rigen por los principios del TFUE, en particular los de libre circulación, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los que derivan de ellos, tales como la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia. En necesario que tales principios se apliquen de forma uniforme en todos los Estados miembros de la Unión y que se eliminen las perturbaciones persistentes que se producen en el mercado interior, evitando la inseguridad jurídica y aumentando, en otro orden de cosas, la eficiencia del gasto público y la igualdad de acceso y la participación equitativa de las PYME en la adjudicación de los contratos de concesión, tanto a escala local como de la Unión, al tiempo que se apoya la realización de objetivos sostenibles de interés público [Considerando (4) de la Directiva 2014/23].

24.- Este proceso normativo en el ámbito de la contratación en los sectores especiales surgió, sin embargo, tempranamente. La Unión Europea consideró recomendable extender en parte los principios básicos del sistema de contratación pública a un ámbito que, sin embargo, no es estrictamente público. Se trataba de armonizar una situación desigual en los modelos de contratación de ciertos sectores de actividad gestionados, bien por poderes adjudicadores, en el sentido comunitario del término, bien por organismos o empresas de naturaleza cuasi-pública o de naturaleza jurídico-privada a las que se habían atribuido derechos especiales o exclusivos que les proporcionaba una situación de cuasi-monopolio en los sectores concernidos. El indudable interés general que subyace en el desarrollo de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

estas actividades –calificadas incluso como “servicios públicos” en algunos Estados miembros–, cerradas a la libre competencia, justificaba, desde luego, un régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de la actividad contractual, entre ellos, la selección del contratista, con exigencias menos estrictas y rígidas que las establecidas en la regulación de la contratación pública general. Tal y como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, reguladora del sector, *<<la Comisión Europea estimó en su momento, ponderando, como se preocupó de señalar, razones políticas, estratégicas, económicas, industriales y jurídicas, que era oportuno introducir criterios originales o específicos en el campo contractual de los entonces denominados sectores excluidos, ya que estos, en el contexto de los países comunitarios, serán gestionados por entidades u organismos públicos o privados de manera indistinta>>*.

25.- Ahora bien, el mantenimiento de un régimen especial regulador de la contratación en estos sectores no ha impedido el desarrollo de un proceso armonizador en los modelos de contratación pública que ha alcanzado también este ámbito. De este modo, si las Directivas 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, que reguló el contrato público de suministro, excluyeron la contratación en estos sectores, exclusión justificada por la gran diferencia de tratamiento jurídico que existía en los Estados miembros, la idea de configurar un sistema general de contratación en todos ellos se impuso a dicha divergencia, atendiendo al hecho de que los sectores excluidos participan de reglas comunes de finalidad y contenido muy similar, vertebradas en torno a la configuración de un mercado único. Cede, por tanto, la importancia del carácter público de los poderes adjudicadores ante la condición con la que actúan, como *alter ego* de aquellos, sus delegados o los operadores privados que operan en estos sectores sobre la base de derechos especiales o exclusivos.

26.- En términos generales, el desarrollo normativo europeo sobre la contratación en los sectores excluidos responde a la misma finalidad de erradicar conductas incompatibles con los objetivos propios del mercado interior o único. De este modo, se ha dirigido a combatir la utilización de criterios discriminatorios de selección de los contratistas, la falta de transparencia y publicidad de los contratos, la atomización abusiva de las contrataciones, con la subsiguiente dificultad de un control eficaz del gasto, y la aplicación de excepciones en los procedimientos ordinarios de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

contratación, así como de normas nacionales de carácter técnico para favorecer a determinados contratistas nacionales.

II

27.- La recepción de este desarrollo normativo sectorial en España se produjo mediante la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporaron al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/12/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades que operan en dichos sectores. La primera de ellas fue sustituida por la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que fue objeto de transposición por la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

28.- Previamente a ello, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (hoy TJUE) había condenado a España en sendas sentencias de 15 de mayo de 2003 (asunto C-214/00, ECLI:EU:C:2003:282) y de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03, ECLI:EU:C:2005:14) por una inadecuada e insuficiente transposición de las directivas comunitarias en materia de contratación. Con posterioridad, la STJUE de 3 de abril de 2008 (asunto C-444/06, ECLI:EU:C:2008:190), declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 2.1 a) y b) de la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. La Comisión Europea, por su parte, abrió un procedimiento de infracción contra el Reino de España por incumplimiento de dicha sentencia. La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Sector Público, y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimiento de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, llevó a efecto la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificaron las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, y dio respuesta a los requerimientos de la Comisión Europea para cumplir la STJUE de 3 de abril de 2008.

29.- Es en el marco de este proceso normativo donde se sitúa el Anteproyecto de Ley sometido a informe, que, como explica la MAIN que acompaña al articulado, no responde solamente a la necesidad de transponer las nuevas Directivas, sino que persigue otras finalidades, que se resumen en la necesidad de ajustar la normativa vigente a las nuevas circunstancias y corregir sus posibles disfuncionalidades.

30.- Los objetivos del proyecto normativo se contraen, pues, a:

A) Mejora de la eficiencia en la contratación pública

31.- Este primer objetivo se logra mediante la utilización de las nuevas tecnologías y sistemas electrónicos de comunicación que permitan agilizar la gestión de la contratación pública, potenciando la contratación electrónica con el objetivo de convertirla en la regla general en los procesos de adquisición de bienes y servicios, manteniendo la contratación no electrónica como residual y excepcional, y potenciando al mismo tiempo la utilización de instrumentos como declaraciones responsables, sistemas de clasificación de contratistas, plataformas de contratación o sistemas dinámicos de adquisición .

32.- Estos instrumentos no son, desde luego, desconocidos en la legislación vigente (cfr. artículo 24 de la Ley 31/2007, que regula los sistemas de clasificación propios, y el Título V, sobre las técnicas de contratación, que comprenden los acuerdos marco, los contratos celebrados con centrales de compras, los sistemas dinámicos de adquisición y las subastas electrónicas), pero la utilización de medios electrónicos en la contratación se erige como principio y regla general en las Directivas objeto de transposición, siempre



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

bajo el presupuesto de la no discriminación, de la compatibilidad y de la accesibilidad [Considerando (64) y artículo 40 de la Directiva 2014/25, que establece las normas relativas a las negociaciones; más concretamente, capítulo II del Título II, relativo a las técnicas e instrumentos para la contratación electrónica agregada –acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas, actividades centralizadas y centrales de compras-, artículo 63.1, sobre la comunicación de las especificaciones técnicas, artículo 67, relativo a los anuncios periódicos indicativos, y artículo 71, sobre las modalidades de publicación de los anuncios, entre otros].

33.- Estos principios y esta regla general se recogen en el texto del Anteproyecto: el artículo 27 contiene los principios de la contratación, que comprenden los de no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, igualdad de trato, y transparencia, así como la interdicción de restricción de competencia (cfr. también, artículo 59), y el respeto a las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, en el Derecho nacional o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral. Se incorporan de ese modo los artículos 36 de la Directiva 2014/25 y 3 y 30.1 y 2 de la Directiva 2014/23. La imparcialidad, por su parte, se configura como principio en la clasificación (artículo 38.1 y artículo 76.3 de la Directiva 2014/25). Las prescripciones técnicas deberán establecer los criterios de accesibilidad para personas con discapacidad, de sostenibilidad y protección ambiental, y de igualdad, en evitación de la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia (artículo 45.2 y 3 y artículo 60.1 y 2 de la Directiva 2014/25). Los mismos criterios de igualdad y no discriminación, transparencia y accesibilidad rigen para las etiquetas (artículo 46.1 y artículos 61 de la Directiva 2014/25). Los sistemas de clasificación propios se contemplan, por su parte, en el artículo 33, y las técnicas de racionalización de la contratación, incluyendo las centrales de compras, la contratación conjunta esporádica, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición y las subastas y catálogos electrónicos, se regulan en el Título V de la Ley. Y el artículo 61 contiene la regla general en materia de comunicaciones, disponiendo que se llevarán a cabo a través de medios electrónicos, salvo excepciones, incorporando los artículos 40 de la Directiva 2014/25 y 29 de la Directiva 2014/23; utilización de medios electrónicos que se prevé asimismo con carácter general para el acceso a los pliegos de condiciones (artículo 43 y artículo 73 de la Directiva 2014/25), para la comunicación de las prescripciones técnicas (artículos 44 y artículo 63 de la Directiva 2014/25), para la publicidad de las licitaciones (artículo 74 del Anteproyecto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

y anexo IX.2-b de la Directiva 2014/25), la publicidad de los anuncios (artículo 80 y artículos 71, 72 y anexo IX de la Directiva 2014/25, y 33.1, 2 y 3 y anexo IX de la Directiva 2014/23), y la notificación de la adjudicación de los contratos (artículo 72.2 del Anteproyecto)

B) Mejora de la integridad y transparencia en la contratación pública

34.- En su resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude (DOUE C81E, de 15 de marzo de 2011), el Parlamento Europeo ha puesto de relieve que el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea.

35.- En el Considerando (105) del Preámbulo de la Directiva 2014/25 se indica que, salvo en circunstancias excepcionales impuestas por necesidades imperativas de interés general, no deben adjudicarse contratos públicos a operadores que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo, así como a aquellos que hubiesen incumplido sus obligaciones tributarias. También se debe dar a las entidades adjudicadoras la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o que hayan cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos o en contratos con otras entidades adjudicadoras haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere a los requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o en el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

fiabilidad del operador económico. Siempre con el presupuesto del carácter temporal de tales exclusiones y de su proporcionalidad.

36.- La Directiva 2014/25 [Considerando (110)] destaca por otra parte la importancia de que se garantice que los subcontratistas cumplen las obligaciones aplicables en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, establecidas por el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos y por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas por la Directiva. Y asimismo insiste en la necesidad de velar por que haya transparencia en la cadena de subcontratación, en el bien entendido de que corresponde a la contratista principal facilitar la información necesaria sobre el cumplimiento de dichas obligaciones, así como en la posibilidad de que se amplíen las obligaciones de transparencia, permitiendo el pago directo a los subcontratistas o permitiendo o exigiendo a los poderes adjudicadores que verifiquen que los subcontratistas no se encuentran en ninguna de las situaciones de exclusión, siempre coherentemente con las disposiciones aplicables a los contratistas principales.

37.- El Anteproyecto, además de recoger en su artículo 27 los principios de la contratación establecidos en los artículos 36 de la Directiva 204/25 y 3 y 30.1 y 2 de la Directiva 20014/23 –principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato y de transparencia-, indica (artículo 27.2) que la contratación no será concebida con la intención de inaplicar las previsiones de la Ley y de restringir artificialmente la competencia, lo que se producirá cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos. Y en su artículo 29 contiene la misma declaración que se incluye en los artículos 42 de la Directiva 2014/25 y 35 de la Directiva 2014/23, conforme a la cual las entidades contratantes que sean poderes adjudicadores adoptarán las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, en los términos señalados en la Ley de Contratos del sector Público.

38.- Esta, en la redacción del texto proyectado que ha sido igualmente sometido a la consideración de este Consejo, se refiere en su artículo 64 a la lucha contra la corrupción y a la prevención de los conflictos de intereses en similares términos, recogiendo los principios programáticos que en tal



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

sentido aparecen contenidos en el artículo 35 de la Directiva 2014/23 y en el artículo 24 de la Directiva 2014/24; y añade que, a estos efectos, el concepto conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete a su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

39.- La Directiva 2014/25 no contiene un catálogo de motivos de exclusión en la contratación de los sectores que constituyen su objeto. Al margen de las consideraciones contenidas en su Preámbulo, su artículo 80 se limita a incluir una norma de remisión. Dispone este precepto que las normas y criterios objetivos aplicables a la exclusión y selección de operadores económicos que soliciten la clasificación en un sistema de clasificación y las normas y criterios objetivos aplicables a la exclusión y la selección de candidatos y licitadores en procedimientos abiertos, restringidos o negociados, en diálogos competitivos o en asociaciones para la innovación podrán incluir los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57 de la Directiva 2014/24, en las condiciones que en él se estipulan.

40.- El artículo 38, apartados 4, 5, 6, 7 y 8 de la Directiva 2014/23, sin embargo, sí contiene un catálogo de motivos de exclusión aplicables a los contratos de concesión que regula. Dicho precepto recoge, en términos prácticamente idénticos –y dejando a salvo los motivos predicables de los contratos de concesión en los ámbitos de la seguridad y defensa a que se refiere la directiva 2009/81/CE (artículo 38.7-i de la Directiva 2014/23)-, la enumeración de las prohibiciones y exclusiones establecida en el artículo 57 de la Directiva 2014/24.

41.- El artículo 30.4 del Anteproyecto dispone, por su parte, que

<<Serán excluidos –sic- de toda licitación las empresas que se hallen incursas en alguna de las causas de prohibición para contratar contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público, si la entidad contratante pertenece al Sector Público en el sentido definido por la mencionada Ley. En los demás casos las entidades contratantes podrán establecer en los pliegos de condiciones como causa de exclusión del procedimiento de licitación una o varias de las causas de prohibición para contratar que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

recoge la Ley de Contratos del Sector Público en las condiciones establecidas en la misma>>.

