

| |
|---|
| <p>Expediente: 22/2017 Objeto: Anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra Dictamen: 32/2017 de 27 de julio</p> |
|---|

DICTAMEN

En Pamplona, a 27 de julio de 2017,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza, Presidente; doña Socorro Sotés Ruiz, Consejera-Secretaria; doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don José Luis Goñi Sein

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación de la consulta y documentación aportada

El día 2 de mayo de 2017 tuvo entrada en este Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra del día 27 de abril inmediato anterior, en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo de este Consejo sobre el anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra.

Al anteproyecto se acompaña un extenso expediente instruido en su elaboración, que está integrado sustancialmente por los siguientes documentos y trámites habidos:

1. Orden Foral 22/2015, de 29 de enero, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, por la que se inicia el procedimiento para la elaboración del proyecto de Ley Foral de

Contratos Públicos para la trasposición de las disposiciones de la Directiva de 2014 sobre contratación pública.

2. Un primer borrador del anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra y una segunda versión que incluye anexos, exposición de motivos e índice.
3. Exposición a información pública del anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra, desde el 5 de diciembre de 2016 al 5 de enero de 2017.
4. Correo de la Junta de Contratación Pública de Navarra de 7 de diciembre de 2016, remitido a todos los Departamentos, comunicando el inicio del trámite de audiencia pública.
5. Observaciones realizadas al anteproyecto durante la fase de exposición pública: por don... de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona el 13 de enero de 2017; por la Agencia Navarra de Autonomía y Desarrollo de las Personas, el 9 de enero de 2017; por la Universidad Pública de Navarra, el 26 de enero de 2017; por el sindicato ELA, el 13 de enero de 2017; por el sindicato LAB, el 24 de enero de 2017; por el Instituto Navarro para la Igualdad, el 12 de enero de 2017; por el Instituto Navarro de Deporte y Juventud, el 10 de enero de 2017; por el Hospital San Juan de Dios de Pamplona, el 13 de enero de 2017; por las asociaciones empresariales AES, AER y LASEME, el 14 de enero de 2017; por el Servicio de Transportes de la Dirección General de Obras Públicas, el 20 de enero de 2017; por el Departamento de Salud del Gobierno de Navarra, el 8 de febrero de 2017; por don..., el 15 de enero de 2017; por la Asociación Civil Gaiteros de Pamplona-Iruñeko Gaiteroak, Banda de Txistularis de Pamplona-Iruñeko Txistulariak Taldea y Duguna Folklore Taldea-Grupo de Folklore Duguna, el 13 de enero de 2017, por CERMIN, el 12 de enero de 2017; por la Asociación Navarra de Centros de Inserción Sociolaboral y la Comisión Permanente de Centros Especiales de Empleo de Navarra, el 13 de enero de 2017, por..., el 13 de enero de 2017, por..., el 13 de enero de 2017.
6. Informe de la Sección de Contratación, Seguros y Asuntos Económicos de 6 de abril de 2017, relativo a las alegaciones

realizadas durante el trámite de información pública y audiencia, en el que se recogen las propuestas aceptadas de modificación respecto del texto del anteproyecto de Ley Foral publicado.

7. Texto del anteproyecto incluyendo las modificaciones derivadas de las aportaciones realizadas.
8. Informe de la Junta de Contratación Pública de Navarra, aprobado en sendas sesiones de 14 y 17 de febrero de 2017, favorable a la aprobación del anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos, de trasposición de las Directivas 23 y 24/2014, en materia de concesiones y de contratación pública. En dicho Informe, la Junta de Contratación Pública hace constar la existencia de dos aspectos en el texto del anteproyecto, que, aunque no presentan objeciones de legalidad ni ponen en cuestión la aplicación de los mandatos de la Directivas de Contratación o los principios de la contratación pública, considera inadecuados desde el punto de vista de la técnica normativa en el ámbito de la contratación pública. Uno se refiere al artículo 36 sobre “Contratos reservados por motivos sociales”, que obliga a reservar a tal efecto el 6% de la contratación: la Junta de Contratación no comparte tal inclusión por tener dudas razonables sobre su cumplimiento real por las entidades sometidas a dicha ley. Y el otro alude al artículo 61 (“Criterios de adjudicación”) y al artículo 63 (“Condiciones especiales de ejecución”), respecto de las cuales pone de manifiesto que abundan innecesariamente en cuestiones que pertenecen a otros ámbitos jurídicos, dando lugar a una redacción que, con la intención de aclarar y ejemplificar, lo que puede generar es confusión en la aplicación de la Ley Foral de Contratos Públicos, circunstancia que sería deseable evitar. En este sentido, agrega que “no se cuestiona la posibilidad, e incluso el mandato, que establecen las Directivas para la utilización de la contratación como instrumento para la realización de otras políticas públicas, pero desde el punto de vista de técnica normativa se entiende inadecuado el establecimiento de catálogos de cláusulas. La mención expresa en la ley a determinadas cláusulas puede propiciar un uso inadecuado de las mismas, dando por supuesto el amparo legal, si no se tienen en cuenta otras condiciones como su

necesaria vinculación con el objeto del contrato. Como la relación de cláusulas no puede ser completa ni exhaustiva, también podría llevar a una interpretación equivocada en el sentido de que sólo son admisibles las citadas en los dos artículos de referencia”.

9. Texto del anteproyecto aprobado por la Junta de Contratación y Comisión Foral de Régimen Local.
10. Memoria normativa del anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra de fecha 23 de febrero de 2017. En ella se hace referencia al marco constitucional y foral en que se inserta la promulgación del anteproyecto, a los antecedentes del mismo – señaladamente, la vigente Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, y sucesivas leyes forales que han ido modificando parcialmente la referida Ley Foral-, así como a la “Estrategia Europea 2020”, marco dentro del cual han sido aprobadas las Directivas 2014/24/UE, sobre contratación pública, la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la más novedosa Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que vienen a derogar las Directivas anteriores del 2004 transpuestas al ordenamiento jurídico navarro a través de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, y la Ley 31/2007 de 30 de octubre de 2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente. Se concluye indicando que “en base a sus derechos históricos y haciendo uso de su competencia exclusiva en la materia de contratos públicos, (se) procede a la aprobación del anteproyecto de la Ley Foral de Contratos Públicos, texto legal que recoge la transposición de las Directivas anteriores, además de formular en un único cuerpo legal de forma ordenada y sistemática, la regulación completa dentro del ámbito foral de un nuevo sistema de contratación pública”.
11. Memoria económica de 23 de febrero de 2017 donde se pone de relieve que el anteproyecto de Ley Foral no supone disminución de ingresos para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y

que el único impacto económico previsto será el gasto estimado en 190.000,25 euros correspondientes a la implantación y mantenimiento durante el año 2017 del sistema de licitación electrónica, que resulta obligado en aplicación de las Directivas de contratación pública. Se adjunta también Informe favorable del Servicio de Presupuestos y Política Financiera de 23 de marzo de 2017.

12. Memoria Justificativa de 23 de febrero de 2017.
13. Memoria organizativa de 23 de febrero de 2017, señalando que el anteproyecto no requiere la necesidad de crear, modificar o suprimir unidades orgánicas, ni conlleva incremento de plantilla dentro de la Comunidad Foral de Navarra.
14. Informe de impacto por razón de sexo del Servicio de Patrimonio del Departamento de Hacienda y Política Financiera de 23 de febrero de 2017, favorable, por cuanto “la norma contempla expresamente la igualdad de género en todas las fases de la contratación, desde la exposición de motivos en la que se cita la posibilidad de utilizar la contratación pública como instrumento en la aplicación de las políticas de igualdad de género hasta diversos puntos del articulado donde igualmente contempla este problema de forma expresa como una de las situaciones a corregir, al tiempo que propicia el establecimiento de medidas correctoras de las desigualdades observadas en materia de género”. Se adjunta también el Informe de observaciones del Instituto Navarro para la Igualdad relativo al anterior Informe de impacto por razón de género del anteproyecto de Ley Foral, por la que se aprueba la Ley Foral de Contratos Públicos, emitido el 13 de marzo de 2017, que resulta igualmente favorable.
15. Informe de la Secretaría General Técnica de 24 de marzo de 2017, afirmando que la elaboración del anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos se adecua a la legalidad vigente.
16. Informe del Secretariado del Gobierno y Acción Normativa de 3 de abril de 2017 recomendando una serie de modificaciones al texto propuesto referentes a su contenido con el fin de lograr una mejor redacción y calidad técnica, a saber:

A propósito del artículo 4.3. del anteproyecto sobre la inclusión en el ámbito de aplicación subjetivo de partidos políticos y sindicatos, se detecta una divergencia entre la legislación foral y la legislación estatal (básica en algunos aspectos), pues mientras la foral se aplicaría a todos los contratos armonizados y no armonizados, la estatal únicamente a contratos armonizados, lo que podría dar lugar a problemas aplicativos cuando se trata de partidos o sindicatos cuyo ámbito de actuación excede del territorio de la Comunidad Foral de Navarra a la hora de saber qué régimen jurídico aplicar a los contratos que se vayan a celebrar, generando una inseguridad jurídica importante y manifiesta, aparte de que supondría una quiebra de uno de los objetivos fundamentales de la modificación contractual comunitaria, el de evitar los tratos discriminatorios y el falseamiento de la competencia. Todo ello sin perjuicio de una posible injerencia también en las competencias estatales en tanto que la legislación sobre partidos políticos y sindicatos es materia de competencia estatal. De manera un tanto contradictoria, se afirma, no obstante, que el legislador con esta disposición no invade competencias estatales. Se termina recomendando perfilar con precisión a qué contratos de los partidos y los sindicatos afectaría la legislación contractual foral.