42.- Ya se ha anunciado que, dada la remisión que el prelegislador hace a la Ley –proyectada- de Contratos del Sector Público a efectos de establecer las prohibiciones y exclusiones en la contratación de los sectores regulados, el lugar adecuado para realizar un análisis y una valoración de esta concreta regulación es en el informe acerca del contenido del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que se ha solicitado también a este Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, aquí se recogerán las observaciones que afectan estrictamente a las normas contenidas en el proyecto normativo que ahora se informa, sin extender las consideraciones a las normas a las que este se remite:

- a) El artículo 30.4 del Anteproyecto, a la hora de referirse a las causas de exclusión de los contratistas, diferencia entre los casos en los que la entidad contratante pertenece al Sector Público, en el sentido definido por la Ley de Contratos del Sector Público, de aquellos otros en los que no pertenece al mismo, estableciendo para estos últimos un régimen potestativo de exclusiones, si bien dentro de aquellas que diseña la referida Ley de Contratos del Sector Público.

Esta, en su artículo 2.1, define el concepto de Sector Público a los efectos de la Ley, incluyendo, además de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la administración local, a las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; a los Organismos autónomos, Universidades Públicas, Organismos Públicos de Contratación, las Agencias estatales y las Entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; los consorcios dotados de personalidad jurídica propia regulados en la legislación en materia de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los regulados por la legislación aduanera; las fundaciones constituidas con aportaciones mayoritarias de una o varias entidades integradas en el sector público en los términos establecidos en la propia Ley; las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; las Entidades Públicas Empresariales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

sector público o dependientes del mismo; las sociedades mercantiles participadas por entidades públicas; cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, financiadas por sujetos pertenecientes al sector público, en las condiciones dispuestas por la Ley; y las asociaciones constituidas por las anteriores entidades públicas.

Dispone el mismo precepto que, a los efectos de la Ley, se entiende que también forman parte del sector público los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, así como las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

Y, dentro del sector público, distingue aquellos organismos y entidades que se consideran, a los efectos de la Ley, Administraciones Públicas, entre los cuales se encuentran los organismos constitucionales anteriormente mencionados. Dichas Administraciones Públicas constituyen poderes adjudicadores, a los mismos efectos (artículo 3.3).

El artículo 5.2-b) del Anteproyecto de Ley objeto de informe, por su parte, establece que a los efectos de la misma se entenderá por poder adjudicador las entidades que tengan esta consideración de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público; y se entenderá por entidad contratante (artículo 5.2 a) los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas de conformidad con esta misma Ley, las empresas públicas, así como otras entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 6.

Por tanto, la norma proyectada reguladora de los denominados sectores excluidos tiene un ámbito subjetivo de aplicación diferente del de la Ley de Contratos del Sector Público –que comprende además a los partidos políticos, organizaciones empresariales y fundaciones y asociaciones vinculados a cualquiera de ellos, así como a las corporaciones de derecho público (artículo 3.4 y 5)-, pues de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Ley sectorial quedan excluidos los poderes adjudicadores que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, son Administraciones Públicas en los términos definidos por la propia Ley, entre los cuales se encuentran los indicados órganos constitucionales, y, por tanto, este Consejo General del Poder Judicial. En consecuencia, sería necesario que el artículo 30.4 del Anteproyecto se redactara teniendo en cuenta el ámbito de aplicación *ratione personae* que le es propio, haciendo expresa referencia a las entidades contratantes sujetas a su ámbito subjetivo de aplicación que formasen parte del sector público en los términos considerados por el artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Estado.

- b) El precepto se refiere a la exclusión de empresas, cuando lo propio –y acorde con el género del participio verbal utilizado- sería aludir a licitadores o contratistas.
- c) Sería más aconsejable, en correcta técnica legislativa, incorporar al articulado del texto proyectado las causas de exclusión consideradas por el prelegislador, sin efectuar una remisión a la Ley de Contratos del Sector Público. Esta fórmula se muestra más coherente con el designio del prelegislador de mantener la regulación diferenciada de los sectores excluidos, y permite contar con un cuerpo legislativo completo, sin necesidad de acudir a normas situadas en otros textos legislativos para integrar su contenido.
- d) Sería igualmente aconsejable, efectuada dicha inclusión, que se estableciera también en el articulado de la norma proyectada el procedimiento para la declaración de la concurrencia de las prohibiciones de contratar, su duración, plazo para el ejercicio del procedimiento de declaración, órgano competente, y efectos de la declaración, siquiera en términos similares a los contenidos en el artículo 61 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), o en el artículo 72 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La Disposición Adicional Primera del Anteproyecto se refiere al procedimiento y efectos de la declaración de prohibición de contratar en estos términos: *<<Cuando en la ejecución de un contrato sujeto a esta Ley y celebrado por una entidad contratante perteneciente al sector público se den las circunstancias previstas en el artículo 71, apartado primero, letra e), o apartado segundo de la Ley de Contratos del Sector Público, se les aplicará los dispuesto en la citada Ley para el procedimiento y efectos en materia de prohibiciones de contratar>>*. Además de que el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

precepto debería trasladarse al articulado del texto proyectado, y no mantenerse en una Disposición adicional, debería tener en cuenta otros supuestos, distintos de los indicados, respecto de los que es preciso determinar la duración y el alcance de la prohibición y, en su caso, el órgano competente y el procedimiento para establecerla, en aquellos casos en los que no puedan ser apreciadas o determinadas directamente por el órgano de contratación, tal y como se prevé en el artículo 61.1, 2 y 3 del TRLCSP, y en el artículo 72.2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público.

- e) Debería cuestionarse el distinto tratamiento que hace el artículo 30.4 del Anteproyecto de las causas de exclusión según la entidad contratante pertenezca o no al sector público. El precepto permite que, cuando la entidad contratante no pertenezca al sector público en el sentido definido por la Ley de Contratos del Sector Público –y, ha de entenderse implícitamente, según lo anteriormente indicado, que se encuentra en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de sectores regulados–, pueda establecer en los pliegos de condiciones como causa de exclusión del procedimiento de licitación una o varias de las causas de prohibición para contratar que recoge la Ley de Contratos del Sector Público. Esta distinción, que permite limitar en tales casos las causas de exclusión, no encuentra sólido fundamento en las Directivas objeto de transposición, ni en los Considerandos de sus respectivos preámbulos, ni en los artículos 80.1 de la Directiva 2014/25 y 38.4, 5, 6, 7 y 8 de la Directiva 2014/23. La primera, recuérdese, remite a la Directiva 2014/24 en este punto; y la segunda, recoge las causas de exclusión de forma similar a como se establecen en el artículo 57 de la misma Directiva 2014/24. Ciertamente es que el artículo 38.4 y 5 de la Directiva 2014/23 parece distinguir entre, por una parte, entidades adjudicadoras según tengan carácter estatal, regional, local o constituyan organismos de derecho público o asociaciones de una o varias de tales autoridades y organismos, y por otra parte, las empresas públicas en los términos definidos por el artículo 7.4 de la Directiva –es decir, aquellas sobre las que los poderes adjudicadores ejercen influencia dominante– y las entidades distintas de las anteriores que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos concedidos por las autoridades competentes para el ejercicio de las actividades reguladas. Sin embargo, esta distinción se introduce, en rigor, de cara a establecer el momento en que ha de operar la causa de exclusión, y no afecta al carácter obligatorio de las causas de exclusión relativas a la comisión de delitos espacialmente graves social y económicamente y al



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

incumplimiento de las obligaciones tributarias y de seguridad social, como se colige de la lectura conjunta de los Considerandos (69), (70) y (71) y de los apartados 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 38 de la Directiva 2014/23, así como de los Considerandos (106), (107) y (108) de la Directiva 2014/25, en relación con los Considerandos (100), (101) y (102) y el artículo 57 de la Directiva 2014/24. En consecuencia, el mismo carácter obligatorio deberían presentar tales causas de exclusión con independencia de si la entidad contratante pertenece al sector público o no, pues el hecho de realizar las actuaciones reguladas, sobre las que gravita un evidente interés público, sobre la base de derechos especiales o exclusivos otorgados por las autoridades competentes constituye razón suficiente para imponer en la contratación de estas las causas de exclusión que presentan carácter obligatorio, e incluso, aquellas que, no teniéndolo en origen, el legislador interno ha establecido como tales al transponer la Directiva 2014/24. Este tratamiento uniforme de las causas de exclusión permitiría garantizar en mayor grado el cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia, así como del objetivo de la lucha contra la corrupción y el fraude perseguido por las directivas europeas.

43.- Íntimamente relacionado con la integridad, la transparencia y con el principio de igualdad de trato y no discriminación –a cuya consecución se orientan, desde luego, las prohibiciones y exclusiones en la contratación basadas en la comisión de infracciones especialmente relevantes social y económicamente- se encuentra la preocupación del legislador europeo por establecer una regulación de las prescripciones o especificaciones técnicas que evite que, al socaire de la fijación de determinados requisitos o exigencias de índole técnica, se restrinja, disminuya e incluso se elimine la eventual presencia de aspirantes a la contratación y se eludan, por ende, los objetivos del Derecho de la Unión. Las Directivas 2014/25 y 2014/23, conscientes de los conflictos que se han producido en la transposición de las normas del Derecho de la Unión relativas a las especificaciones y prescripciones técnicas de los contratos, establecen la regulación mínima aplicable a las mismas (artículo 60 de la Directiva 2014/25 y artículo 36 de la Directiva 2014/23), bajo el principio de que deberán permitir a todos los licitadores el acceso en condiciones de igualdad y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia, fijando los criterios con arreglo a los cuales deberán formularse –y siempre acompañados de la mención “o equivalente”- en términos similares a los ya recogidos en el artículo 34 de la Ley 31/2007



vigente, si bien introducen ciertas prevenciones, que reproduce el prelegislador nacional, relativas a la interdicción de establecer especificaciones técnicas referidas a una fabricación o una procedencia determinada o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de descartar ciertas empresas o productos (artículo 60.4 de la Directiva 2014/25 y 45.5 del Anteproyecto). El prelegislador, por lo demás, recoge con fidelidad el régimen aplicable a las prescripciones técnicas, las etiquetas, los informes de pruebas, certificaciones y otros medios de prueba del cumplimiento de las especificaciones exigidas, así como de las comunicaciones de las mismas conforme a la estructura y contenido de las normas europeas objeto de transposición.

C) Acceso a las PYMES, políticas sociales, medioambientales, de innovación y desarrollo

44.- Uno de los objetivos declarados de las Directivas 2014/25 y 2014/23 es facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública, lo que favorece la satisfacción de los principios de igualdad y no discriminación, así como las exigencias de la libre competencia en el mercado de la Unión. A ello van dirigidas medidas como la división de los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños (artículo 65 de la Directiva 2014/25 y artículo 52 del Anteproyecto), y la posibilidad de llevar a cabo evaluaciones comparativas de ofertas para determinar si las presentadas por un licitador para una combinación particular de lotes cumplen mejor los criterios de adjudicación que las ofertas para lotes individuales.

45.- La normativa europea objeto de transposición procura, por otra parte, que en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación y en las condiciones de ejecución de los contratos se incorporen consideraciones sociales y medioambientales, incluidos los referidos al suministro o la utilización de productos basados en un comercio equitativo, así como criterios de accesibilidad para personas con discapacidad. En similares, términos, los criterios de adjudicación y las condiciones de ejecución podrán incluir medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables o desempleados de larga duración, jóvenes, o que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar. [Considerandos (82), (102), (103) y (104) de la Directiva 2014/25, y (64), (65) y (66) de la Directiva 2014/23]. Los aspectos sociales referidos a las condiciones básicas de trabajo y a las cuantías de salarios mínimos han de seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [Considerandos (103) de la Directiva 2014/25, y (65) de la Directiva 2014/23].

46.- Estas prevenciones se incorporan al texto del Anteproyecto, completando algunas de las ya existentes en la Ley 31/2007. Así, el artículo 45.2, que traslada lo dispuesto en el artículo 64 de la Directiva 2014/25, establece que en la medida de lo posible las prescripciones técnicas deberán definirse teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios, salvo casos justificados, y en todo caso, cuando las prescripciones técnicas deban definirse por referencia a estos criterios, de conformidad con lo dispuesto por un acto jurídico de la Unión Europea. Asimismo, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente o a criterios de sostenibilidad y protección ambiental, se definirán de acuerdo con las definiciones y principios informadores regulados en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

47.- El artículo 48 establece las normas de aseguramiento de la calidad y de gestión medioambiental que pueden exigir las entidades contratantes, en términos análogos al artículo 81 de la Directiva 2014/25. El artículo 65, que incorpora los artículos 38 de la Directiva 2014/25 y 24 de la Directiva 2014/23, contempla la reserva del derecho a participar en los procedimientos de licitación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas y desfavorecidas, o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido. El artículo 66 incluye entre los criterios de adjudicación del contrato la accesibilidad y las características sociales y medioambientales, incluyéndose también la utilización de productos basados en un comercio equitativo. Y en el artículo 105 se regulan las condiciones de ejecución del contrato, recogiendo las disposiciones de los artículos 36.2 y 87 de la Directiva 2014/25, que podrán referirse al ámbito social o al empleo con el fin de promoverlo entre personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, a la eliminación de desigualdades laborales entre el hombre y la mujer, a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

combatir el paro u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo definida en el artículo 145 del TFUE, así como garantizar el respeto a los derechos laborales básicos.