En segundo lugar, se plantea alguna objeción al artículo 72 relativo al Procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, es decir, sin publicidad, por cuanto la Directiva 2014/24/UE solo lo prevé para “casos y circunstancias particulares”, y dado que el Estado, en su proyecto de Ley de Contratos, no lo contempla. De nuevo nos encontraríamos ante una situación en la que el régimen jurídico podría bifurcarse en función de la opción que termine recogiendo en la normativa estatal, dependiendo de dónde se contrate, si en Navarra o en el resto del Estado. En el Informe se recomienda que en la regulación del procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, “deberían observarse las siguientes cautelas: en primer lugar, sería muy conveniente no separarse de la línea estatal o justificar esa diferenciación, dado que es el mismo ámbito socioeconómico donde va a utilizarse, o no; en segundo lugar, el

precepto foral tendría que ceñirse estrictamente, en cuanto a la definición de los supuestos, al artículo 32 de la Directiva; el anteproyecto regularía todos aquellos aspectos que especifica este procedimiento europeo en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra”.

En tercer lugar, se analiza lo relativo a la “contratación electrónica”, que es uno de los aspectos que las Directivas 2014/23 y 24 conceden mayor importancia con el fin de lograr la flexibilización de los trámites y los procedimientos y de evitar el falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos evitando los actos de discriminación. Sin embargo, en el articulado del anteproyecto no se plasma este planteamiento ni se advierte a primera vista esta importante novedad: las previsiones sobre contratación electrónica se hallan dispersas, sin una sistemática clara que ponga de manifiesto, en conjunto, la nueva contratación electrónica. Es más, la mayor parte de esta regulación son referencias puntuales al Portal de Contratación, pero sin entrar a definir el Portal como motor de esta nueva forma de contratación, ni de qué forma sus instrumentos y dispositivos, procedimientos, mecánica de actuación y garantías, viene a cumplir las obligaciones impuestas por las Directivas. A este respecto se recomienda que “dentro del anteproyecto (se) destine y diseñe un espacio, una estructura, una sistemática, que sirva para recoger, plasmar, publicitar y garantizar la contratación electrónica como bloque temático y contenido fundamental de la trasposición de las Directivas 2014/23 y 24 a la normativa foral”.

En cuarto lugar, se hace una observación crítica a la disposición transitoria segunda, sobre “Normas transitorias de licitación”, según la cual “La licitación de los contratos públicos, mientras no entre en funcionamiento la herramienta para la licitación electrónica el Portal de Contratación de Navarra, se llevará a cabo por medios no electrónicos”. Se considera que el anteproyecto se limita a dar cobertura jurídica a lo que parece ser una realidad, que el 18 de marzo de 2017 no van a estar habilitadas las herramientas del Portal que permiten el cumplimiento de las disposiciones

comunitarias sobre contratación electrónica, lo que supondría legalizar un incumplimiento de la normativa comunitaria.

17. Informe respuesta del Servicio de Patrimonio al Informe del Servicio de Acción normativa, de 6 de abril 2017, en el que se realizan las siguientes precisiones: a) Acerca del artículo 4.3 del anteproyecto, y en contra de lo alegado, se considera que la aplicación de la Ley Foral a las entidades contempladas sin referencia a tipo de contrato, garantiza en mayor medida la transparencia y en ningún caso supone un trato discriminatorio o falseamiento de la competencia sino, al contrario, permitirá una mejor garantía de los principios que informan la contratación pública; b) Respecto del procedimiento negociado sin convocatoria de licitación regulado en el art. 72 del anteproyecto, se afirma que se recogen los mismos supuestos de utilización previstos en el art. 32 de la Directiva 24/2014, a excepción del citado en apartado 1. a) del art 72, que efectivamente no aparece en el art. 32, razón por la cual se procede a su eliminación; c) En cuanto a la contratación electrónica en la contratación pública se señala que en la Comunidad Foral de Navarra se ha optado por el establecimiento de una única plataforma de licitación electrónica de utilización obligatoria, como medio oficial, para todas las entidades sometidas a la misma, a imagen del Portal de Contratación; d) Por último, respecto de la redacción de la disposición transitoria segunda, se reconoce la existencia de error en la redacción y se propone un texto alternativo.
18. Acuerdo del Gobierno de Navarra de 12 de abril de 2017, por el que se aprueba el anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos y se solicita al Consejo de Navarra el preceptivo dictamen del Consejo de Navarra.
19. Texto definitivo del anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra.

I.2ª. Consulta

Con fecha 2 de mayo de 2017, se solicita dictamen preceptivo de este Consejo de Navarra acerca del anteproyecto Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra, cuya emisión comporta la culminación del

procedimiento de elaboración de la norma, a falta tan solo de su remisión al Parlamento de Navarra para su tramitación.

El presente dictamen se requiere con la consideración de urgencia, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero *in fine* del artículo 17 de la LFCN, que permite la reducción del plazo de emisión de informe a quince días en los casos en que quede justificada la urgencia.

La razón de la urgencia no se explicita, pero se presume que es por el retraso en la incorporación al derecho interno de las Directivas que se trasponen con el anteproyecto de Ley Foral. Cabe recordar que la adopción de la disposición legal debía haberse producido antes del mes de abril de 2016, lo que puede acarrear la posible incoación, por parte de la Unión Europea, de un procedimiento sancionador por incumplimiento del plazo, al amparo del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

No obstante, a la vista de la complejidad de la materia sometida a consulta, este Consejo consideró conveniente efectuar un examen más extenso, por lo que, en sesión de 20 de junio de 2017, acordó aprobar la ampliación a treinta días hábiles del plazo para emitir el dictamen relativo a la consulta del anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra, notificándose dicho acuerdo a la Excm. Sra. Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra, a los efectos oportunos.

El presente dictamen se evacua, por tanto, sin que haya podido atenderse la urgencia (plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 17 de la LFCN) con que ha sido solicitado. Con todo, y pese a la extensión y complejidad de la normativa sometida a su consideración, que ha requerido un detenido examen por este Consejo de Navarra, se ha podido dictar dentro del plazo ordinario.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo

Dispone el artículo 14.1.b) de la LFCN, citado en la petición de la consulta, que el Consejo de Navarra deberá ser consultado sobre

“Anteproyectos de leyes forales que hayan de dictarse en desarrollo de legislación básica estatal o en transposición del derecho comunitario europeo”.

La consulta que se nos formula se refiere al anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra, que sustituirá a la actualmente vigente Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, para incorporar dos de las tres nuevas Directivas, denominadas de nueva generación, publicadas el 28 de marzo de 2014 en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, en concreto: 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, de la que no existe precedente en la normativa europea; y 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.

La necesidad de trasponer las dos referidas Directivas al ordenamiento Foral Navarro es lo que justifica la elaboración del anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra. Y ello incide en las competencias del Consejo de Navarra, puesto que éste debe ser consultado, como se ha señalado antes, en los anteproyectos de leyes Forales que hayan de dictarse en transposición del derecho comunitario europeo.

En consecuencia, dado que el objeto de la consulta se encuentra comprendido en las materias a las que se refiere el artículo 14.1 de la LFCN, el Consejo de Navarra emite su consulta con carácter preceptivo.

II.2ª. El anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra

El objeto de nuestro dictamen está constituido por el anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra, presentado por el Gobierno de Navarra, en ejercicio de la competencia legislativa exclusiva de la Comunidad Foral en materia de contratación pública recogida en el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral (en adelante, LORAFNA), según el cual corresponde a Navarra, en virtud de su régimen foral, la competencia

exclusiva en la materia de *“contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia”*.

El anteproyecto la Ley Foral se propone sustituir la regulación general de los contratos públicos, actualmente contenida en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio de Contratos Públicos de Navarra, que supuso el ejercicio, por primera vez, de la competencia legislativa exclusiva de la Comunidad Foral recogida en el referido art. 49.1.d) de la LORAFNA, al socaire de la incorporación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos.

Con posterioridad, esta Ley Foral ha experimentado diversas modificaciones, fruto de la aparición sucesiva de nuevas Directivas y por decisiones propias de mejora de las instituciones de la Comunidad Foral.

Así, tras la aprobación de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificaban las Directivas 89/665/CEE del Consejo y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimiento de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, se dictó la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que viene a transponer también la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Otras Leyes Forales de modificación en algunos aspectos de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, se han adoptado a la vista de algunos problemas interpretativos o deficiencias de funcionamiento. Así, la Ley Foral 14/2014, de 18 de junio, que encuentra justificación en la necesidad de mejorar los procedimientos de adjudicación, en particular el de negociado sin publicidad, altamente utilizado, para darle una mayor transparencia y garantizar el principio de igualdad; y la Ley Foral 1/2015, de 22 de enero, que introduce en la contratación pública determinados requerimientos de carácter social, imponiendo unas condiciones mínimas de contratación, a fin de dotar de mayor estabilidad al mercado de trabajo en los procesos de adjudicación.

La actual reforma trae causa, como ya se ha señalado, de la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento dos nuevas Directivas, como son 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, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. No así, la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que, junto con las anteriores, constituyen la culminación de un proceso de revisión y modernización de las normas sobre contratación pública, iniciado en el seno de la Unión Europea en el año 2010.

La proposición de Ley Foral se estructura en una exposición de motivos, un título preliminar, tres títulos, a su vez divididos en capítulos que comprenden un total de 230 artículos, e incluye, al final del texto, catorce disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y una disposición final.