48.- Por otra parte, el artículo 87 recoge el contenido del artículo 49 de la Directiva 2014/25 y regula el procedimiento de asociación para la innovación, basado en un acuerdo de colaboración entre la entidad contratante y las empresas seleccionadas cuya finalidad es el desarrollo de productos, servicios y obras innovadoras y la ulterior compra de los resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre la entidad contratante y los participantes.

III

49.- Las Directivas objeto de transposición no contemplan los procedimientos de recurso en materia de contratación en los sectores regulados. Habrá de estarse, por tanto, a lo dispuesto en la Directiva 92/13/CEE, que se modifica por la Directiva 2014/23, y a la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

50.- Las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE y la Directiva 2014/23, imponen a los Estados miembros la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

51.- El régimen que establecen estas normas puede resumirse del siguiente modo:

- a) Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

- b) Los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante la entidad contratante. En tal caso, los Estados miembros velarán por que la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato.

Dicha suspensión no podrá finalizar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la entidad contratante envió una respuesta por fax o por medio electrónico, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la entidad contratante envió una respuesta, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de una respuesta.

- c) Cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente de la entidad contratante un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que la entidad contratante no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso. La suspensión no finalizará antes de que expire el plazo suspensivo a que se refieren el artículo 2 *bis*, apartado 2, y el artículo 2 *quinquies*, apartados 4 y 5 de la Directiva 92/13 -es decir, el indicado en el anterior apartado-.

- d) Cuando las instancias responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán estar siempre motivadas por escrito. Además, en tal caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar los procedimientos mediante los cuales cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por la instancia de base o cualquier presunto incumplimiento cometido en el ejercicio de los poderes que se le otorgan, puedan ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otra instancia que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 234 del Tratado y que sea independiente tanto con



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

respecto a la entidad contratante como con respecto a la instancia de base.

- e) El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones que las aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Al menos el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. La instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y estas decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.

- f) Los Estados miembros velarán por que las personas legitimadas dispongan de plazos suficientes para interponer recursos eficaces contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por las entidades contratantes, para lo cual adoptarán las disposiciones necesarias respetando las condiciones mínimas establecidas en el apartado 2 del artículo 2 *bis* y en el artículo 2 *quater*.

- g) Conforme al artículo 2 *bis*.2 de las Directivas, la celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido, por fax o por medios electrónicos, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o si se han utilizados otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión de adjudicación del contrato.

Se considerarán licitadores afectados aquellos que aún no hayan quedado definitivamente excluidos. Se considerará que una exclusión es definitiva si ha sido notificada a los licitadores afectados y, o bien ha sido considerada legal por un órgano de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

recurso independiente, o bien no puede ya ser objeto de un procedimiento de recurso.

Se considerarán candidatos afectados aquellos a los que la entidad contratante no haya facilitado información sobre el rechazo de su solicitud antes de notificar la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados.

La comunicación a cada licitador y candidato afectados de la decisión de adjudicación irá acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes contempladas en el artículo 75, apartado 2, de la Directiva 2014/25/UE, a reserva de lo dispuesto en el artículo 75, apartado 3, de dicha Directiva, o en el artículo 40, apartado 1, de la Directiva 2014/23/UE, a reserva de lo dispuesto en el artículo 40, apartado 2, de dicha Directiva –que autorizan a no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación del contrato, la celebración de un acuerdo marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, cuando su divulgación pudiera dificultar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, o perjudicar la competencia o los intereses comerciales legítimos de determinados operadores económicos-, y de una indicación precisa del plazo suspensivo exacto aplicable con arreglo a las disposiciones de Derecho interno que incorporen el presente apartado.

h) Los Estados miembros podrán disponer que los plazos de suspensión para la celebración del contrato no se apliquen en los siguientes casos:

1º) Si la Directiva 2014/25/UE o, cuando proceda, la Directiva 2014/23/UE, no exigen la publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea;

2º) si el único licitador afectado es aquel al que se ha adjudicado el contrato y no haya candidatos afectados;

3º) cuando se trate de contratos específicos basados en un sistema de adquisición dinámico contemplado en el artículo 52 de la Directiva 2014/25/UE. No obstante, si se alega esta excepción, los Estados miembros garantizarán que el contrato quede sin efectos si hay violación del artículo 52, apartado 6, de la Directiva 2014/25/UE –que regula el procedimiento de los sistemas dinámicos de adquisición-, y



si el importe estimado del contrato es igual o superior a los umbrales fijados en el artículo 15 de la Directiva 2014/25/UE.

i) El plazo para interponer el recurso (artículo 2 *quater*) deberá ser de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión de la entidad contratante haya sido comunicada por fax o por medio electrónico al licitador o candidato, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión de la entidad contratante se haya remitido al licitador o candidato, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión de la entidad contratante. La comunicación de la decisión de la entidad contratante a cada licitador o candidato irá acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes. En el caso de los recursos interpuestos contra las decisiones que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión.

j) Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente de la entidad contratante declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimanase de una decisión de dicho órgano en los siguientes casos:

1º) si la entidad adjudicadora ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la Directiva 2014/25/UE o con la Directiva 2014/23/UE, salvo que la entidad adjudicadora considere que la adjudicación de un contrato sin publicación previa de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se puede admitir de conformidad con la Directiva 2014/25/UE o con la Directiva 2014/23/UE;

2º) si la infracción del plazo de suspensión para la celebración del contrato privó al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción esté combinada con una infracción de la Directiva 2014/25/UE o la Directiva 2014/23/UE, siempre que esta infracción haya afectado a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato;



3º) si los Estados miembros se han acogido a la excepción del plazo suspensivo para contratos basados en acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición, salvo los casos en que la entidad adjudicadora estimase que la adjudicación de un contrato es conforme a la Directiva 2014/25/UE, que la entidad contratante hubiese remitido a los licitadores afectados una decisión de adjudicación del contrato junto con la exposición resumida de las razones correspondientes, y que el contrato no se haya celebrado hasta transcurridos al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de envío de la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados por fax o por medios electrónicos, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, hasta transcurridos al menos quince días civiles a partir del día siguiente a la fecha de envío de la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados, o al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión de adjudicación del contrato.

En estos casos, los Estados miembros podrán disponer que la interposición de recurso ante un organismo independiente, deba realizarse: i) antes de que transcurran como mínimo treinta días civiles a partir del día siguiente a la fecha en que la entidad adjudicadora haya publicado el anuncio de adjudicación del contrato de conformidad con los artículos 70 y 71 de la Directiva 2014/25/UE o con los artículos 31 y 32 de la Directiva 2014/23/UE, a condición de que este anuncio incluya la justificación de la decisión de la entidad adjudicadora de adjudicar el contrato sin la publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o la entidad adjudicadora haya informado a los licitadores y candidatos afectados de la celebración del contrato, siempre que dicha información contenga una exposición resumida de las razones pertinentes contempladas en el artículo 75, apartado 2, de la Directiva 2014/25/UE, a reserva del artículo 75, apartado 3, de dicha Directiva, o en el artículo 40, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/23/UE, a reserva del artículo 40, apartado 2, de dicha Directiva. ii) y en cualquier caso, antes de que transcurran como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato. En todos los demás casos, los plazos para la interposición de recursos serán los que determine la legislación nacional, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 2 *quater* (cit.).

k) Las consecuencias de la ineficacia de un contrato serán las previstas en la legislación nacional. Esta podrá establecer la anulación



con efectos retroactivos de todas las obligaciones contractuales o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones que estén aún por ejecutar. En este último caso, los Estados miembros dispondrán que se apliquen otras sanciones previstas en el artículo 2 *sexies*, apartado 2 de las Directivas.

I) Los Estados miembros podrán establecer que el órgano de recurso independiente de la entidad contratante pueda no declarar ineficaz un contrato, aunque haya sido adjudicado ilegalmente, si el órgano de recurso considera, tras haber examinado todos los aspectos pertinentes, que razones imperiosas de interés general exigen que se mantengan los efectos del contrato. En este supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen sanciones alternativas, en el sentido del artículo 2 *sexies*, apartado 2, de las Directivas, en lugar de la ineficacia. Sólo se considerará que los intereses económicos constituyen razones imperiosas a la hora de mantener la eficacia del contrato en los casos excepcionales en que la ineficacia del mismo diese lugar a consecuencias desproporcionadas. Ahora bien, no se considerará que los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión constituyen razones imperiosas de interés general. Entre los intereses económicos directamente vinculados al contrato cabe mencionar, entre otros, los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, los costes derivados de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, los costes derivados del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato y los costes de las obligaciones jurídicas derivadas de la ineficacia.

II) En caso de que se hubiese celebrado el contrato estando pendiente un recurso o un procedimiento de recurso, así como cuando se hubiese celebrado sin expiración del plazo de suspensión, los Estados miembros dispondrán la ineficacia del contrato o sanciones alternativas. Los Estados miembros podrán disponer que el órgano de recurso independiente de la entidad contratante decida, tras haber examinado todos los aspectos pertinentes, si el contrato ha de considerarse ineficaz o si han de aplicarse sanciones alternativas. Las sanciones alternativas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, y consistirán bien en la imposición de multas a la entidad contratante, bien en la reducción de la duración del contrato.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

52.- Junto con las anteriores líneas generales, debe tenerse en cuenta que, conforme establece la Sentencia TJUE de 8 mayo 2014 (asunto C-161, ECLI:EU:C:2014:307), las Directivas deben interpretarse en el sentido de que el plazo para la interposición de un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora adopta una nueva decisión, con posterioridad a esa decisión de adjudicación pero antes de la firma del contrato, que pueda afectar a la legalidad de dicha decisión de adjudicación. Ese plazo empieza a correr a partir de la comunicación a los licitadores de la decisión posterior o, en su defecto, a partir del momento en que éstos tienen conocimiento de la misma. Cuando un licitador llega a conocer, tras el vencimiento del plazo establecido por la normativa nacional para interponer recurso, una irregularidad supuestamente cometida antes de la decisión de adjudicación de un contrato, sólo puede recurrir contra dicha decisión dentro ese plazo, salvo disposición expresa del Derecho nacional que garantice tal derecho con arreglo a la normativa de la Unión.

53.- Ya se ha expuesto anteriormente que la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó las Leyes 30/2007 y 31/2007 para incorporar la Directiva 2007/66/CE, y que dicha transposición había venido precedida de la STJUE de 3 de abril de 2008, que consideró que la legislación española en materia de contratación pública era contraria a las obligaciones impuestas por las Directivas 89/665/CEE y 92/50/CEE al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y la celebración del contrato.

54.- Tras el dictado de la sentencia, la Comisión Europea, por carta PRE-228 2190/2002, de fecha 24 de abril de 2008, se dirigió a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea para indicarle que la Ley 30/2007 no cumplía las exigencia del fallo del TJUE, y en dictamen motivado 260/2190/2002 reiteró su conclusión, considerando, en esencia, que la legislación española incumplía las exigencias del Derecho de la Unión al no preverse vías de recurso eficaces frente a la decisión definitiva de adjudicación, y que la nueva vía de recurso contra la adjudicación provisional articulada por la Ley 30/2007 no suponía un plazo entre adjudicación y celebración que permitiese interponer un recurso eficaz contra la decisión de adjudicación definitiva antes de que el contrato se hubiese celebrado y formalizado, pues no estaba previsto un periodo de espera obligatorio entre la notificación de la decisión a los licitadores interesados y la celebración del contrato. Añadía la Comisión que el plazo de presentación del recurso especial establecido por la Ley 30/2007, a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

contar desde la notificación de la decisión provisional, era excesivamente breve, no siendo admisible sustituir la notificación oficial de la decisión de adjudicación por la publicación en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, y debiendo, en todo caso, garantizarse la comunicación por este de los motivos de la adjudicación provisional. La Comisión consideró asimismo que el recurso especial previsto en la legislación española no garantizaba el recurso ante un órgano independiente del órgano de contratación, pues había de presentarse ante este o ante el organismo al que dicho órgano estuviese adscrito.

55.- Las exigencias derivadas de la aplicación de las normas europeas se abordaron en la reforma introducida por la Ley 34/2010, suprimiendo la dualidad entre adjudicación provisional y definitiva, lo que supuso una transformación relevante en la naturaleza de los contratos del sector público, cuya perfección, que hasta entonces se producía con la adjudicación conforme al principio antiformalista que rige la contratación en el ordenamiento interno (arts. 1254 y 1258 CC), pasó a situarse en la formalización del contrato, que de ese modo cobra carácter constitutivo; la cual no puede tener lugar sino trascurridos quince días hábiles desde la remisión de la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos, de forma que solo trascurrido dicho plazo, o levantada la suspensión, el órgano de contratación puede requerir al adjudicatario para la formalización del contrato.

56.- Por otra parte, la reforma operada por la Ley 34/2010 en la Ley 31/2007 confirió una nueva redacción a los artículos 109 a 111 para regular las cuestiones de nulidad, reservadas a supuestos de ineficacia de los contratos ya celebrados por infracciones especialmente graves (falta de publicación del anuncio de licitación en el DOUE, infracción de la obligación de suspender cuando medie recurso previo ante el órgano de contratación, celebración del contrato antes de la resolución del recurso o de la decisión sobre medidas cautelares, o falta de remisión de la información requerida, si privó al licitador de ejercitar recursos precontractuales o afectó a sus posibilidades de resultar adjudicatario, y, en fin, en los casos de acogimiento a la excepción del plazo suspensivo en los contratos marcos y en sistemas dinámicos de adquisición), de manera diferenciada del recurso en materia de contratación.