En la exposición de motivos se señala que el anteproyecto de Ley Foral surge de la necesidad de adaptar la normativa foral de contratación pública al escenario europeo, y que se identifica con los objetivos de la “Estrategia Europea 2020” de contratación pública, tendentes a promover un mercado más competitivo, facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública y proporcionar herramientas para la utilización de la contratación pública como instrumento en las políticas sociales, ambientales o de investigación, todo ello con afán de modernización teniendo en cuenta el contexto de globalización económica.

En este sentido, los objetivos que comparte esta Ley Foral y que pretende adaptar al ordenamiento jurídico navarro son, resumidamente, los siguientes: a) alcanzar mejores niveles de eficiencia en el gasto público, en un mercado único más competitivo; b) facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública, simplificando el procedimiento y reduciendo cargas administrativas; c) utilizar la contratación pública como instrumento en la política de igualdad de género, social, ambiental o de investigación; a este respecto, se considera que “el cumplimiento de la normativa de

igualdad de género entre mujeres y hombres, social laboral y medioambiental debe ser vigilada y exigida en todas las fases del contrato, desde la selección de licitadores hasta la ejecución del mismo y los incumplimientos de estas exigencias pueden justificar tanto la exclusión de un procedimiento como el rechazo de una oferta o la resolución de un contrato ya adjudicado”; d) la modernización que comporta la licitación electrónica con carácter obligatorio para conseguir una mayor eficiencia en el gasto; e) el incremento de la transparencia en la lucha contra la corrupción, a la vista de la proliferación de noticias referentes a la mala utilización de la contratación pública; y f) mejorar determinados aspectos de la regulación como las causas de invalidez de los contratos y el régimen de penalidades.

Según la exposición de motivos, lo que se persigue, en suma, es “recoger en el ámbito de la Comunidad Foral las exigencias de la normativa europea de contratación pública y en última instancia un mejor cumplimiento de los objetivos de interés público que deben guiar la actuación de todos los poderes adjudicadores”.

El Título Preliminar comprende los ocho artículos primeros en los que se regula el objeto, los principios de contratación pública, el ámbito objetivo, el ámbito subjetivo de aplicación (destacando la inclusión de los partidos políticos y sindicatos), la extensión a contratos celebrados por otras entidades, los negocios jurídicos excluidos, y los encargos a entes instrumentales.

El Título I del anteproyecto de Ley Foral, intitulado “*Disposiciones Generales*”, establece el régimen general de la contratación pública aplicable a todos los poderes adjudicadores; consta de siete capítulos y abarca los artículos 9 a 121. En él se concentran las principales novedades que se irán desgranando por capítulos:

El Capítulo I (“*De los poderes adjudicadores*”) se encarga de definir el concepto de poder adjudicador y el de órgano de contratación, así como de regular las centrales de compras y la contratación conjunta que son dos instrumentos de colaboración entre los dos poderes anteriores.

El Capítulo II (*“De los contratistas”*) se subdivide en dos secciones: la primera, se refiere a aspectos relativos a la capacidad y solvencia de los contratistas; y la segunda, a las causas de exclusión de quien licita. Dos novedades destacan: una nueva regulación ampliatoria de las prohibiciones de contratación y una limitación en el volumen de negocio exigible como solvencia económica (el doble del valor estimado en el contrato) con el fin de facilitar la participación de las PYMES en el mercado de la contratación pública.

El Capítulo III (*“Tipología de los contratos y Régimen Jurídico”*) se ocupa de definir los contratos sometidos a la Ley Foral (obras, suministros, servicios, concesión de obras públicas, concesión de servicios, contratos mixtos) y de establecer el régimen jurídico de los contratos públicos y de los contratos con régimen especial, como los sociales, sanitarios y culturales en atención a las especiales características de los mismos. Se establece una reserva de contratos para entidades con finalidad de integración social o sin ánimo de lucro.

El Capítulo IV regula Los *“Principios y reglas de la Gestión contractual de los Contratos Públicos”*. Se establece una nueva regulación que exige al órgano de contratación la división en lotes salvo que se motive su inconveniencia, dando así oportunidad de resultar adjudicatarias de lotes separados a empresas que por su volumen de negocio no podrían abordar la ejecución de contratos de más envergadura.

El Capítulo V determina las *“Reglas de Publicidad y Procedimientos de adjudicación”*, siendo uno de los capítulos más extensos con siete Secciones. En él se regulan importantes novedades como las “consultas preliminares del mercado” (posibilidad de las empresas de participar en la elaboración del expediente), el “Documento Europeo Único de Contratación” (la declaración responsable del licitador en relación con el cumplimiento de los requisitos establecidos para participar en los procedimientos de contratación pública), “los pliegos reguladores de la contratación” como documento único que incluye todas las condiciones, la “etiqueta” (documento que acredita que una determinada obra, servicio o producto cumple ciertos requisitos de calidad previamente establecidos), el procedimiento negociado

(permite a los órganos de contratación adquirir productos o servicios mejor adaptados a sus necesidades cuando no son capaces de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones que ofrece el mercado), el “procedimiento simplificado” (la unidad gestora invita a empresas que considere adecuadas para la ejecución del contrato de que se trate, siempre respetando unos criterios de adjudicación conocidos por todos y vinculados al objeto, pero reduciendo los plazos de presentación de ofertas y sin necesidad de acreditar la solvencia, para agilizar la finalización del procedimiento), un nuevo procedimiento de contratación llamado “Asociación para la innovación”, la simplificación de los sistemas dinámicos de adquisición (no es necesario hacer una oferta indicativa), la licitación electrónica con carácter obligatorio (para lo cual se crea la Plataforma de licitación Electrónica de Navarra cuya utilización será obligatoria para todas las entidades sometidas a la Ley Foral), las ofertas anormalmente bajas (necesidad de que el pliego de cada contrato establezca tal extremo y obligación de rechazar cualquier oferta cuyo precio, en aplicación de lo establecido en el pliego, resulte anormalmente bajo como consecuencia de una vulneración del derecho social, laboral o medioambiental), publicidad de las adjudicaciones (se exige la publicidad de todas las adjudicaciones con independencia de su importe y no solo, como hasta ahora, los contratos cuyo valor fuera superior a 50.000 euros).

El Capítulo VI (“*Ejecución de los contratos*”) contiene reglas comunes para la ejecución de los contratos de los poderes adjudicadores, en particular, sobre obligaciones relativas a disposiciones en materia fiscal, de protección del medio ambiente, del empleo y de condiciones de trabajo, sobre modificación de los contratos (se incrementa el porcentaje máximo de modificación de los contratos hasta el 50%, habida cuenta que ya no se contemplan las obras complementarias), y sobre subcontratación y cesión del contrato a terceros. Las condiciones especiales de ejecución se consideran una manifestación más de la “cláusula horizontal” en materia social, laboral y medioambiental.

El Capítulo VII (“*Reclamaciones y otras medidas de control de las Contrataciones*”) regula las causas y efectos de invalidez de los contratos públicos y prevé la fiscalización por la Cámara de Comptos a la que se dota,

además, de una nueva facultad, la de formular recomendaciones dentro de su área de competencia con miras a mejorar la actividad contractual de los poderes adjudicadores. Asimismo se recogen, junto a la composición, organización y funcionamiento, las funciones de la Junta de Contratación Pública.

El Título II sobre “*Normas específicas de los contratos que celebran las Administraciones Públicas*” comprende cinco capítulos, dedicados respectivamente a: capítulo I.- “*Órganos de contratación*”; capítulo II.- “*Actuaciones administrativas preparatorias del contrato*”; capítulo III.- “*Reglas generales de ejecución de los contratos administrativos*”; capítulo IV.- “*De la retribución de los contratistas y revisión de precios de los contratos de las Administraciones Públicas*”; capítulo V.- “*Extinción de los contratos de las Administraciones Públicas*”.

El Título III regula el régimen de los contratos de las Administraciones Públicas. Apenas ha sufrido modificaciones relevantes con respecto a la normativa actualmente en vigor; las únicas novedades se refieren al régimen del contrato de concesiones de obras y servicios. En este sentido, se advierte en la Exposición de motivos que la aprobación de la Directiva 23/2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, ha supuesto una gran novedad dado que no hay precedente normativo europeo en esta materia. Todo lo señalado sobre la preparación y adjudicación de los contratos resulta de aplicación a las concesiones, sin embargo, dentro del Título III aparece un concepto clave, exigible únicamente a las concesiones de obras y de servicios, como es el de “riesgo operacional”. El riesgo operacional consiste en la exposición a los riesgos del mercado que conlleve para la empresa la posibilidad de obtener pérdidas que no resulten meramente residuales y de acuerdo con lo establecido por esta Ley Foral, su transferencia al contratista (si no totalmente al menos de forma sustancial) se convierte en condición “*sine que non*” para la existencia de una concesión.

II.3ª. La competencia de Navarra para regular la Ley Foral de Contratos Públicos

La Comunidad Foral de Navarra tiene reconocida en el artículo 49.1, d) de la LORAFNA, competencia exclusiva en materia de “*Contratos y concesiones administrativas respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia*”.

Se trata de una competencia exclusiva de carácter histórico, diferente a la del régimen común autonómico, ya que hunde su raíz en los derechos históricos o forales garantizados por la disposición adicional primera de la Constitución Española de 1978.

El límite de esa competencia específica viene determinado, en el inciso final del artículo citado, por el específico respeto a los “principios esenciales fijados por la legislación básica estatal”.