57.- El Consejo de Estado, sin embargo, ya había advertido en su Dictamen nº 449/2010, de 29 de abril de 2010, acerca de la necesidad de precisar la naturaleza de la acción de nulidad, habida cuenta de que, ya por encontrarse tasadas sus causas, ya por el establecimiento de un plazo para su ejercicio,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

ya por los efectos de la nulidad –que no son absolutos, permitiendo ser sustituida la declaración de nulidad por sanciones alternativas-, se acercaba más al régimen de la anulabilidad. Y había advertido, además, acerca de la conveniencia de hacer coincidir los ámbitos materiales de la cuestión de nulidad y del recurso especial, así como de resolver la compatibilidad entre uno y otro.

58.- Este es el esquema que se mantiene en la vigente Ley 31/2007, con las modificaciones introducidas por la Ley 34/2010 al incorporar la Directiva 2007/66/CEE, cuya transposición, en términos generales, y a salvo de las puntuales observaciones que en su momento hizo del texto entonces proyectado, el Consejo de Estado consideró correcta en el indicado Dictamen 449/2010.

IV

59.- Llegados a este punto, se está en disposición de realizar determinadas observaciones de índole general, y de anticipar ciertas conclusiones, también de la misma índole, que se llevarán, junto con las demás, al apartado correspondiente de este informe.

10.- En primer término, cabe cuestionar la necesidad de una nueva Ley que sustituya a la vigente Ley de sectores especiales, siempre sobre la base – aceptada- de la conveniencia de mantener la regulación de este sector separada de la general de contratos del sector público.

El prelegislador, al explicar en la MAIN las alternativas y la oportunidad del proyecto normativo presentado, considera inadecuada la elaboración de una ley por cada una de las Directivas de contratación pública que han de ser objeto de transposición. Considera igualmente inadecuada la incorporación directa de las nuevas Directivas al ordenamiento jurídico español sin elaborar textos articulados. Y también entiende inadecuada la integración de las novedades y principales modificaciones introducidas por las nuevas Directivas en la legislación actualmente existente a modo de modificaciones legislativas sin tramitación de un nuevo proyecto de texto articulado.

Ciertamente, no parece adecuado, en buena técnica legislativa, incorporar separadamente las Directivas 2014/23 y 2014/23, cuando esta, y la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

regulación del contrato de concesión que contiene, se ha de proyectar a los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios públicos. Resulta más conveniente, desde luego, llevar a cabo la transposición de ambas Directivas a través de un único instrumento normativo que recoja la regulación de la contratación pública en tales sectores, incluyendo los contratos de concesión referidos a las actividades que constituyen su objeto.

Sin embargo, es discutible que la finalidad de incorporar las previsiones de las normas europeas al ordenamiento interno e incluso de introducir las mejoras técnicas consideradas por el prelegislador no pueda cumplirse mediante las modificaciones que fueren precisas en el texto vigente, sin necesidad de elaborar de nuevo uno completo, como ya se hizo en el pasado. Debe tenerse en cuenta que, aunque las novedades introducidas por las Directivas europeas –como las relativas a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento de contratación, las relativas a los anuncios de licitación sobre la existencia de un sistema de clasificación, a la preferencia de las ofertas comunitarias en los contratos de suministro, a la mejor traslación de los principios de la contratación a los criterios de adjudicación y de ejecución de los contratos, a la incorporación de criterios sociales y medioambientales, e, incluso, a los nuevos procedimientos de adjudicación como la asociación para la innovación- no son escasas, no por ello se hace preciso recogerlas mediante la elaboración de un nuevo texto normativo. Incluso la modificación introducida en la regulación del régimen de reclamaciones en los procedimientos de adjudicación y declaración de nulidad de los contratos, que en el Anteproyecto que se informa se hace al paso de la reforma que se introduce por el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, no hace imprescindible la elaboración de un nuevo texto legal, tanto más cuanto el texto proyectado responde al esquema general de la Ley vigente.

2º.- Abundando en lo anterior, el Anteproyecto se estructura de manera similar a la Ley 31/2007, e incorpora a dicho esquema las novedades legislativas y las mejoras técnicas. Lo más significativo en esta estructuración es que lleva a su Título IV, referido a los procedimientos de adjudicación, la regulación del objeto, contenido mínimo y plazo de duración de los contratos, así como las normas sobre los requisitos de los candidatos y licitadores, e integra en el capítulo III de ese mismo título, bajo el título "Procedimientos de adjudicación", las normas generales sobre el procedimiento y las de publicidad de las licitaciones, al tiempo que traslada al Título V las técnicas de contratación bajo la denominación "Técnicas de racionalización de la contratación y concursos de proyectos", donde se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

tratan, como tales, las centrales de compras, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas y catálogos electrónicos y los concursos de proyectos. Prescinde, por tanto, de la estructura de la Directiva, lo que exige un mayor rigor en la transposición de las normas europeas, habida cuenta de la especial vigilancia que la Comisión Europea despliega para controlar la incorporación del ordenamiento europeo sobre contratación pública; de ahí que, como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen nº 499/2010, la opción por la transcripción literal pueda en ocasiones encontrar su justificación para evitar conflictos y la eventual imputación de infracción del Derecho de la Unión.

3º.- Con todo, respetando la opción del prelegislador, y dejando a salvo las consideraciones ya vertidas sobre el régimen de exclusiones y de prohibiciones en la contratación y las que más adelante se harán acerca de la regulación del procedimiento de revisión de decisiones en materia de contratación, la ley proyectada lleva a cabo una adecuada incorporación de las normas europeas y permite, por tanto, la consecución de sus objetivos y finalidades. Debe destacarse el esfuerzo del prelegislador por trasladar de forma fiel los principios y normas de las Directivas, y de integrar en un solo texto normativo sus disposiciones, diferenciando aquellas relativas a los contratos de concesión que vienen referidas a las actividades de los sectores regulados, y dejando las restantes para su incorporación en el texto, también proyectado, de la Ley de Contratos del Sector Público.

V.- EXAMEN SOBRE EL CONTENIDO

60.- Una vez que se han efectuado las anteriores consideraciones generales y se han adelantado las conclusiones, igualmente generales, que se han expuesto, procede adentrarse en el examen del articulado del Anteproyecto en aquellos aspectos sobre los que este Consejo ha de emitir su parecer, tal y como ha quedado delimitado el objeto del informe por las consideraciones vertidas en el apartado II, y que no han sido tratados en el previo apartado IV.

61.- Se ha de examinar, por tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley proyectada, en orden a determinar si es o no aplicable a este órgano



constitucional, y el régimen de invalidez, reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos regulado en el Título VII del Anteproyecto.

A) Ámbito subjetivo de la Ley

62.- Tal y como se indica en la MAIN y en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el ámbito subjetivo de la Ley se proyecta sobre las entidades públicas y privadas, exceptuándose, sin embargo, las Administraciones Públicas, que quedan sujetas a la regulación más estricta de la Ley de Contratos del Sector Público por razones de disciplina y control de su funcionamiento, aspectos estos que parece aconsejable primar, respetando los umbrales establecidos en la Directiva 2014/25/UE a efectos de la publicidad de los anuncios de los contratos en el DOUE, lo que es plenamente compatible con el Derecho de la Unión Europea, ya que esta opción garantiza los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en materia contractual, al exigirse con mayor rigor en la esfera estrictamente administrativa.

63.- El ámbito de aplicación de la Ley proyectada se establece en función de cuál sea la entidad contratante que realice alguna de las actividades enumeradas en sus artículos 8 a 14, que reproducen fielmente los Capítulos II y III del Título I de la Directiva 2014/25. Por entidad contratante se ha de entender (artículo 5.2 a) los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público, las empresas públicas, así como otras entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Anteproyecto. Poderes adjudicadores, por su parte (artículo 5.2 b), son todas aquellas entidades que tengan esta consideración de acuerdo con la Ley de Contratos del Estado.

64.- Esta tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues alcanza a todas las entidades que integran el sector público a los efectos de la Ley (artículo 3.1), entre las cuales se incluyen (letra k, ordinal primero) los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

65.- Debe recordarse que el apartado f) del artículo 3.2 del TRLCSP, que contenía una redacción idéntica a la del artículo 3.1-k)-1º del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, fue suprimido por la Ley 25/2013, introduciendo la disposición adicional primera *bis*, que establece que los órganos constitucionales ajustarán su contratación a las normas establecidas por la Ley para las Administraciones Públicas.

66.- Según lo dispuesto en el artículo 3.2 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, dentro del sector público, y a los efectos de dicha Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas, entre otras, las entidades y organismos mencionados en la letra k) del apartado primero del mismo artículo, que incluye, como se ha visto, a los órganos competentes en materia de contratación de este Consejo General del Poder Judicial; Administraciones Públicas que se considerarán poderes adjudicadores a los efectos de la Ley, junto con las demás entidades enumeradas en el apartado tercero del artículo 3 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

67.- Por tanto, al excluir el artículo 5.2 del Anteproyecto de Ley objeto de informe del concepto de entidad contratante al que se aplica la Ley a los poderes adjudicadores que sean Administración Pública, y al tener este Consejo General del Poder Judicial tal consideración en la proyectada Ley de Contratos del Sector Público, se ha de concluir que este órgano constitucional no está incluido en las disposiciones de la proyectada Ley de contratos de los denominados sectores excluidos; falta de aplicación que, por ende, se refuerza en la medida en que no realiza ninguna de las actividades que conforman el ámbito objetivo de aplicación de la Ley.

B) Régimen de invalidez, reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos

68.- La vigente Ley 31/2007 contiene en su Título VII el régimen de reclamaciones en los procedimientos de adjudicación y declaración de nulidad de los contratos regulando diferenciadamente el recurso en materia de contratación (artículos 101 a 108) y la cuestión de nulidad (artículos 109 a 111), y lo hace conforme el esquema previsto en el TRLCSP, que distingue entre el recurso especial en materia de contratación (artículos 40 a 49) y la cuestión de nulidad (artículos 37 a 40).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

69.- El Anteproyecto se acerca al esquema del TRLCSP regulando en primer lugar los supuestos de invalidez de los contratos, diferenciando las causas de nulidad derivadas del derecho administrativo, las causas de anulabilidad, y las causas de invalidez de derecho civil, fijando asimismo los efectos de la declaración de nulidad. A continuación, establece el régimen de las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos, regulando los actos y decisiones objeto de las reclamaciones, el órgano competente para la resolución de la reclamación, el régimen jurídico de la reclamación y el efecto de la resolución, para finalmente dedicar un último precepto a la solución extrajudicial de conflictos.

70.- La regulación del régimen de las reclamaciones difiere, sin embargo, del de la vigente Ley 31/2007 y del TRLCSP, pues agrupa en el recurso en materia de contratación las impugnaciones que en la legislación vigente se deducen a través de la denominada cuestión de nulidad, de tal forma que tanto el órgano competente como el procedimiento va a ser el mismo, introduciendo sin embargo reglas especiales para el plazo de interposición cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad. El Anteproyecto, también en este punto, se remite a la proyectada Ley de Contratos del Sector Público a la hora de disponer la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen por infracción de las normas contenidas en la Ley, acordar las medidas cautelares de carácter provisional necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, y fijar las indemnizaciones procedentes por los daños y perjuicios derivados de la infracción de las disposiciones legales; y se remite también a la futura Ley de Contratos del Sector Público en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, estableciendo respecto de este determinadas especialidades.

71.- Las consideraciones que a continuación se hagan han de contraerse, por tanto, a las específicas disposiciones que se contienen en el Anteproyecto objeto de informe sobre el régimen de invalidez y de reclamaciones. Conviene destacar asimismo aquellas disposiciones que tienen incidencia en el régimen de impugnaciones previsto en la norma proyectada.

72.- Esta sigue la orientación formalista ya recogida en la legislación vigente como consecuencia de la necesidad de ajustarse a las exigencias de las normas europeas, y dispone que los contratos, salvo los basados en un acuerdo marco y los específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, se perfeccionan con la formalización del contrato, que no podrá



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

llevarse a cabo hasta tanto transcurra el plazo de quince días hábiles desde que se remite la notificación, con el objeto de poder garantizar el efecto suspensivo de la reclamación en materia de contratación prevista en el artículo 119 del Anteproyecto (artículo 73). La norma sigue el criterio ya reflejado en los artículos 27 y 28 del TRLCSP, que se recoge en el artículo 36 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

73.- Las convocatorias de licitación, cuando procedan, deberán ser objeto de anuncio publicado en el DOUE y en el perfil de la entidad contratante, y en el BOE y en los boletines autonómicos correspondientes, cuando la entidad contratante dependa de una Administración Pública. Tratándose de contratos de concesión de alguno de los servicios detallados en el Anexo I del texto proyectado, la licitación se dará a conocer mediante un anuncio periódico indicativo, y en los demás casos, mediante un anuncio de licitación (artículos 74.3, 76.1, 77 y 78 del Anteproyecto).

74.- La adjudicación de los contratos se comunicará motivadamente y por medios electrónicos por la entidad contratante al licitador que hubiere formulado la oferta económica más ventajosa, así como a los restantes operadores económicos, y deberá contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento interponer reclamación suficientemente fundada contra la decisión, indicando el plazo en que debe procederse a la formalización del contrato conforme al artículo 73.2 del Anteproyecto (artículo 72).