En cuanto a la identificación de ese límite, debe señalarse, ante todo, que el concepto de "legislación básica" es, según reiterada jurisprudencia constitucional, “un concepto material que pretende garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto” (SSTC 32/1981, 1/1982, 32/1983, 49/1988, 69/1988 y 141/1993).

No obstante, es preciso anotar que los límites a la competencia de la Comunidad Foral de Navarra no los constituyen cualesquiera previsiones contenidas en la legislación estatal básica, sino única y exclusivamente aquellas que representan los principios esenciales fijados por la legislación básica.

Como ha llegado a observar el Tribunal Constitucional en la STC 140/1990, en relación con la delimitación del alcance de otra competencia histórica de la Comunidad Foral Navarra como es la función pública, no todas las previsiones de la legislación estatal básica despliegan el efecto limitativo en relación con el ejercicio de su competencia, sino aquellos que sean esenciales.

La Comunidad Foral Navarra tiene reconocido, en este sentido, un plus competencial superior al nivel competencial autonómico común en materia de contratación pública en razón de sus competencias históricas.

Tratándose, como ocurre en el presente caso, de incorporar las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE al ordenamiento interno, el concepto de bases debe ser entendido como noción material que compagine, en la mayor medida posible, lo irreductible de la regulación normativa uniforme y de aplicación general en todo el Estado, por una parte, y los principios esenciales en materia de contratación pública a nivel del derecho de la Unión Europea, fijados en las dos Directivas que se trata de trasponer. Esto es, debe interpretarse en clave restrictiva sin extenderlo a todo lo establecido por la norma estatal a fin de respetar las competencias exclusivas de la Comunidad Foral.

En este sentido, ciertamente los principios esenciales que deban operar en esta materia tendrán que estar conformados en gran medida por ese núcleo de principios esenciales establecidos por el derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública, tal y como se da a entender en la exposición de motivos del anteproyecto, y también por los principios esenciales que deriven de la legislación básica del Estado en la materia.

En principio, el artículo 93 de la Constitución atribuye a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de los tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha declarado que “la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo, bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas” (STC 1/2012). En esta línea ha insistido la STC 20/2014, afirmando que “la traslación al ordenamiento interno de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales de reparto competencial”.

Por tanto, el sistema de reparto competencial permanece intacto y no resulta alterado por el hecho de tratarse de Directivas comunitarias, ni el Estado se convierte en el único artífice o responsable de la función legislativa en el ámbito interno del territorio español, si concurren competencias en favor de una Comunidad Autónoma o Foral.

En el caso del anteproyecto de Ley Foral sometido a consulta, que tiene por objeto incorporar a nuestro ordenamiento las referidas Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, hemos de plantearnos en virtud de qué título competencial cabe atribuir al Parlamento de Navarra la facultad para trasponer la legislación comunitaria en materia de contratos públicos.

La respuesta ha sido anticipada ya, en parte, al hacer referencia a la competencia exclusiva que en materia de contratos y concesiones administrativas, le reconoce el artículo 49.1, d) de la LORAFNA.

Por otra parte, la participación de la Comunidad Foral en los mecanismos de elaboración y ejecución del Derecho comunitario encuentra también su fundamento jurídico en el artículo 58.2 de la LORAFNA, aunque no se aluda a él en el Texto sometido a consulta. Dicho artículo se refiere específicamente a esta adaptación del Derecho comunitario, cuando dispone que: *“Corresponde asimismo a la Comunidad Foral la ejecución dentro de su territorio de los Tratados y Convenios Internacionales en lo que afecten a las materias propias de la competencia de Navarra”*.

Sin perjuicio de la intención del legislador de la LORAFNA, que es muy probable que fuera simplemente la de atribuir de forma limitada la mera ejecución administrativa, es lo cierto, sin embargo, que cabe hacer una lectura de esa cláusula de ejecución de tratados y convenios internacionales en la referida clave constitucional de la STC 1/2012, interpretando que corresponde a la Comunidad Foral la aplicación normativa y ejecutiva del Derecho comunitario en las materias propias de la competencia de Navarra.

En un caso relativo a la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en la Sentencia 252/1988, sobre las cláusulas de ejecución de tratados y su incidencia sobre orden

constitucional y estatutario de distribución de competencias, a propósito precisamente de la ejecución de Directivas de la CEE y lo ha hecho en el sentido arriba indicado:

“Las Directivas de la CEE que se invocan en las Exposiciones de Motivos de los Reales Decretos en conflicto no dan solución a esta cuestión competencial. Tales reglas comunitarias se limitan, en lo que aquí importa, a disponer que «la autoridad central competente del Estado miembro» ha de velar para que la autorización que deben poseer los mataderos y salas de despiece se otorgue únicamente a aquellos establecimientos y dependencias que observen las prescripciones establecidas en las propias Directivas, cuidando esa misma «autoridad central» de que un «Veterinario oficial» controle permanentemente el cumplimiento de dichas prescripciones, retirándose la autorización cuando dejen éstas de respetarse (art 4.1 de la Directiva 64/433 y, en términos análogos, art. 5 de la Directiva 71/118). Sin perjuicio de lo que después se ha de decir sobre el nombramiento o designación del «Veterinario oficial» al que se refieren las Directivas, lo que ahora cabe decir es que estas reglas se limitan a precisar que son las «autoridades centrales de cada uno de los Estados miembros de la CEE (como de modo expreso indica, respecto de los almacenes frigoríficos, el art. 4.4 de la Directiva 64/433) las responsables de que las autorizaciones se concedan y mantengan sólo en tanto se respeten las prescripciones comunitarias, sin prejuzgar, por consiguiente, cuál deba ser la Administración competente - si la estatal o la autonómica- para la concesión de dichas autorizaciones y para velar por el mantenimiento de las condiciones previstas. Lo único que las Directivas imponen en este punto es, en suma, que la Administración Central sea el interlocutor único de la CEE en lo que toca al efectivo cumplimiento de las determinaciones comunitarias, pero ésta es una exigencia que, como bien se comprende, podría ser satisfecha a través de fórmulas y expedientes diversos, y no sólo, frente a lo que da a entender el Abogado del Estado, mediante el ejercicio directo y exclusivo por la Administración del Estado de las intervenciones dichas.

Son, en consecuencia, las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales, por esta misma razón, tampoco podrán considerar ampliado su propio ámbito competencial en virtud de una conexión internacional. Las normas estatutarias que, como la recogida en el art. 27.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, prevén que la Comunidad Autónoma adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados internacionales en lo que afecten a materias atribuidas a su competencia, no son, como resulta evidente, normas

atributivas de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la Generalidad”.

Le corresponde, por tanto, a la Comunidad Foral de Navarra la regulación de los contratos públicos por ser los títulos relativos a contratos y concesiones administrativas de su competencia exclusiva y dado que, por otra parte, tiene también las competencias de ejecución del derecho comunitario. En este sentido, el anteproyecto se ajusta plenamente al reparto constitucional de competencias.

II.4ª. Sobre la tramitación para la aprobación del anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra

El artículo 51 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y su Presidente (en lo sucesivo, LFGN), atribuye al Gobierno de Navarra, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la LORAFNA, la competencia para ejercer la iniciativa legislativa mediante la elaboración, aprobación y remisión posterior de los proyectos de Ley Foral al Parlamento de Navarra.

En cuanto a la elaboración de los proyectos de Ley Foral, el artículo 52 de la LFGN precisa que:

Se inicia en el Departamento competente por razón de la materia mediante la redacción de un anteproyecto, acompañado de la memoria o memorias y de los estudios, informes y documentación que sean preceptivos legalmente, incluidos los relativos a su necesidad u oportunidad de promulgación, un informe sobre el impacto por razón de sexo de las medidas que se establezcan en el mismo, y a la estimación del coste al que dará lugar (artículo 52.1).

En el supuesto de que existan dos o más Departamentos competentes, el Gobierno de Navarra determinará lo procedente acerca de la redacción del anteproyecto (artículo 52.3).

En todo caso, el anteproyecto habrá de ser informado por la Secretaría General Técnica del Departamento competente (artículo 52.2).

Redactado el anteproyecto, el Consejero o Consejeros competentes elevarán el anteproyecto al Gobierno de Navarra para que, en su caso, éste lo apruebe como proyecto de Ley Foral o decida la realización de nuevos trámites. El texto aprobado debe incluir en todo caso una exposición de motivos (artículo 52.4).

Una vez aprobado el proyecto de Ley Foral, el Gobierno de Navarra acordará su remisión al Parlamento de Navarra, junto a la documentación anexa y los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre el mismo (artículo 52.5).

El anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra objeto de dictamen se ha elaborado por el Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, iniciándose el procedimiento de elaboración mediante Orden Foral 22/2015, de 29 de enero, de su titular, que designó al Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo como órgano específico facultado para la elaboración y tramitación del expediente, por ser la unidad a la que corresponde la competencia de coordinación, asesoramiento, control y propuesta en materia de contratación pública, conforme a lo previsto en el artículo 50 del Decreto Foral 4/2013, de 16 de enero, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Economía, Hacienda, industria y Empleo.

La finalidad del anteproyecto es, tal y como se deriva del preámbulo del anteproyecto y ha sido puesto de manifiesto anteriormente, la de llevar a cabo una trasposición de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a contratos de concesión, mediante la aprobación de un nuevo texto legal que viene a sustituir a la vigente Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, que ha sido además modificado en varias ocasiones, actualizando la normativa sobre contratación pública en Navarra.