75.- La formalización del contrato o del acuerdo marco deberá, por su parte, anunciarse en el perfil de la entidad contratante y en el DOUE, así como en el BOE y en el correspondiente boletín oficial, cuando se trate de contratos de entidades que dependan de las Administraciones Públicas (artículo 79)

76.- Hechas las anteriores puntualizaciones, procede abordar el examen, en primer lugar, del régimen de invalidez previsto en el texto proyectado.

77.- El artículo 114 dispone que los contratos celebrados por las entidades contratantes regulados en la Ley proyectada serán inválidos cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil, cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas a que se refieren los artículos 115 y 116, y en aquellos casos en que la invalidez deriva de la ilegalidad de sus clausulado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

78.- El artículo 115, por su parte, dispone que los actos preparatorios y los del procedimiento de adjudicación serán nulos de pleno derecho cuando concurra en ellos alguna de las causas que enumera la legislación vigente en materia de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y serán igualmente nulos de pleno derecho cuando concurra alguna de las causas siguientes:

- a) Falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, o falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario, o, cuando la entidad contratante pertenezca al sector público, estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar establecidas en la Ley de Contratos del sector Público;
- b) Falta de publicación de la convocatoria de licitación en el DOUE o en el medio de publicidad preceptivo establecido por la Ley;
- c) Inobservancia por parte de la entidad contratante del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 73.2 para la formalización del contrato, siempre que: i) por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación por alguno de los actos del procedimiento de adjudicación; y ii) concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación que le hubiera impedido obtener ésta;
- d) Formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto la reclamación en materia de contratación, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer de la reclamación interpuesta;
- e) Incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de contratación;
- f) Incumplimiento de las normas del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública por parte de la entidad contratante, cuando así lo hubiera dictaminado el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Serán asimismo nulos de pleno derecho:

- a) Los encargos para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no se observen los requisitos establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público relativos a la condición de medio propio;
- b) Los contratos celebrados sin sujeción a la Ley con empresas asociadas y empresas conjuntas, cuando no se observe alguno de los requisitos establecidos en el artículo 24.

79.- Por su parte, son causas de anulabilidad derivadas del derecho administrativo (artículo 116) las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la Ley proyectada, de conformidad con la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, que afecten a los actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación de los contratos.

80.- Pues bien, con relación a este régimen de invalidez cabe hacer las siguientes observaciones:

1ª.- El prelegislador sigue articulando los supuestos de invalidez previstos en el artículo 115 como causas de nulidad de pleno derecho, cuando, en rigor, la ineficacia que se establece no se compadece bien con los rasgos caracterizadores de la nulidad absoluta, que opera *ipso iure*, es definitiva, tiene eficacia retroactiva y no está sometida a plazo. Adviértase que, como se verá, el ejercicio de la impugnación por causa de nulidad se somete a un determinado plazo, y cabe la posibilidad de que, declarada la nulidad, se acuerde la continuación de los efectos del contrato y bajo sus mismas cláusulas hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio, en los casos en que la declaración de nulidad produzca un grave trastorno al servicio público (artículo 117.2 del Anteproyecto). Sería más recomendable evitar la referencia a la nulidad de pleno derecho, y acudir a expresiones tales como "serán nulos" o "serán declarados nulos" los contratos, en la línea ya sugerida por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 499/2010.

2ª.- El artículo 115 comienza la enumeración de las causas de nulidad acudiendo a las dispuestas en la legislación vigente en materia de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Común. Esta referencia debería tener en cuenta los proyectos normativos en curso relativos al régimen jurídico del sector público y al procedimiento administrativo común, y aludir a estos, y no al régimen vigente, por coherencia normativa, tal y como se hace en el artículo 39.1 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

3ª.- El precepto –que tiene un contenido casi similar al de su homólogo del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público- recoge las causas de invalidez establecidas en el artículo 109 de la Ley 31/2007, también contempladas en el artículo 37.1 del TRLCSP, y respeta, en términos generales, el contenido de las directivas en materia de reclamaciones. Sin embargo, no recoge, de forma injustificada, las excepciones previstas en ellas –que el artículo 109 de la Ley 31/2007 ha incluido- respecto de las causas de nulidad consistentes en la falta de publicación de la convocatoria de licitación y en el incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco o basados en un sistema dinámico de contratación.

4ª.- La causa de nulidad consistente en la formalización del contrato, en los casos en que se hubiere interpuesto reclamación en materia de contratación, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido cuando proceda, o la medida cautelar de suspensión que hubiere sido acordada, debe ser puesta en relación con los artículos 53 y 49, respectivamente, del texto proyectado de la Ley de Contratos del Sector Público. Aunque el artículo 121 del Anteproyecto, a la hora de establecer el régimen jurídico de las reclamaciones, remite a las disposiciones de la Ley –proyectada- de Contratos del Sector Público, de cuyos artículos 53 y 49 se desprende la suspensión a que alude la causa de nulidad, es aconsejable evitar la necesidad de encontrar el señalado efecto suspensivo en disposiciones extramuros de la Ley que articula las causas de nulidad aplicables al procedimiento de contratación objeto de regulación. Debe tenerse presente que, como ya puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Recomendación de 1 de marzo de 2012, las directivas europeas, y en particular la Directiva 2007/66/CE, exigen la suspensión automática de la adjudicación, cuando esta sea el acto recurrido.

81.- En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad (artículo 117 del Anteproyecto) se resumen en la privación de efectos del contrato, cuando la nulidad afecte a los actos preparatorios o a la adjudicación del contrato, pues si afecta a actos que no sean preparatorios se limitará a ellos. El texto proyectado abre paso, como se ha indicado, a la excepción misma de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

efectos de la declaración de nulidad cuando esta produzca “un grave trastorno al servicio público”.

82.- La regulación proyectada –similar a la contenida en el artículo 35 del TRLCSP y en el artículo 42 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público- parece referirse a la nulidad en general, no a la nulidad absoluta, y contempla los efectos restitutorios propios de la ineficacia del negocio jurídico, incluyendo la entrega del equivalente económico cuando no sea posible la restitución de las recíprocas prestaciones. A tales efectos suma la indemnización de los daños y perjuicios a que vendrá obligada la parte culpable. Este efecto indemnizatorio de la declaración de nulidad deberá ponerse en conexión con el artículo 57 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en la medida en que conlleva un pronunciamiento de culpabilidad que deberá contemplarse a la hora de fijar el contenido de la resolución de la impugnación; y, aunque se contempla ampliamente, deberá conectarse asimismo con las indemnizaciones previstas en el artículo 58 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

83.- Por otra parte, el precepto examinado contempla la posibilidad, prevista en las Directivas 89/665/CEE y 2007/66/CE, así como en el artículo 110 de la Ley 31/2007, de que el órgano competente para declarar la nulidad acuerde el mantenimiento de los efectos del contrato en aquellos casos en que su declaración produzca “un grave trastorno al servicio público”. Tanto las Directivas como el artículo 110 de la Ley 31/2007 refieren esta posibilidad a la concurrencia de circunstancias excepcionales que permitan al órgano competente considerar que existen “razones imperiosas de interés general”. Aunque esta expresión no está arraigada en el ordenamiento jurídico español, no existe razón para no recogerla en su literalidad en el texto de reforma, tanto más cuanto ya lo ha sido en la Ley 31/2007 que pretende sustituir. Y debe advertirse que la norma proyectada no contempla este mantenimiento de la eficacia del contrato más que de un modo transitorio, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio, con lo que de este modo parece salvarse la imposición de sanciones alternativas a la nulidad previstas en la Directiva 2007/66/CE y en el artículo 110 de la Ley 31/2007; lo que, además de no ajustarse a las normas europeas, no ha de impedir el resarcimiento del afectado ni la imposición de multas en los términos previstos en el artículo 58 del texto proyectado de la Ley de Contratos del Sector Público.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

84.- El artículo 119 del Anteproyecto regula el objeto de las reclamaciones, y lo hace con referencia a los contratos sujetos a la Ley proyectada, incluidos los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición.

85.- Los actos y documentos objeto de la reclamación no difieren, en esencia, de los establecidos en el artículo 40.2 del TRLCSP, y se ajustan a los relacionados en el artículo 44.2 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Respecto de esta regulación cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) El apartado cuarto del artículo 119 dispone que no cabrá reclamación en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia. El precepto tiene el mismo contenido que el artículo 40.4 del TRLCSP, que se pone en relación con el artículo 113 del mismo cuerpo legal, cuyo objeto es la regulación de este procedimiento. Es preciso, por tanto, que el precepto proyectado se relacione con el artículo 120 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que regula la tramitación de urgencia.
- b) El apartado quinto de este mismo artículo establece el carácter exclusivo de la reclamación, de forma que contra los actos y publicaciones que son objeto de ella no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios. El mismo carácter exclusivo se atribuye al actual recurso especial en materia de contratación administrativa (artículo 40.5 TRLCSP), y se mantiene en el artículo 44.5 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Parece conveniente mantener este carácter exclusivo de la reclamación en materia de contratación, habida cuenta de la especialidad de su objeto y del órgano llamado a resolverla, en línea con lo dictaminado por el Consejo de Estado (Dictámenes 514/2006 y 499/2010). Convendría, en cualquier caso, trasladar a este apartado la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 44.5 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que somete a los demás actos dictados en los procedimientos de adjudicación de contratos que no sean objeto de la reclamación especial al sistema de recursos establecido en la legislación del régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común, así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- c) El artículo 119.6 dispone que la previa interposición de la reclamación en materia de contratación será requisito imprescindible para la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

interposición del recurso contencioso-administrativo. Este carácter obligatorio del recurso, que también se establece en el artículo 44.6 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, constituye una novedad con relación al carácter potestativo que expresamente confiere el vigente artículo 40.6 del TRLCSP al recurso especial en materia de contratación. Este cambio de la naturaleza del recurso, si bien puede retrasar el acceso a la vía judicial, permite una resolución administrativa a cargo de un órgano administrativo independiente que goza de las garantías que exige la norma europea, que puede ser más rápida que el procedimiento jurisdiccional y que sigue un procedimiento en el que es posible obtener una tutela cautelar, de acuerdo con el art. 43 49 del Anteproyecto, que recupera el vigente art. 43 TRLCSP, como exige el Derecho europeo, y que conlleva, por imposición del art. 53 del Anteproyecto (actual art. 45 TRLCSP), la suspensión de la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en los casos de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Es en todo caso una opción del prelegislador, que no explica la Exposición de Motivos, ni tampoco la MAIN del Anteproyecto.

86.- La determinación del órgano competente para la resolución de la reclamación se hace por remisión a la Ley –proyectada- de Contratos del Sector Público (artículo 120). Por tanto, la competencia corresponderá al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, en tanto que en el ámbito autonómico será el que establezcan sus normas respectivas, con las condiciones establecidas en el artículo 46 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, pudiendo asimismo atribuir la competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por medio del correspondiente convenio, en términos análogos a los contemplados en el vigente artículo 41.3 del TRLCSP. El órgano designado por las correspondientes normas tendrá también la competencia en el ámbito de las Corporaciones Locales. Específicamente, tratándose de poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia corresponderá al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente será aquel que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

todas o varias de ellas ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a lo dispuesto en la Ley (artículo 47.1 y 2 del Anteproyecto de Ley de Contratos del sector Público; en similares términos, el vigente artículo 41.5 del TRLCSP).

87.- Este mismo carácter electivo se prevé en el apartado segundo del artículo 120 del Anteproyecto de Ley que se examina, cuando la entidad contratante fuera una asociación de las contempladas en su artículo 5.1 y hubiera varias Administraciones Públicas de referencia por la diferente adscripción o vinculación de sus miembros, o una sola entidad contratante que se encontrara en el mismo supuesto por operar en varios sectores regulados (artículo 120.2)

88.- Por último, cuando la entidad contratante tenga relación con más de una Administración Pública en razón de su adscripción o vinculación formal y del título administrativo que explota, la competencia corresponderá al órgano independiente que la tenga atribuida para resolver las reclamaciones en el ámbito de la Administración que haya otorgado el título administrativo (artículo 120.3).

89.- Se ha de hacer una observación al fuero electivo que se establece en el artículo 120.1 y 2. No es aconsejable introducir un fuero de tal naturaleza en el ámbito de la contratación pública, tal y como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado (Dictamen 499/2010). Para evitarlo puede acudirse a criterios tales como el de la adscripción o vinculación formal, en línea con lo sugerido por el señalado órgano consultivo, o el del mayor grado de adscripción o vinculación.

90.- El Anteproyecto (artículo 121) se remite también a la Ley –en elaboración- de Contratos del Sector Público para establecer el régimen jurídico de las reclamaciones, que será el previsto para el recurso especial que regula dicha norma, con las especialidades que introduce el texto que se informa.

91.- A este respecto, cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) La remisión que hace el prelegislador a las normas de la Ley de Contratos del Sector Público que regulan el recurso especial en materia de contratación se ha de entender que es en bloque, y que comprende, por tanto, la solicitud de medidas cautelares prevista en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

el artículo 49 de dicho cuerpo legal. No obstante, el artículo 121 del Anteproyecto de Ley que se informa ganaría en claridad si se especificara que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Contratos del Sector Público.