En consecuencia, el Gobierno de Navarra cuenta con la habilitación legal necesaria para iniciar el procedimiento para la elaboración del Proyecto de Ley y el Parlamento de Navarra, a su vez, con plena competencia para la aprobación de la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra.

De la documentación remitida a este Consejo se deriva que el anteproyecto va acompañado de las pertinentes memorias y de los preceptivos informes.

Obran, así, en el expediente la Memoria Justificativa, la Memoria Normativa, la Memoria Económica y la Memoria Organizativa, elaboradas por el Servicio de Patrimonio.

El anteproyecto ha sido informado por la Junta de Contratación Pública, por la Comisión Foral de Régimen Local, por la Secretaría General Técnica del Departamento de Hacienda y Política Financiera, y por el Servicio de Secretariado de Gobierno y Acción Normativa

Se han recabado, asimismo, el preceptivo Informe de Impacto por razón de sexo y el Informe de Observaciones del Instituto Navarro para la Igualdad relativo al Informe de Impacto por razón de género.

Con todo, se echa en falta en la Memoria normativa un análisis del anteproyecto de la Ley Foral de Contratos Públicos desde la perspectiva de los derechos al libre establecimiento y a la libre competencia, reconocidos en la normativa de la Unión Europea. Hay que señalar que uno de los ejes transversales de esta norma lo constituyen las cláusulas sociales o las llamadas “cláusulas horizontales” que informan el anteproyecto entero. Como se destaca en la exposición de motivos, la “utilización de la contratación pública como un instrumento en la política de igualdad de género, social, ambiental o de investigación cobra ahora mayor relevancia puesto que se ha entendido que las mismas tienen relación directa con el interés general y suponen una forma adecuada de utilizar los fondos públicos más allá de la concreta finalidad que pretenda satisfacer cada contrato. Por ello, se establecen en esta ley Foral lo que puede denominarse ‘cláusulas horizontales’ en estos ámbitos: el cumplimiento de la normativa de igualdad de género entre mujeres y hombres, social, laboral y medioambiental debe ser vigilada y exigida en todas las fases del contrato, desde la selección de licitadores hasta la ejecución del mismo y los incumplimientos de estas exigencias pueden justificar tanto la exclusión de un procedimiento como el rechazo de una oferta o la resolución de un contrato ya adjudicado”.

Teniendo en cuenta que el anteproyecto persigue esos objetivos sociales y prevé que el incumplimiento de las exigencias derivadas de dichos objetivos sociales comporte la exclusión de los licitadores, es innegable su impacto sobre la libre prestación de servicios. Se debería, en consecuencia, haber hecho un estudio del asunto, máxime teniendo en cuenta que ha sido uno de los temas debatidos y de alguna manera suscitado por la Junta de Contratación Pública de Navarra, en su Informe aprobado en las sesiones de 14 y 17 de febrero de 2017, y a la vista también de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se muestra vacilante sobre la exigencia de garantías laborales en la ejecución de los contratos públicos.

En este sentido, hubiera sido también de utilidad incorporar el Informe del Servicio de Consumo y Arbitraje del Gobierno de Navarra, toda vez que tiene atribuidas las funciones de defensa y promoción de la competencia, entre las que se encuentran la investigación y apertura de expedientes sancionadores sobre posibles prácticas colusorias, abusivas o de competencia desleal que realicen las empresas en territorio foral; y, por tanto, en razón de su actividad, bien pudiera tener un conocimiento de las prácticas contrarias a la libre competencia en el ámbito de la contratación pública. Nótese, además, que la Disposición Adicional octava del anteproyecto prevé la posibilidad de que los órganos de la contratación o la Junta de Contratación Pública y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra acudan al Servicio de Consumo y Arbitraje del Gobierno de Navarra para notificar cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de la defensa de la competencia; en particular, cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre quienes liciten, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

No cabe desconocer que la política de la competencia tiene como fin tradicional la protección de los mercados ante los abusos que los operadores más fuertes pueden llevar a cabo en perjuicio del interés común de la economía, de los operadores más débiles y de los consumidores, y que, si

bien los destinatarios directos han sido siempre las empresas, es lo cierto también que pueden serlo las Administraciones. Éstas pueden producir, con una actuación incorrecta, vulneraciones de la competencia, incluso mayores que las producidas por las empresas.

En el presente caso, no se ha ponderado suficientemente el papel que la Administración puede y debe jugar en la protección de los mercados, tanto cuando actúa como regulador, como cuando actúa como operador económico.

Con ello se está haciendo referencia, por una parte, a la labor reguladora de la Administración estableciendo, como ocurre en el texto sometido a consulta, reglas de contratación pública que determinan un modo de funcionamiento o favorecen a determinados colectivos de acuerdo con la concreta finalidad de la normativa de la Unión Europea en apoyo de los objetivos sociales que se trata de satisfacer, y, por otra, al ejercicio de otras potestades, como cuando actúa como operador económico, en la realización de contratos, convenios o licitaciones.

Aunque la Administración pública no puede ser sujeto pasivo de la normativa de competencia, dicho de otra manera, no se le aplican las conductas previstas en la Ley, en particular las conductas restrictivas de la competencia, sí que la misma se halla sujeta a la normativa cuando actúa fuera de las potestades de *imperium*.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 (recurso número 3359/2007) “(...) *Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las*

propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo. En este sentido, aunque en virtud de la ya mencionada disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la sociedad codemandada esté sometida a los principios de publicidad y concurrencia y su actuación deba conceptuarse como sometida en parte al derecho administrativo, ello no obsta a que su actividad externa pueda ser enjuiciada en todo caso desde la normativa de defensa de la competencia”.

Los Informes emitidos no se refieren a esta doble labor de la Administración en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y no hubiera estado de más generar algún tipo de análisis al respecto.

Por lo demás, ha sido debidamente observado el proceso de participación pública en cumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 44 de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto que, con carácter general y con interpretación amplia, reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en todo proceso de elaboración de cualquier disposición de carácter general, mediante la remisión de sugerencias.

Así, en el trámite de exposición pública se ha oído a cuantos han querido realizar sus observaciones al anteproyecto, habiendo participado diversas organizaciones y asociaciones representativas de los sectores afectados, así como empresas y particulares.

Por tanto, una vez cumplimentados todos los trámites e incorporados al expediente todos los documentos necesarios, el anteproyecto se considera tramitado conforme al procedimiento legalmente establecido.

II.5ª. Examen del anteproyecto de la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra

El anteproyecto de la Ley Foral sometido a consulta presenta un estructura bastante distinta a la original de la Ley 6/2006, al menos en su

primera parte. Se ha hecho un loable esfuerzo por sincronizarlo con la estructura de las Directivas y por dotarlo de una división material más coherente y lógica. Tradicionalmente la regulación sobre contratos públicos ha venido girando sobre el concepto de contrato de la Administración pública. Ahora el poder adjudicador es el eje en el que se apoya la normativa de contratos públicos.

Se ha abandonado, así, como explica el preámbulo, “el paradigma anterior en el que la regulación de la parte general se estableció de acuerdo con el modelo de contratación de las Administraciones Públicas y resultaba sólo parcialmente aplicable al resto de poderes adjudicadores que además tenían unas reglas propias establecidas en libro aparte. En cambio, en esta Ley Foral se establece una regulación general de los contratos públicos aplicable a todos los poderes adjudicadores con independencia de su naturaleza, para contemplar después las particularidades propias de las Administraciones Públicas”.

El cambio de estructura o alteración del principio de división material de la Ley 6/2006 puede comportar algún inconveniente desde el punto de vista del conocimiento y localización de las disposiciones modificadas. No obstante, y al margen de las novedades que presenta el anteproyecto, queda a salvo una gran parte del régimen jurídico anterior contenido en la Ley Foral 6/2006; por lo que el anteproyecto se caracteriza también por su continuismo. Especialmente, se mantiene la tradicional regulación de los contratos que celebran las Administraciones Públicas, en la que no hay grandes novedades, salvo en lo referente al régimen de concesiones de obras y servicios.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la LFCN, corresponde a este Consejo velar por la observancia del ordenamiento jurídico. En el concreto asunto aquí sometido a su consideración, el parámetro de legalidad viene constituido por el Derecho de la Unión Europea, y, en particular, por las Directivas que se trata de trasponer, sin perjuicio de la consideración obligada de los preceptos constitucionales, de la LORAFNA y del resto del ordenamiento jurídico.

En este sentido, siguiendo la pauta establecida por el Consejo de Estado para casos similares de enjuiciamiento de normas de trasposición de Directivas, se tratará en el presente Dictamen de analizar la corrección técnica del anteproyecto, comprobando la adecuación de la nueva regulación proyectada a las Directivas que son objeto de trasposición al ordenamiento interno de la Comunidad Foral, y verificando que forman un todo coherente y armónico con el resto del ordenamiento jurídico, pudiendo formular observaciones concretas al articulado en aquellos casos en los que se considere preciso.

Desde el punto de vista de la técnica normativa empleada, cabe decir que el anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra adolece de algunos de los defectos comunes a los textos de esta naturaleza en cuanto a ausencia de concisión, claridad y precisión en la terminología utilizada. Participa, así, en buena medida de las características que el Consejo de Estado atribuye al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en su Dictamen de 10 de marzo de 2016 (Nº 1116/2015).

Es un texto prolijo en cuanto a su regulación e incluso farragoso en ocasiones, con preceptos extremadamente largos. Conserva a veces un léxico bastante críptico que es consecuencia de la incorporación mimética de las previsiones de la Directivas sin haber hecho el esfuerzo de su adecuación a los términos de nuestra legislación.

Resulta, en suma, como todos los textos de esta naturaleza, un texto de difícil manejo y comprensión, especialmente para el no avezado en las materias de contratación pública, lo que puede ir en detrimento, en ocasiones, de la seguridad jurídica.

Por lo que respecta a la regulación del anteproyecto sometido a consulta, procede emitir, en términos generales, un juicio favorable. Ahora bien, esta valoración positiva no es óbice ni obstáculo para realizar, a continuación, algunas consideraciones de diversa índole sobre el articulado del mismo.

Observaciones al articulado del anteproyecto

El contenido del Título Preliminar del anteproyecto es mucho más reducido que el del texto legal vigente, está compuesto por tan solo ocho artículos, mientras que el vigente consta de tres Capítulos y de 28 artículos. Los aspectos regulados son los del objeto de la Ley Foral (artículo 1), los principios de contratación pública (artículo 2), el ámbito de aplicación objetivo (artículo 3), el ámbito de aplicación subjetivo (artículo 3), la extensión a contratos celebrados por otras entidades (artículo 5), contratos con sociedades de capital mixto (artículo 6), los negocios jurídicos excluidos (artículo 7), y los encargos a entes instrumentales (artículo 8).

Como aspectos novedosos de la regulación proyectada, destacan: la inclusión en el ámbito subjetivo de los partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales; la exclusión de ciertos contratos y negocios jurídicos, como, por ejemplo, aquellos que tengan por objeto la realización de campañas políticas; la nueva regulación de los entes instrumentales que constituyen una excepción a la libre competencia, razón por la cual se endurecen las condiciones de operatividad, exigiendo que el ente instrumental realice para el poder adjudicador que lo controla al menos el 80% de su actividad y que disponga de medios para ejecutar por sí mismo como mínimo el 50% de las prestaciones objeto de encargo.

Ámbito de aplicación objetivo (Artículo 3)

El artículo 3 del anteproyecto, dedicado a regular el “Ámbito de aplicación objetivo”, establece que “*Son contratos públicos, a efectos de esta Ley Foral, los contratos onerosos celebrados por escrito entre una o varias empresas o profesionales y una o varias entidades sometidas a esta Ley Foral, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos, la prestación de servicios o las concesiones de obras y servicios, así como los contemplados en el artículo 5 de esta Ley Foral*”.

A todos los efectos, el precepto identifica los contratos públicos con los contratos onerosos, lo cual es correcto y nada tiene de irregular. El único problema es que no proporciona indicación alguna sobre el concepto de onerosidad.

En la medida en que, como señala el Consejo de Estado en su dictamen nº 1116/2015, “no son infrecuentes los casos en los que su precio –o valor estimado en su caso- es cero y en los que el contratista obtiene algún tipo de ventaja o beneficio”, tal vez sería conveniente recoger, como propone el referido órgano consultivo respecto del proyecto de la Ley estatal de Contratos del sector público, una definición para una mejor comprensión del mismo, indicando que el carácter oneroso se entenderá que concurre cuando el contratista obtiene algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

Ámbito de aplicación subjetivo (Artículo 4)

El artículo 4 del anteproyecto delimita el ámbito de aplicación subjetivo del anteproyecto y lo hace introduciendo alguna novedad significativa respecto de la regulación anterior de 2006. La novedad consiste en la inclusión de forma expresa, como entidades sujetas a la Ley Foral, de partidos políticos, sindicatos, y asociaciones empresariales.

Según reza el apartado 3 del artículo 4: *“Quedan sujetos a esta Ley Foral las organizaciones sometidas a la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos, las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, las organizaciones empresariales y las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando concurren los requisitos establecidos en la letra e) del apartado 1 de este artículo”*. Los requisitos a los que alude son dos: por un lado, satisfacer al menos parcialmente fines de interés público y operar en el mercado sin soportar pérdidas; y, por otro, que la mayoría de su actividad sea financiada por las Administraciones Públicas de forma directa o indirecta.

Resulta llamativa la inclusión de partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales en el ámbito subjetivo, a la vista de que la normativa que se trata de trasponer, en concreto la Directiva 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sitúa extramuros de dicha Directiva, a los partidos políticos y a los otros ni los menciona. En su Considerando 37, se indica que *“(…) la presente Directiva se aplica únicamente a los poderes y entidades adjudicadores de los Estados*

miembros. Por lo tanto, los partidos políticos en general no están sujetos a lo dispuesto en ella, al no tratarse de poderes ni entes adjudicadores. No obstante, puede que en algunos Estados miembros existan partidos políticos que se incluyan en el concepto de organismos de Derecho público (...) Por último cabe recordar que el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas están sometidos a otras normas distintas de las de la presente Directiva” En los mismo términos se expresa el Considerando 29 de la Directiva 2014/24, sobre contratación pública.

En el espíritu del anteproyecto, al igual que en el de las Directivas, late la idea, no formalista, de extender la noción de poder adjudicador a cualquier entidad u organización, sea pública o privada, dotada de personalidad jurídica, que se constituye en sujeto de tráfico económico en la medida en que su actuar se ajusta a un determinado comportamiento en el mercado. En este sentido, la finalidad perseguida por el anteproyecto es someter a todas las “entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, consorcios, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos”, a las previsiones de la Ley Foral, siempre que concurren las dos referidas condiciones: la de satisfacer en su actividad un interés público que no tenga carácter industrial o mercantil, por un lado, y la de que su actividad sea financiada directa o indirectamente por las Administraciones Pública de forma mayoritaria, por otro.

Y desde esta perspectiva, nada impide que tanto los partidos políticos, como las organizaciones sindicales y empresariales, queden sujetos a lo dispuesto en la Ley Foral, aun cuando, como se ha señalado, la Directiva haya querido en algún caso dejar al margen, pues los Estados son libres, dentro del respeto de los principios y elementos esenciales de las Directivas, de definir el ámbito subjetivo y de establecer unos requisitos más estrictos, en orden al cumplimiento de los objetivos de las Directivas, que los que prevén las propias normas comunitarias.

Ahora bien, no está claro que, en el caso de los partidos políticos o de las organizaciones sindicales y empresariales, el cumplimiento de las dos referidas condiciones los convierta, como se considera en la exposición de

motivos del anteproyecto, en “Organismos de Derecho Público”. No resulta adecuada esta calificación a ninguno de los tres mencionados sujetos, pues independientemente de su condición de sujetos de interés público y de su reconocimiento constitucional, son entes privados.

En primer lugar, los partidos políticos, aunque forman parte, como recuerda la *Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos*, de la estructura del propio Estado y son actores esenciales de la vida política, económica y social, la propia exposición de motivos de la *Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos*, los concibe como “entes privados de base asociativa”.

Asimismo, en segundo lugar, las organizaciones sindicales, que por su naturaleza polimórfica, no solo representan a los afiliados, sino que ejercen una representación institucional, pues el art. 7 de la Constitución los convierte en institución básica del Estado, otorgándoles el poder de representar a la totalidad de los trabajadores independientemente de su afiliación, no devienen tampoco en sindicatos de Derecho Público, sino que son sujetos privados, asociaciones privadas con un régimen especial, constituido por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Por último, las organizaciones empresariales, pese a ser también actores de primer orden en la vida económica y social y de intervenir en el ámbito político ejerciendo su influencia en las decisiones políticas o en los grandes pactos sociales, se configuran también como entes privados de base asociativa. La normativa por la que se rigen –la Ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociacionismo Sindical y el RD 873/1977, de 22 de abril, que mantienen únicamente su vigencia en lo referente a las asociaciones empresariales, pero no en lo que concierne a los sindicatos-, se refiere a ellos como “asociaciones profesionales”. Así el artículo 1.1 de la Ley 19/1977, dispone que los empresarios “podrán constituir en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos”.

Todos ellos son sujetos de obligaciones, y la ejemplaridad debe ser la que presida sus actuaciones, en tanto que piezas esenciales de la

democracia, tal y como se desprende de los artículos 6 y 7 de la Constitución, también en los ámbitos de contratación pública. En consecuencia, es razonable que se quiera someter a los partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales a la disciplina de la Ley Foral de contratos públicos en la medida en que se financian con recursos públicos. Ahora bien, lo que no parece técnicamente adecuado es su consideración como “organismos de Derecho públicos” porque no lo son.

El otro punto de interés o de controversia, suscitado por el artículo en cuestión en las fases de elaboración del anteproyecto de Ley Foral, radica en el supuesto trato discriminatorio que se generaría como consecuencia de las diferencias existentes entre el texto del anteproyecto y la regulación que del mismo asunto realiza el Proyecto de Ley estatal de Contratos del Sector público. En una redacción casi mimética a la del anteproyecto de Ley Foral, el artículo 3.4 del Proyecto de Ley estatal incluye también en su ámbito de aplicación a los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, pero con la salvedad de que sus previsiones solo serán de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada.

Según algunas voces críticas expresadas en la tramitación del anteproyecto, ello daría lugar a que, mientras la Ley Foral se aplicara a todos los contratos armonizados y no armonizados, la Estatal únicamente a contratos armonizados, suscitando algunos problemas aplicativos cuando se trata de partidos o sindicatos cuyo ámbito de actuación excede del territorio de la Comunidad Foral de Navarra a la hora de saber qué régimen jurídico resultaría de aplicación a los contratos que se vayan a celebrar, generando una inseguridad jurídica importante y manifiesta, aparte de suponer una quiebra de uno de los objetivos fundamentales de la modificación contractual comunitaria, el de evitar los tratos discriminatorios y el falseamiento de la competencia.