- b) No hay razón para que el cómputo del plazo de interposición del recurso contra el contenido de los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales no se establezca de manera uniforme en la Ley de Contratos de los sectores excluidos y en la Ley de Contratos del Sector Público. Esta, en su artículo 50.1 b) establece, de forma un tanto confusa, que el plazo comenzará a contarse desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, siempre que en este se hubiera indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. En caso contrario, comenzará el día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante. Y si los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubiera entregado al recurrente. Este último es el criterio de cómputo del plazo que contempla el artículo 121.1 b) del Anteproyecto que se informa. Debe recordarse que, para los actos que no están sujetos a una notificación específica, como los pliegos de condiciones, la Directiva 2007/66/CE sigue el criterio de la publicación.

Significativas han sido las resoluciones dictadas en relación con la determinación del comienzo del cómputo del plazo cuando se pretendía impugnar el contenido de los pliegos: así, en un primer momento hubo dudas y vacilaciones en cuanto a cual debiera considerarse el *dies a quo*, llegando incluso en algún caso a estimarse que tal momento coincidía con la publicación de los pliegos en el perfil de contratante. Sin embargo, por elementales razones de seguridad jurídica y de evitación de la indefensión, posteriormente, se ha consolidado una doctrina que ya es pacífica y reiterada en los órganos y tribunales administrativos en materia de contratación. De acuerdo con dicha doctrina, cuando el acceso a los pliegos se realiza por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a través del perfil de contratante, y no conste notificación expresa al recurrente por razones de seguridad jurídica debe entenderse que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir del día hábil siguiente a la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, puesto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

que desde ese momento no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos.

Así se han pronunciado varios Órganos Administrativos de Resoluciones Contractuales, entre otras, en las Resoluciones del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi 78/2012, de 3 de octubre de 2012 (expediente EB 2012/037), 46/2012 de 18 de mayo (expediente EB 2011/055) y 11/2014 de 7 de febrero de 2014 (expediente EB 118 y 119/2013) en las que, tras indicar la necesidad de distinguir si el acceso a los pliegos se realiza por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, o se facilita por otros medios, viene admitiendo la presentación del recurso más allá de los 15 días hábiles a la publicación de los pliegos en el perfil de contratante.

También el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco viene aplicando esta doctrina comúnmente aceptada, que obedece a razones de lógica innegable con el objetivo de preservar la seguridad jurídica, de que si los pliegos no han sido remitidos al recurrente de manera expresa o no existe constancia de la fecha del acceso a la documentaciones expuestas en el perfil del contratante, el *dies a quo* para la interposición de los recursos es el día hábil siguiente a la fecha de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no puede alegarse desconocimiento del contenido de los mismos cuando los pliegos han podido obtenerse por medios electrónicos. Este, en su Sentencia de 28 de octubre de 2013, rec. 416/2012, sección 1ª, en un supuesto en el que no constaba acreditado en el expediente administrativo el momento en que el recurrente tuvo acceso a los pliegos, estableció que *"la solución será la de considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos."*

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 30 de octubre de 2013 (en adelante, SAN de 30 de octubre de 2013), parece cambiar el criterio: según la doctrina establecida en este pronunciamiento, el *dies a quo* para interponer el recurso especial habría de computarse desde el momento de la última de las publicaciones en los boletines oficiales. La propia Audiencia Nacional, en su Sentencia de 11 de marzo de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

2015 (LA LEY 18633/2015, Rec. 177/2014), ha vuelto sobre la de 30 de octubre de 2013 en un asunto en el que la cuestión a resolver era si el plazo para la presentación del escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación debía ser la fecha de la publicación del anuncio de la convocatoria en el DOUE (14 de febrero de 2014), tesis de la resolución del TACRC recurrida y que la Audiencia anula, o bien debía ser la fecha de publicación de dicho anuncio en el BOE (18 de febrero de 2014).

- c) Cuando se trate de la impugnación de actos sujetos a una notificación específica, debería unificarse la forma de computar el plazo de interposición con arreglo al criterio general de la remisión de la notificación, que es el indicado por la Directiva de recursos. Debe tenerse en cuenta que el artículo 61.1 del texto proyectado establece como regla general la tramitación electrónica del procedimiento de contratación, que conlleva la práctica de las notificaciones y comunicaciones por medios exclusivamente electrónicos, y será de aplicación el apartado primero de la Disposición Adicional Decimoquinta del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público a los procedimientos de contratación de las entidades contratantes del sector público. Esta disposición establece que los plazos a contar desde la notificación electrónica se computarán desde la fecha del envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación, y, en caso contrario, desde la recepción de la notificación por el interesado. Consecuentemente, cuando la notificación del acto deba realizarse por medios electrónicos el plazo debería contarse a partir de la fecha de la remisión de la notificación o del aviso de notificación electrónica, y solo en caso contrario, cuando esta no sea obligatoria, cabría acudir al criterio de la recepción por el interesado.
- d) El texto proyectado establece un plazo distinto cuando se trata de la impugnación por concurrencia de causas de nulidad previstas en el artículo 115.2, letras c), d) e) o f). Este será el de treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista legalmente, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueren



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

determinantes de la adjudicación a su favor; y en los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato. Una más adecuada transposición de la Directiva de recursos debería llevar a incluir también en las causas de nulidad respecto de las que se establece un plazo especial de recurso la contemplada en la letra b) del artículo 115.2 –falta de publicación de la convocatoria de licitación–, y a establecer que el plazo de seis meses deberá regir “en cualquier caso” –y no “en los demás casos”– a contar desde el día siguiente al de la formalización del contrato.

- e) Debería contemplarse el cómputo del plazo en el caso considerado en la STJUE de 8 de mayo de 2014, conforme a cuyo criterio el plazo para la interposición de un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora adopta una nueva decisión, con posterioridad a esa decisión de adjudicación pero antes de la firma del contrato, que pueda afectar a la legalidad de dicha decisión de adjudicación.
- f) Debe admitirse la interposición del recurso ante el registro o ante cualquier otra dependencia de la entidad contratante, debiendo adoptarse las medidas precisas para que tales registros se encuentren abiertos todos los días hábiles.

92.- El artículo 123 establece un mecanismo de solución extrajudicial de conflictos, mediante el recurso al arbitraje, que ya había introducido la Ley 34/2010, de 5 de agosto, consagrando la institución del arbitraje en el ámbito de la contratación pública. La posibilidad del arbitraje se contempla en el artículo 50 del vigente TRLCSP. El recurso a la vía arbitral, que en el marco de la contratación en los sectores excluidos cobra toda su dimensión al no intervenir las Administraciones Públicas, supone el reconocimiento de dicha vía como un mecanismo alternativo al judicial para la solución de las controversias nacidas en la contratación pública, capaz de satisfacer las exigencias de celeridad y eficacia demandadas por las normas europeas.

93.- El Anteproyecto completa la actual regulación estableciendo que será en los pliegos de condiciones donde se determine la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de su miembros sea propuesto por el contratista, y en caso de que el pliego no señale la composición del órgano arbitral y no exista acuerdo sobre la misma, la competencia para resolver el arbitraje



corresponderá al órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación.

VI.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- El órgano remitente ha solicitado la emisión del informe de conformidad con lo dispuesto en el ordinal sexto del artículo 561.1 de la LOPJ, y, por tanto, circunscrito a las normas procesales y aquellas *que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*. Esta concreción del objeto del informe condiciona ineludiblemente su alcance, atendido el contenido de la norma en elaboración, que constituye el vehículo a través del cual se incorpora al ordenamiento interno la norma del Derecho de la Unión por la que se establece el marco común del procedimiento de contratación en los denominados sectores excluidos, así como la relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en lo que afecta a las actividades que conforman tales sectores especiales. Se trata, pues, de una norma cuyo contenido se encuentra en gran medida alejado del ámbito en el que ha de desenvolverse la función consultiva de este Consejo, tanto más cuanto no está vinculado por ella, dado su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación.

SEGUNDA.- Junto con este proyecto normativo, el órgano remitente ha solicitado informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que ha de servir para transponer la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Será, por tanto, al informar dicho Anteproyecto de Ley donde se examinen las normas a las que se remite el que ahora es objeto de informe, evitando de ese modo innecesarias reiteraciones.

TERCERA.- El alcance del presente informe se ha de ceñir al examen del ámbito de aplicación de la norma proyectada, para verificar la exclusión de este Consejo de su esfera subjetiva y objetiva de aplicación, y al del régimen de invalidez, reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos establecido en el Título VII del texto proyectado, así como a las normas que estén relacionadas con dicho régimen, y aquellas otras disposiciones que incidan, siquiera de forma mediata, en el ejercicio de derechos y libertades



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

fundamentales cuya tutela han de dispensar los órganos jurisdiccionales. Este limitado alcance del informe es, por lo demás, coherente con el que han tenido los dos informes anteriores emitidos por este Consejo General del Poder Judicial sobre los anteproyectos de ley que modificaron la normativa sobre los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, el último de los cuales tuvo por objeto el Anteproyecto de la que sería la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modificó las Leyes 30/2007, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre los procedimientos de contratación en los indicados sectores, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el cual se contrajo a las disposiciones que afectaban a la atribución de competencias en materia de recursos contenciosos-administrativos contra las resoluciones dictadas en materia de contratación.

Esta delimitación del objeto del informe no ha de impedir, sin embargo, que este órgano constitucional, en el marco de la colaboración entre instituciones, efectúe una valoración acerca de la técnica legislativa empleada por el prelegislador para llevar a cabo la incorporación al ordenamiento interno de las directivas europeas objeto de transposición, y, en suma, sobre el cumplimiento de la obligación normativa impuesta por las autoridades legislativas de la Unión Europea.

CUARTA.- Cabe cuestionar la necesidad de una nueva Ley que sustituya a la vigente Ley de sectores especiales, siempre sobre la base –aceptada– de la conveniencia de mantener la regulación de este sector separada de la general de contratos del sector público.

Ciertamente, no parece adecuado, en buena técnica legislativa, incorporar separadamente las Directivas 2014/23 y 2014/23, cuando esta, y la regulación del contrato de concesión que contiene, se ha de proyectar a los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios públicos. Resulta más conveniente, desde luego, llevar a cabo la transposición de ambas Directivas a través de un único instrumento normativo, que recoja la regulación de la contratación pública en tales sectores, incluyendo los contratos de concesión referidos a las actividades que constituyen su objeto.

Sin embargo, es discutible que la finalidad de incorporar las previsiones de las normas europeas al ordenamiento interno e incluso de introducir las mejoras técnicas consideradas por el prelegislador no pueda cumplirse



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

mediante las modificaciones que fueren precisas en el texto vigente, sin necesidad de elaborar de nuevo uno completo, como ya se hizo en el pasado. Debe tenerse en cuenta que, aunque las novedades introducidas por las Directivas europeas –como las relativas a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento de contratación, las relativas a los anuncios de licitación sobre la existencia de un sistema de clasificación, a la preferencia de las ofertas comunitarias en los contratos de suministro, a la mejor traslación de los principios de la contratación a los criterios de adjudicación y de ejecución de los contratos, a la incorporación de criterios sociales y medioambientales, e, incluso, a los nuevos procedimientos de adjudicación como la asociación para la innovación- no son escasas, no por ello se hace preciso recogerlas mediante la elaboración de un nuevo texto normativo. Incluso la modificación introducida en la regulación del régimen de reclamaciones en los procedimientos de adjudicación y declaración de nulidad de los contratos, que en el Anteproyecto que se informa se hace al paso de la reforma que se introduce por el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, no hace imprescindible la elaboración de un nuevo texto legal, tanto más cuanto el texto proyectado responde al esquema general de la Ley vigente.

QUINTA.- El Anteproyecto se estructura de manera similar a la Ley 31/2007, e incorpora a dicho esquema las novedades legislativas y las mejoras técnicas. Lo más significativo en esta estructuración es que lleva a su Título IV, referido a los procedimientos de adjudicación, la regulación del objeto, contenido mínimo y plazo de duración de los contratos, así como las normas sobre los requisitos de los candidatos y licitadores, e integra en el capítulo III de ese mismo título, bajo el título “Procedimientos de adjudicación”, las normas generales sobre el procedimiento y las de publicidad de las licitaciones, al tiempo que traslada al Título V las técnicas de contratación bajo la denominación “Técnicas de racionalización de la contratación y concursos de proyectos”, donde se tratan, como tales, las centrales de compras, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas y catálogos electrónicos y los concursos de proyectos. Prescinde, por tanto, de la estructura de la Directiva, lo que exige un mayor rigor en la transposición de las normas europeas, habida cuenta de la especial vigilancia que la Comisión Europea despliega para controlar la incorporación del ordenamiento europeo sobre contratación pública; de ahí que, como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen nº 499/2010, la opción por la transcripción literal pueda en ocasiones encontrar su justificación para evitar conflictos y la eventual imputación de infracción del Derecho de la Unión.