Ciertamente, la normativa Foral no participa del planteamiento, proveniente de anteriores Directivas comunitarias, recogida en la estatal Ley 30/ 2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y, ahora mantenida en el nuevo Proyecto de Ley de Contratos de ámbito estatal (publicado en el Boletín Oficial de la Cortes Generales, Congreso de los

Diputados, el 2 de diciembre de 2016), que permite distinguir los regímenes jurídicos de los contratos según estén sujetos a regulación armonizada o no, en función de la superación de ciertas cuantías económicas, o umbrales comunitarios. Pero se ha de notar que esta distinción no viene impuesta por las Directivas, de manera que la Comunidad Foral puede prescindir de introducir, en su normativa sobre contratación pública, la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a dicha regulación. Y, una vez optado, como se ha hecho, por establecer una regulación uniforme para todos los tipos de contratos públicos, la aplicación de un mismo régimen a todos los contratos celebrados con los referidos sujetos (partidos, sindicatos y asociaciones empresariales) no plantea problemas de ajuste a las previsiones de las Directivas incorporadas.

Ahora bien, un régimen jurídico uniforme, a lo que, quizás, no atiende del todo es a la perseguida eficiencia y competitividad, así como a la necesidad de una simplificación de los trámites, que faciliten el trabajo de los que participan en las licitaciones, como propósitos destacados del anteproyecto de Ley Foral. La diferenciación de regímenes jurídicos tiene por finalidad permitir la modulación de la aplicabilidad de las disposiciones comunitarias a los distintos contratos del sector público, restringiendo la categoría legal de «contratos sujetos a regulación armonizada», cuando así se estime conveniente, solo a los negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices europeas. Lo cual permite también, que por exclusión, se utilice de forma negativa, para definir el conjunto de contratos que se queden fuera de la regulación armonizada.

En el caso de la Comunidad Foral se ha optado por que todos los contratos estén sujetos a los requisitos más exigentes de los “contratos sujetos a la regulación armonizada”, y no deja de ser singular que todos los contratos celebrados estén sujetos a las mismas reglas, pues no va muy en consonancia con los principios del anteproyecto de Ley Foral de “simplificación del procedimiento y la reducción de cargas administrativas”, aparte de que puede causar dificultades de participación a algunas empresas o entidades de menor tamaño.

Pero, insistimos, este Consejo nada tiene que objetar a dicha decisión, porque ello entra dentro de la potestad del legislador en cuanto a la configuración del régimen de contratación pública. La identificación y aplicación de un único régimen jurídico de contratación pública, a los partidos políticos y a las organizaciones sindicales y empresariales se ajusta a los requerimientos de la Directiva.

Negocios jurídicos excluidos (Artículo 7)

El apartado 3 del artículo 7 del anteproyecto, que mantiene buena parte del contenido del artículo 7 de la Ley Foral 6/2006, excluye del ámbito de la ley *“los contratos públicos cuando sean declarados secretos o cuando su ejecución deba ir acompañada de especiales medidas de seguridad de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes”*.

Es evidente que no es voluntad del legislador reconocer la posibilidad de establecer, con total discrecionalidad, y so capa de atribuir el carácter reservado o secreto, un régimen de excepción respecto de algunos contratos públicos, sacándolos de las rígidas normas de la contratación administrativa, y por tanto de la aplicación de los principios de concurrencia, transparencia, publicidad y no discriminación. Al contrario, lo que persigue no es excluir del ámbito de la Ley Foral los contratos a conveniencia, sino tan solo determinados contratos por alguna de las razones apuntadas.

Y es lógico que se quiera establecer una cierta reserva de opacidad, porque se debe admitir que, por su naturaleza especial, algunos contratos no deben someterse a las rígidas normas de la contratación administrativa. Ahora bien, en aras de la seguridad jurídica y de la transparencia, se debería saber qué causas justifican o qué circunstancias permiten recurrir a una medida como ésta de exclusión.

El problema aquí es que no queda convenientemente recogido el marco y el sentido en el cual la Directiva mantiene semejantes excepciones, ni se hace expresa mención a las normas que regulan dicha situaciones de excepcionalidad, bien sea en las Directivas o en las normas a las que se remite genéricamente.

Es importante destacar que los contratos o concesiones excluidas por las Directivas son los que se celebren en el ámbito de la seguridad y defensa; en concreto, y con carácter general en el territorio español, los comprendidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea referidos a la defensa y la seguridad, y los contratos de obras, suministros y servicios regulados por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de defensa y de la seguridad.

Es en dicho contexto en el que se permite la no aplicación de las previsiones de la disciplina de contratación o concesión, y, además no en cualquier supuesto, porque la excepción solo es aplicable cuando el Estado miembro haya determinado que los intereses esenciales de que se trate no pueden garantizarse con medidas que supongan una menor injerencia, como, por ejemplo, imponiendo requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que el poder adjudicador proporcione en un procedimiento de adjudicación de un contrato con arreglo a lo dispuesto en la Directiva.

Lo establecido en el apartado 3 del artículo 4 del anteproyecto se puede mantener al amparo del artículo 15.2 y 3 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 10. 6 y 7 de la Directiva 2014/23/UE, pero lo cierto es que se carece de cualquier consideración que nos permita valorar en todo momento los intereses esenciales que se trata de proteger con la no aplicación del régimen común de contratación pública.

Por ello, sería conveniente completar el apartado 3 con una referencia a la contenida en el artículo 15.3 de la Directiva 2014/24/UE: *“cuando se haya determinado que los intereses esenciales de seguridad no puedan garantizarse con medidas que supongan una menor injerencia”*.

Disposiciones Generales (Título I)

El Título I, sobre *“Disposiciones Generales”*, establece el régimen general de la contratación pública aplicable a todos los poderes adjudicadores. Se estructura en siete Capítulos: el Capítulo I (*“De los poderes adjudicadores”*) define por primera vez el concepto de poder adjudicador y órgano de contratación; el Capítulo II (*“De los contratistas”*)

hace una nueva regulación de las prohibiciones de contratar y de las condiciones de compatibilidad, así como del límite del volumen de negocio exigible como solvencia económica especialmente para las PYMES; el Capítulo III (*“Tipología de los Contratos y Régimen Jurídico”*), recoge el régimen jurídico específico de los contratos de obras, de suministros de servicios y de las concesiones tanto de obras como de servicios, además de una nueva regulación del contrato mixto, y un régimen especial para algunos contratos de servicios como los sociales, sanitarios y culturales; el Capítulo IV (*“Principios y reglas de la Gestión Contractual de los Contratos públicos”*) establece una nueva regulación de los lotes, exigiendo al órgano de contratación la división en lotes, salvo que motive su inconveniencia en ese caso concreto; Capítulo V (*“Reglas de Publicidad y Procedimientos de adjudicación”*) aborda muchas e importantes cuestiones; a saber las consultas preliminares de mercado, los pliegos de contratación como único documento, la etiqueta, el procedimiento negociado, el procedimiento simplificado, el procedimiento de Asociación para la innovación, los contratos menores, Sistemas Dinámicos de Adquisición, la licitación electrónica obligatoria, las ofertas anormalmente bajas, la publicidad de las adjudicaciones; el capítulo VI (*“Reglas comunes para la ejecución de los contratos de los poderes adjudicadores”*) contiene normas sobre modificación de los contratos, condiciones especiales de ejecución, subcontratación y cesión del contrato a terceros; y Capítulo VII (*“Reclamaciones y otras medidas de control de las Contrataciones”*) otorga nueva facultad a la Cámara de Comptos para la formulación de recomendaciones.

Buena parte de las disposiciones contenidas en el Título I reproducen las disposiciones vigentes y no procede hacer reparo alguno respecto de su contenido. Se incidirá, por tanto, solo en las disposiciones que resultan objetables desde el punto de vista de técnica normativa o en términos de adaptación a la Directiva.

Poderes adjudicadores (Artículo 9)

El artículo 9 define los poderes adjudicadores. En concreto, su párrafo primero reza de la siguiente manera: “Se denominarán poderes

adjudicadores a las entidades incluidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de esta Ley Foral’.

Debemos advertir, ante todo, de la existencia de una errata. Al final de dicho párrafo falta la preposición “de”, que sirve para establecer la relación de dependencia entre las palabras “subjetivo” y “esta”. Habría que corregir dicha omisión.

Prohibiciones de contratar (Artículos 22 y 23)

El artículo 22 del anteproyecto, relativo a las prohibiciones de contratar, establece una larga relación de las distintas circunstancias en que está prohibido contratar, de manera que las personas o entidades en quienes concurra alguna de tales circunstancias, quedan excluidas de la participación en los procedimientos de licitación.

El anteproyecto mantiene gran concordancia con las prohibiciones de contratar que establecen el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 38.4 Directiva 2014/23/UE, y más aún con las que recoge el Proyecto de Ley estatal en su artículo 71, aunque en ocasiones ha modulado, de forma más estricta, las previsiones de las Directivas, estableciendo algunas significativas diferencias.

Con la nueva regulación pasan a contemplarse muchas más circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades, siendo algunas de las más destacadas las siguientes:

El nuevo artículo 22.1 apartado a) del anteproyecto incluye, junto a los delitos recogidos actualmente en la Ley Foral 6/2006 de “asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines”, una serie de nuevas circunstancias de exclusión de la contratación, como el terrorismo, la corrupción entre particulares, la violencia de género, los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, a la protección del patrimonio

histórico y el medio ambiente, o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

En relación a este primer apartado, las Directivas, por su parte, establecen alguna causa más, como la participación en una organización delictiva, el blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, y el trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos; no obstante, algunas de estas conductas serían susceptibles de ser reconducidas a alguna de las figuras delictivas señaladas en el anteproyecto.