SEXTA.- Aun en el marco de la opción del prelegislador, y dejando a salvo las consideraciones que se recogen en el cuerpo del informe sobre el régimen de exclusiones y de prohibiciones en la contratación y acerca de la regulación del procedimiento de revisión de decisiones en materia de contratación, la ley proyectada lleva a cabo una adecuada incorporación de las normas europeas y permite, por tanto, la consecución de sus objetivos y finalidades. Debe destacarse el esfuerzo del prelegislador por trasladar de forma fiel los principios y normas de las Directivas, y de integrar en un solo texto normativo sus disposiciones, diferenciando aquellas relativas a los contratos de concesión que vienen referidas a las actividades de los sectores regulados, y dejando las restantes para su incorporación en el texto, también proyectado, de la Ley de Contratos del Sector Público.

SEPTIMA.- El artículo 30.4 del Anteproyecto, a la hora de referirse a las causas de exclusión de los contratistas, diferencia entre los casos en los que la entidad contratante pertenece al Sector Público, en el sentido definido por la proyectada Ley de Contratos del Sector Público, de aquellos otros en los que no pertenece al mismo, estableciendo para estos últimos un régimen potestativo de exclusiones, si bien dentro de aquellas que diseña la referida Ley de Contratos del Sector Público.

La norma proyectada reguladora de los denominados sectores excluidos tiene un ámbito subjetivo de aplicación diferente del de la proyectada Ley de Contratos del Sector Público, pues de ella quedan excluidos los poderes adjudicadores que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, son Administraciones Públicas en los términos definidos por la propia Ley, entre los cuales se encuentran los indicados órganos constitucionales, y, por tanto, este Consejo General del Poder Judicial. En consecuencia, sería necesario que el artículo 30.4 del Anteproyecto se redactara teniendo en cuenta el ámbito de aplicación *ratione personae* que le es propio, haciendo expresa referencia a las entidades contratantes sujetas a su ámbito subjetivo de aplicación que formasen parte del sector público en los términos considerados por el artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Estado.

El precepto, por lo demás, se refiere a la exclusión de empresas, cuando lo propio –y acorde con el género del participio verbal utilizado– sería aludir a licitadores o contratistas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

OCTAVA.- Sería más aconsejable, en correcta técnica legislativa, incorporar al articulado del texto proyectado las causas de exclusión consideradas por el prelegislador, sin efectuar una remisión a la Ley de Contratos del Sector Público. Esta fórmula se muestra más coherente con el designio del prelegislador de mantener la regulación diferenciada de los sectores excluidos, y permite contar con un cuerpo legislativo completo, sin necesidad de acudir a normas situadas en otros textos legislativos para integrar su contenido.

NOVENA.- Sería igualmente aconsejable, efectuada dicha inclusión, que se estableciera también en el articulado de la norma proyectada el procedimiento para la declaración de la concurrencia de las prohibiciones de contratar, su duración, plazo para el ejercicio del procedimiento de declaración, órgano competente, y efectos de la declaración, siquiera en términos similares a los contenidos en el artículo 61 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), o en el artículo 72 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La Disposición Adicional Primera del Anteproyecto se refiere al procedimiento y efectos de la declaración de prohibición de contratar en estos términos: *<<Cuando en la ejecución de un contrato sujeto a esta Ley y celebrado por una entidad contratante perteneciente al sector público se den las circunstancias previstas en el artículo 71, apartado primero, letra e), o apartado segundo de la Ley de Contratos del Sector Público, se les aplicará lo dispuesto en la citada Ley para el procedimiento y efectos en materia de prohibiciones de contratar>>*. Además de que el precepto debería trasladarse al articulado del texto proyectado, y no mantenerse en una Disposición adicional, debería tener en cuenta otros supuestos, distintos de los indicados, respecto de los que es preciso determinar la duración y el alcance de la prohibición y, en su caso, el órgano competente y el procedimiento para establecerla, en aquellos casos en los que no puedan ser apreciadas o determinadas directamente por el órgano de contratación, tal y como se prevé en el artículo 61.1, 2 y 3 del TRLCSP, y en el artículo 72.2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público.

DECIMA.- Debería cuestionarse el distinto tratamiento que hace el artículo 30.4 del Anteproyecto de las causas de exclusión según la entidad contratante pertenezca o no al sector público. El precepto permite que, cuando la entidad contratante no pertenezca al sector público en el sentido definido por la proyectada Ley de Contratos del Sector Público, pueda establecer en los pliegos de condiciones como causa de exclusión del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

procedimiento de licitación una o varias de las causas de prohibición para contratar que recoge la Ley de Contratos del Sector Público. Esta distinción, que permite limitar en tales casos las causas de exclusión, no encuentra sólido fundamento en las Directivas objeto de transposición, ni en los Considerandos de sus respectivos preámbulos, ni en los artículos 80.1 de la Directiva 2014/25 y 38.4, 5, 6, 7 y 8 de la Directiva 2014/23. La primera remite a la Directiva 2014/24 en este punto; y la segunda recoge las causas de exclusión de forma similar a como se establecen en el artículo 57 de la misma Directiva 2014/24. Ciertamente es que el artículo 38.4 y 5 de la Directiva 2014/23 parece distinguir entre, por una parte, entidades adjudicadoras según tengan carácter estatal, regional, local o constituyan organismos de derecho público o asociaciones de una o varias de tales autoridades y organismos, y por otra parte, las empresas públicas en los términos definidos por el artículo 7.4 de la Directiva –es decir, aquellas sobre las que los poderes adjudicadores ejercen influencia dominante- y las entidades distintas de las anteriores que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos concedidos por las autoridades competentes para el ejercicio de las actividades reguladas. Sin embargo, esta distinción se introduce, en rigor, de cara a establecer el momento en que ha de operar la causa de exclusión, y no afecta al carácter obligatorio de las causas de exclusión relativas a la comisión de delitos especialmente graves social y económicamente y al incumplimiento de las obligaciones tributarias y de seguridad social, como se colige de la lectura conjunta de los Considerandos (69), (70) y (71) y de los apartados 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 38 de la Directiva 2014/23, así como de los Considerandos (106), (107) y (108) de la Directiva 2014/25, en relación con los Considerandos (100), (101) y (102) y el artículo 57 de la Directiva 2014/24. En consecuencia, el mismo carácter obligatorio deberían presentar tales causas de exclusión con independencia de si la entidad contratante pertenece al sector público o no, pues el hecho de realizar las actuaciones reguladas, sobre las que gravita un evidente interés público, sobre la base de derechos especiales o exclusivos otorgados por las autoridades competentes constituye razón suficiente para imponer en la contratación de estas las causas de exclusión que presentan carácter obligatorio, e incluso, aquellas que, no teniéndolo en origen, el legislador interno ha establecido como tales al transponer la Directiva 2014/24. Este tratamiento uniforme de las causas de exclusión permitiría garantizar en mayor grado el cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia, así como del objetivo de la lucha contra la corrupción y el fraude perseguido por las directivas europeas.

DECIMOPRIMERA.- Íntimamente relacionado con la integridad, la transparencia y con el principio de igualdad de trato y no discriminación –a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

cuya consecución se orientan las prohibiciones y exclusiones en la contratación basadas en la comisión de infracciones especialmente relevantes social y económicamente- se encuentra la preocupación del legislador europeo por establecer una regulación de las prescripciones o especificaciones técnicas que evite que, al socaire de la fijación de determinados requisitos o exigencias de índole técnica, se restrinja, disminuya e incluso se elimine la eventual presencia de aspirantes a la contratación y se eludan, por ende, los objetivos del Derecho de la Unión. Las Directivas 2014/25 y 2014/23, conscientes de los conflictos que se han producido en la transposición de las normas del Derecho de la Unión relativas a las especificaciones y prescripciones técnicas de los contratos, establecen la regulación mínima aplicable a las mismas (artículo 60 de la Directiva 2014/25 y artículo 36 de la Directiva 2014/23), bajo el principio de que deberán permitir a todos los licitadores el acceso en condiciones de igualdad y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia, fijando los criterios con arreglo a los cuales deberán formularse –y siempre acompañados de la mención “o equivalente”- en términos similares a los ya recogidos en el artículo 34 de la Ley 31/2007 vigente, si bien introducen ciertas prevenciones, que reproduce el prelegislador nacional, relativas a la interdicción de establecer especificaciones técnicas referidas a una fabricación o una procedencia determinada o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de descartar ciertas empresas o productos (artículo 60.4 de la Directiva 2014/25 y 45.5 del Anteproyecto). El prelegislador, por lo demás, recoge con fidelidad el régimen aplicable a las prescripciones técnicas, las etiquetas, los informes de pruebas, certificaciones y otros medios de prueba del cumplimiento de las especificaciones exigidas, así como de las comunicaciones de las mismas conforme a la estructura y contenido de las normas europeas objeto de transposición.

DECIMOSEGUNDA.- Al excluir el artículo 5.2 del Anteproyecto de Ley del concepto de entidad contratante al que se aplica la Ley a los poderes adjudicadores que sean Administración Pública, y al tener este Consejo General del Poder Judicial tal consideración en la proyectada Ley de Contratos del Sector Público, se ha de concluir que este órgano constitucional no está vinculado por las disposiciones de la proyectada Ley de contratos de los denominados sectores excluidos; falta de aplicación que, por ende, se refuerza en la medida en que no realiza ninguna de las actividades que conforman el ámbito objetivo de aplicación de la Ley.



DECIMOTERCERA.- El Anteproyecto se aproxima al esquema del TRLCSP regulando en primer lugar los supuestos de invalidez de los contratos, diferenciando las causas de nulidad derivadas del derecho administrativo, las causas de anulabilidad derivadas del derecho administrativo, y las causas de invalidez de derecho civil, fijando asimismo los efectos de la declaración de nulidad. A continuación, establece el régimen de las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos, regulando los actos y decisiones objeto de las reclamaciones, el órgano competente para la resolución de la reclamación, el régimen jurídico de la reclamación y el efecto de la resolución, para finalmente dedicar un último precepto a la solución extrajudicial de conflictos.

La regulación del régimen de las reclamaciones difiere, sin embargo, del de la vigente Ley 31/2007 y del TRLCSP, pues agrupa en el recurso en materia de contratación las impugnaciones que en la legislación vigente se deducen a través de la denominada cuestión de nulidad, de tal forma que tanto el órgano competente como el procedimiento va a ser el mismo, introduciendo sin embargo reglas especiales para el plazo de interposición cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad. El Anteproyecto, también en este punto, se remite a la proyectada Ley de Contratos del Sector Público a la hora de disponer la competencia para resolver las reclamaciones que se planteen por infracción de las normas contenidas en la Ley, acordar las medidas cautelares de carácter provisional necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, y fijar las indemnizaciones procedentes por los daños y perjuicios derivados de la infracción de las disposiciones legales; y se remite también a la futura Ley de Contratos del Sector Público en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, estableciendo respecto de este determinadas especialidades.

DECIMOCUARTA.- El prelegislador sigue articulando los supuestos de invalidez previstos en el artículo 115 como causas de nulidad de pleno derecho, cuando, en rigor, la ineficacia que se establece no se compadece bien con los rasgos caracterizadores de la nulidad absoluta, que opera *ipso iure*, es definitiva, tiene eficacia retroactiva y no está sometida a plazo. En el texto proyectado el ejercicio de la impugnación por causa de nulidad se somete a un determinado plazo, y cabe la posibilidad de que, declarada la nulidad, se acuerde la continuación de los efectos del contrato y bajo sus mismas cláusulas hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio, en los casos en que la declaración de nulidad produzca un grave trastorno al servicio público (artículo 117.2 del Anteproyecto). Sería más recomendable evitar la referencia a la nulidad de pleno derecho, y acudir a expresiones tales como "serán nulos" o "serán declarados nulos" los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

contratos, en la línea ya sugerida por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 499/2010.

DECIMOQUINTA.- El artículo 115 comienza la enumeración de las causas de nulidad acudiendo a las dispuestas en la legislación vigente en materia de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta referencia debería tener en cuenta los proyectos normativos en curso relativos al régimen jurídico del sector público y al procedimiento administrativo común, y aludir a estos, y no al régimen vigente, por coherencia normativa, tal y como se hace en el artículo 39.1 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

DECIMOSEXTA.- El artículo 115 –que tiene un contenido casi similar al de su homólogo del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público– recoge las causas de invalidez establecidas en el artículo 109 de la Ley 31/2007, también contempladas en el artículo 37.1 del TRLCSP, y respeta, en términos generales, el contenido de las directivas en materia de reclamaciones. Sin embargo, no recoge, de forma injustificada, las excepciones previstas en ellas –que el artículo 109 de la Ley 31/2007 ha incluido– respecto de las causas de nulidad consistentes en la falta de publicación de la convocatoria de licitación y en el incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco o basados en un sistema dinámico de contratación.

DECIMOSÉPTIMA -La causa de nulidad consistente en la formalización del contrato, en los casos en que se hubiere interpuesto reclamación en materia de contratación, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido cuando proceda, o la medida cautelar de suspensión que hubiere sido acordada, debe ser puesta en relación con los artículos 53 y 49, respectivamente, del texto proyectado de la Ley de Contratos del Sector Público. Aunque el artículo 121 del Anteproyecto, a la hora de establecer el régimen jurídico de las reclamaciones, remite a las disposiciones de la Ley –proyectada– de Contratos del Sector Público, de cuyos artículos 53 y 49 se desprende la suspensión a que alude la causa de nulidad, es aconsejable evitar la necesidad de encontrar el señalado efecto suspensivo en disposiciones extramuros de la Ley que articula las causas de nulidad aplicables al procedimiento de contratación objeto de regulación. Debe tenerse presente que, como ya puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Recomendación de 1 de marzo de 2012, las directivas europeas, y en particular la Directiva 2007/66/CE, exigen la suspensión automática de la adjudicación, cuando esta sea el acto recurrido.



DECIMOCTAVA - Los efectos de la declaración de nulidad (artículo 117 del Anteproyecto) se resumen en la privación de efectos del contrato, cuando la nulidad afecte a los actos preparatorios o a la adjudicación del contrato, pues si afecta a actos que no sean preparatorios se limitará a ellos. El texto proyectado abre paso a la excepción misma de los efectos de la declaración de nulidad cuando esta produzca “un grave trastorno al servicio público”.

La regulación proyectada –similar a la contenida en el artículo 35 del TRLCSP y en el artículo 42 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público- parece referirse a la nulidad en general, no a la nulidad absoluta, y contempla los efectos restitutorios propios de la ineficacia del negocio jurídico, incluyendo la entrega del equivalente económico cuando no sea posible la restitución de las recíprocas prestaciones. A tales efectos suma la indemnización de los daños y perjuicios a que vendrá obligada la parte culpable. Este efecto indemnizatorio de la declaración de nulidad deberá ponerse en conexión con el artículo 57 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en la medida en que conlleva un pronunciamiento de culpabilidad que deberá contemplarse a la hora de fijar el contenido de la resolución de la impugnación; y, aunque se contempla ampliamente, deberá conectarse asimismo con las indemnizaciones previstas en el artículo 58 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

DECIMONOVENA.- El artículo 117 contempla la posibilidad, prevista en las Directivas 89/665/CEE y 2007/66/CE, así como en el artículo 110 de la Ley 31/2007, de que el órgano competente para declarar la nulidad acuerde el mantenimiento de los efectos del contrato en aquellos casos en que su declaración produzca “un grave trastorno al servicio público”. Tanto las Directivas como el artículo 110 de la Ley 31/2007 refieren esta posibilidad a la concurrencia de circunstancias excepcionales que permitan al órgano competente considerar que existen “razones imperiosas de interés general”. Aunque esta expresión no está arraigada en el ordenamiento jurídico español, no existe razón para no recogerla en su literalidad en el texto de reforma, tanto más cuanto ya lo ha sido en la Ley 31/2007 que pretende sustituir. Y debe advertirse que la norma proyectada no contempla este mantenimiento de la eficacia del contrato más que de un modo transitorio, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio, con lo que de este modo parece salvarse la imposición de sanciones alternativas a la nulidad previstas en la Directiva 2007/66/CE y en el artículo 110 de la Ley 31/2007; lo que, además de no ajustarse a las normas europeas, no ha de impedir el resarcimiento del afectado ni la imposición de multas en los



términos previstos en el artículo 58 del texto proyectado de la Ley de Contratos del Sector Público.

VIGESIMA.- Los actos y documentos objeto de la reclamación no difieren, en esencia, de los establecidos en el artículo 40.2 del TRLCSP, y se ajustan a los relacionados en el artículo 44.2 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Respecto de esta regulación cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) El apartado cuarto del artículo 119 dispone que no cabrá reclamación en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia. El precepto tiene el mismo contenido que el artículo 40.4 del TRLCSP, que se pone en relación con el artículo 113 del mismo cuerpo legal, cuyo objeto es la regulación de este procedimiento. Es preciso, por tanto, que el precepto proyectado se relacione con el artículo 120 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que regula la tramitación de urgencia.
- b) El apartado quinto de este mismo artículo establece el carácter especial de la reclamación, de forma que contra los actos y publicaciones que son objeto de ella no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios. El mismo carácter exclusivo se atribuye al actual recurso especial en materia de contratación administrativa (artículo 40.5 TRLCSP), y se mantiene en el artículo 44.5 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Parece conveniente mantener este carácter exclusivo de la reclamación en materia de contratación, habida cuenta de la especialidad de su objeto y del órgano llamado a resolverla, en línea con lo dictaminado por el Consejo de Estado (Dictámenes 514/2006 y 499/2010). Convendría, en cualquier caso, trasladar a este apartado la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 44.5 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que somete a los demás actos dictados en los procedimientos de adjudicación de contratos que no sean objeto de la reclamación especial al sistema de recursos establecido en la legislación del régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común, así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- c) El artículo 119.6 dispone que la previa interposición de la reclamación en materia de contratación será requisito imprescindible para la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

interposición del recurso contencioso-administrativo. Este carácter obligatorio del recurso, que también se establece en el artículo 44.6 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, constituye una novedad con relación al carácter potestativo que expresamente confiere el vigente artículo 40.6 del TRLCSP al recurso especial en materia de contratación. Este cambio de la naturaleza del recurso, si bien puede retrasar el acceso a la vía judicial, permite una resolución administrativa a cargo de un órgano administrativo independiente que goza de las garantías que exige la norma europea, que puede ser más rápida que el procedimiento jurisdiccional y que sigue un procedimiento en el que es posible obtener una tutela cautelar, de acuerdo con el art. 43 49 del Anteproyecto, que recupera el vigente art. 43 TRLCSP, como exige el Derecho europeo, y que conlleva, por imposición del art. 53 del Anteproyecto (actual art. 45 TRLCSP), la suspensión de la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en los casos de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Es en todo caso una opción del prelegislador, que no explica la Exposición de Motivos, ni tampoco la MAIN del Anteproyecto.

VIGESIMOPRIMERA.- Se ha de hacer una observación al fuero electivo que se establece en el artículo 120.1 y 2. No es aconsejable introducir, como se hace en el artículo 120.1 y 2, un fuero electivo en el ámbito de la contratación pública, tal y como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado (Dictamen 499/2010). Para evitarlo puede acudirse a criterios tales como el de la adscripción o vinculación formal, en línea con lo sugerido por el señalado órgano consultivo, o el del mayor grado de adscripción o vinculación.

VIGESIMOSEGUNDA.- El Anteproyecto (artículo 121) se remite también a la Ley –en elaboración– de Contratos del Sector Público para establecer el régimen jurídico de las reclamaciones, que será el previsto para el recurso especial que regula dicha norma, con las especialidades que introduce el texto que se informa.

A este respecto, cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) La remisión que hace el prelegislador a las normas de la Ley de Contratos del Sector Público que regulan el recurso especial en materia de contratación se ha de entender que es en bloque, y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

que comprende, por tanto, la solicitud de medidas cautelares prevista en el artículo 49 de dicho cuerpo legal. No obstante, el artículo 121 del Anteproyecto de Ley que se informa ganaría en claridad si se especificara que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Contratos del Sector Público.

- b) No hay razón para que el cómputo del plazo de interposición del recurso contra el contenido de los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales no se establezca de manera uniforme en la Ley de Contratos de los sectores excluidos y en la Ley de Contratos del Sector Público. Esta, en su artículo 50.1 b) establece, de forma un tanto confusa, que el plazo comenzará a contarse desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, siempre que en este se hubiera indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. En caso contrario, comenzará el día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante. Y si los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubiera entregado al recurrente. Este último es el criterio de cómputo del plazo que contempla el artículo 121.1 b) del Anteproyecto que se informa. Debe recordarse que, para los actos que no están sujetos a una notificación específica, como los pliegos de condiciones, la Directiva 2007/66/CE sigue el criterio de la publicación.

Si en un primer momento hubo dudas y vacilaciones en cuanto a cual debiera considerarse el *dies a quo*, llegando incluso en algún caso a estimarse que tal momento coincidía con la publicación de los pliegos en el perfil de contratante, posteriormente se ha consolidado una doctrina que ya es pacífica y reiterada en los órganos y tribunales administrativos en materia de contratación, conforme a la cual, cuando el acceso a los pliegos se realiza por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a través del perfil de contratante, y no conste notificación expresa al recurrente por razones de seguridad jurídica debe entenderse que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir del día hábil siguiente a la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, puesto que desde ese momento no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Así se han pronunciado varios Órganos Administrativos de Resoluciones Contractuales, entre otras, en las Resoluciones del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi 78/2012, de 3 de octubre de 2012 (expediente EB 2012/037), 46/2012 de 18 de mayo (expediente EB 2011/055) y 11/2014 de 7 de febrero de 2014 (expediente EB 118 y 119/2013) en las que, tras indicar la necesidad de distinguir si el acceso a los pliegos se realiza por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, o se facilita por otros medios, viene admitiendo la presentación del recurso más allá de los 15 días hábiles a la publicación de los pliegos en el perfil de contratante.

También el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco viene aplicando esta doctrina comúnmente aceptada, que obedece a razones de lógica innegable con el objetivo de preservar la seguridad jurídica, de que si los pliegos no han sido remitidos al recurrente de manera expresa o no existe constancia de la fecha del acceso a la documentaciones expuestas en el perfil del contratante, el *dies a quo* para la interposición de los recursos es el día hábil siguiente a la fecha de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no puede alegarse desconocimiento del contenido de los mismos cuando los pliegos han podido obtenerse por medios electrónicos. Este, en su Sentencia de 28 de octubre de 2013, rec. 416/2012, sección 1ª, en un supuesto en el que no constaba acreditado en el expediente administrativo el momento en que el recurrente tuvo acceso a los pliegos, estableció que *"la solución será la de considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos."*

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 30 de octubre de 2013 (en adelante, SAN de 30 de octubre de 2013), parece cambiar el criterio: según la doctrina establecida en este pronunciamiento, el *dies a quo* para interponer el recurso especial habría de computarse desde el momento de la última de las publicaciones en los boletines oficiales. La propia Audiencia Nacional, en su Sentencia de 11 de marzo de 2015 (LA LEY 18633/2015, Rec. 177/2014), ha vuelto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

sobre la de 30 de octubre de 2013 en un asunto en el que la cuestión a resolver era si el plazo para la presentación del escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación debía ser la fecha de la publicación del anuncio de la convocatoria en el DOUE (14 de febrero de 2014), tesis de la resolución del TACRC recurrida y que la Audiencia anula, o bien debía ser la fecha de publicación de dicho anuncio en el BOE (18 de febrero de 2014).

- c) Cuando se trate de la impugnación de actos sujetos a una notificación específica, debería unificarse la forma de computar el plazo de interposición con arreglo al criterio general de la remisión de la notificación, que es el indicado por la Directiva de recursos. Debe tenerse en cuenta que el artículo 61.1 del texto proyectado establece como regla general la tramitación electrónica del procedimiento de contratación, que conlleva la práctica de las notificaciones y comunicaciones por medios exclusivamente electrónicos, y será de aplicación el apartado primero de la Disposición Adicional Decimoquinta del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público a los procedimientos de contratación de las entidades contratantes del sector público. Esta disposición establece que los plazos a contar desde la notificación electrónica se computarán desde la fecha del envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación, y, en caso contrario, desde la recepción de la notificación por el interesado. Consecuentemente, cuando la notificación del acto deba realizarse por medios electrónicos el plazo debería contarse a partir de la fecha de la remisión de la notificación o del aviso de notificación electrónica, y solo en caso contrario, cuando esta no sea obligatoria, cabría acudir al criterio de la recepción por el interesado.
- d) El texto proyectado establece un plazo distinto cuando se trata de la impugnación por concurrencia de causas de nulidad previstas en el artículo 115.2, letras c), d) e) o f). Este será el de treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista legalmente, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores de los motivos del rechazo de su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueren determinantes de la adjudicación a su favor; y en los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato. Una más adecuada transposición de la Directiva de recursos debería llevar a incluir también en las causas de nulidad respecto de las que se establece un plazo especial de recurso la contemplada en la letra b) del artículo 115.2 –falta de publicación de la convocatoria de licitación-, y a establecer que el plazo de seis meses deberá regir “en cualquier caso” –y no “en los demás casos”- a contar desde el día siguiente al de la formalización del contrato.

- e) Debería contemplarse el cómputo del plazo en el caso considerado en la STJUE de 8 de mayo de 2014, conforme a cuyo criterio el plazo para la interposición de un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora adopta una nueva decisión, con posterioridad a esa decisión de adjudicación pero antes de la firma del contrato, que pueda afectar a la legalidad de dicha decisión de adjudicación.
- f) Debe admitirse la interposición del recurso ante el registro o ante cualquier otra dependencia de la entidad contratante, debiendo adoptarse las medidas precisas para que tales registros se encuentren abiertos todos los días hábiles.

VIGESIMOTERCERA.- El artículo 123 establece un mecanismo de solución extrajudicial de conflictos, mediante el recurso al arbitraje, que ya había introducido la Ley 34/2010, de 5 de agosto, consagrando la institución del arbitraje en el ámbito de la contratación pública. La posibilidad del arbitraje se contempla en el artículo 50 del vigente TRLCSP. El recurso a la vía arbitral, que en el marco de la contratación en los sectores excluidos cobra toda su dimensión al no intervenir las Administraciones Públicas, supone el reconocimiento de dicha vía como un mecanismo alternativo al judicial para la solución de las controversias nacidas en la contratación pública, capaz de satisfacer las exigencias de celeridad y eficacia demandadas por las normas europeas.

El Anteproyecto completa la actual regulación estableciendo que será en los pliegos de condiciones donde se determine la composición del órgano



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de su miembros sea propuesto por el contratista, y en caso de que el pliego no señale la composición del órgano arbitral y no exista acuerdo sobre la misma, la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 11 de junio de 2015

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Secretario General