En el apartado b) del artículo 22 del anteproyecto se exceptúa también de la participación en un procedimiento de contratación pública a las personas o entidades *“sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia medioambiental, social, laboral, profesional, acoso sexual o acoso por razón de sexo o de falseamiento de la competencia, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente”*

En el apartado e), junto a las situaciones ya previstas en la Ley Foral 6/2006, de *“no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes”*, se recoge también, la de no hallarse al corriente en el cumplimiento de las *“obligaciones establecidas por la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres y violencia de género, así como en su caso de las obligaciones establecidas por el apartado 1 del artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en los términos que reglamentariamente se determinen”*.

La incorporación de estas nuevas circunstancias viene determinada por el criterio funcional de utilizar la contratación pública como un instrumento en la política de igualdad de género, social y ambiental, más allá de la concreta finalidad que pretenda satisfacer.

En general, procede emitir un juicio favorable a la regulación contenida en dicho artículo 22 del anteproyecto, por cuanto recoge en gran medida el

régimen previsto en el artículo 57 de la Directiva 2014/24 y el artículo 38.4 de la Directiva 2014/23.

No obstante, es preciso realizar algunas reflexiones acerca de nuevas exigencias de “moralidad” de los operadores y en relación con conductas reprochables desde la perspectiva de los derechos sociales o la normativa laboral, distintas a las impuestas por las Directivas.

La elevación de estándares éticos de licitadores y contratistas y su prohibición para contratar es posible, aunque deberá respetarse en todo caso el carácter restrictivo del artículo 57.1 de la Directiva 2014/24. El Tribunal de Justicia de la UE viene entendiendo que la norma prohibitiva comunitaria “debe interpretarse en el sentido de que enumera de manera exhaustiva las causas de exclusión de la participación en un contrato público de obras que se basen en criterios relacionados con la aptitud profesional”, y si bien ello no impide que un Estado miembro prevea otras medidas de exclusión, que tengan por objeto garantizar la transparencia y la igualdad de trato entre los licitadores, es preciso siempre que sean proporcionadas a la finalidad buscada (SSTJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-213/07 “*Michaniki*” y de 19 de mayo de 2009, asunto C-538/07, “*Assitur SRL*”).

Esto significa que es incompatible con el Derecho de la Unión el establecimiento en abstracto de requisitos de “moralidad” de los operadores, que por su relación con la prestación o ejecución con el contrato sean desproporcionados, o bien no comprometan la correcta adjudicación o ejecución del contrato. Consecuentemente, esas exigencias nuevas destinadas a excluir a las empresas de la participación habrán de ser ponderadas y verificadas en cada caso en relación a la finalidad buscada. Porque, como ha señalado la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, (asunto C-368/10 Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos”) en relación a la exigencia de criterios de sostenibilidad de las compras y “conducta socialmente responsable”, *“al adjudicar su contrato el poder adjudicador no puede tener en cuenta la política general de compras de los licitadores, sino sólo sus prácticas en materia de adquisición en relación con los productos concretos que se han de suministrar. Si el poder adjudicador pide a los licitadores información y pruebas sobre la sostenibilidad de sus*

productos y su política comercial, dicha petición debe tener una relación suficiente con el objeto del contrato y ha de estar formulada de manera concreta”.

En lo relativo a la exclusión por incumplimiento de las obligaciones en materia social y laboral, las Directivas contemplan como motivo de exclusión el incumplimiento de las obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social y poco más. Tradicionalmente, tanto el legislador nacional como el foral, han previsto, por supuesto estos incumplimientos (*“No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social”*), pero han ido más allá, incluyendo en el ámbito de prohibición de contratar también las infracciones en el orden social, si bien lo han hecho siempre exigiendo una especial gravedad o un grado alto de incumplimiento.

En el anteproyecto se constata un cambio considerable con respecto al régimen establecido en la Ley Foral 6/2006. Mientras ésta solo excluye a los sancionados con carácter firme *“por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con la dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social o en la materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales”*, el anteproyecto de Ley Foral impide contratar a las empresas o personas que hayan sido sancionadas por la autoridad administrativa laboral por cualquier incumplimiento grave de sus obligaciones en materia laboral o social. Se produce, por tanto, un endurecimiento de las condiciones de participación en la medida en que se prohíbe contratar a cualquier empresario que haya sido sancionado por infracción grave.

Esto hará que potencialmente queden fuera de los procedimientos de contratación un número significativamente alto de empresas y personas, porque no haber sido sancionado por una infracción grave en el orden social y en materia de prevención de riesgos laborales, es, por desgracia, un comportamiento que pocas empresas o personas pueden exhibir.

El legislador estatal no pretende ser tan riguroso en esta materia, puesto que en el artículo 71.1 b) del Proyecto de Ley de Contratos del Sector

Público, circunscribe la prohibición de contratar por infracción grave tan solo a los supuestos de incumplimiento por falta de afiliación o alta a la Seguridad Social de los trabajadores contratados, estableciendo, para el resto de infracciones en el orden social o laboral, el carácter de muy grave, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Asimismo, en relación con el incumplimiento de las normativas en materia de igualdad entre hombres y mujeres, violencia de género y de los derechos de las personas con discapacidad, previsto en el apartado b) del anteproyecto de Ley Foral, no se atiende a ningún criterio especial de graduación, con lo cual todo incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, inhabilita a la empresa o persona para participar en un procedimiento de contratación pública. En esto son constatables también algunas diferencias de regulación importantes con respecto al Proyecto de Ley estatal, porque éste, amén de no prever los supuestos de prohibición por incumplimiento de las normativas en materia de igualdad entre hombres y mujeres y violencia de género como motivos de exclusión, en lo que respecta a la normativa sobre discapacidad, solo contempla, el incumplimiento por parte de las empresas de 50 o más trabajadores de la cuota de reserva de al menos el 2 por ciento en favor de las personas con discapacidad de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013.

De todas formas, poco o nada cabe objetar desde el punto de vista de adecuación a la Directiva de la regulación adoptada, porque viene a cumplir, incluso con más celo si cabe, premiando a las empresas u operadores más observadores de la legalidad laboral y expulsando a los no cumplidores, la finalidad de las Directivas de integración de las cuestiones sociales en los procedimientos de licitación.

Ahora bien, se corre el riesgo de que endureciendo las condiciones de participación, y favoreciendo a determinados operadores por razones que pueden ser muy loables e incluso plausibles, se termine limitando el libre juego de la competencia, en perjuicio del interés general de la ciudadanía. El

carácter impoluto de la hoja de servicios de la persona o la trayectoria impecable de la empresa en cuanto a inexistencia de infracciones laborales o sociales (que muy pocos pueden exhibir) no puede utilizarse para dañar a aquellos operadores más débiles en el mercado de trabajo. Se debe alcanzar un equilibrio razonable para garantizar el cumplimiento de la normativa social y laboral y al mismo tiempo que este apoyo no se convierta en una ventaja para unos pocos.

No obstante, el riesgo de una eventual alteración del libre juego de la competencia se ve en parte conjurado desde el momento en que la concurrencia en el operador económico de alguna de las circunstancias prohibidas no le inhabilita por completo y de forma indefinida para participar en los procedimientos de contratación. El art. 23.5 del anteproyecto prevé que *“toda persona incurso en causa de prohibición de contratar, excepto las previstas en el apartado 1.a) del artículo anterior, podrá presentar pruebas de que ha adoptado medidas suficientes para demostrar su fiabilidad. Si dichas pruebas se consideran suficientes, quien licite no quedará excluido del procedimiento de contratación”*. No es, por tanto, una exclusión de por vida; el operador económico o quien va a licitar puede recuperar su idoneidad o credibilidad, si acredita *“que ha pagado la indemnización correspondiente por cualquier daño causado y que ha adoptado medidas apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas”* (art. 23.5).

Es preciso llamar la atención sobre este precepto porque presenta alguna diferencia con relación a lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 38.9 Directiva 2014/23/UE. Los mencionados artículos de las Directivas se expresan de modo taxativo, indicando que *“Todo operador que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas...”* No hay duda de su clara vocación de aplicación a la totalidad de los supuestos de prohibición.

Sin embargo, el art. 23.5 del anteproyecto de Ley Foral excluye a algunos supuestos; así quedan exceptuados los supuestos en que la persona se halla incurso en alguno de los delitos señalados en el apartado a) descritos más arriba, lo que significa que a las empresas o personas

incurridas por algunos de los referidos delitos (terrorismo, violencia de género, etc.) no les es dada la posibilidad de acreditar su fiabilidad mostrando las pruebas que consideren más pertinentes de las medidas adoptadas en orden a garantizar la misma. Esta excepción contemplada en el artículo 23.5 del Anteproyecto no tiene un claro encaje en las Directivas.

Además, las propias Directivas establecen una especie de cancelación u olvido del delito o falta por el transcurso del tiempo para los que se hallan incursos en alguna de las causas de exclusión, de forma que, pasado un periodo temporal, se les habilita para la participación en la licitación. En concreto, el apartado 7 del artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE y el apartado 9 del artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE disponen que: *“Mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión, los Estados miembros (...) determinarán el período de exclusión máximo en caso de que el operador económico no haya adoptado las medidas que se señalan en el apartado 6 para demostrar su fiabilidad. Cuando una sentencia firme no haya establecido el período de exclusión, éste no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la condena por sentencia firme en los supuestos contemplados en el apartado 1, ni de tres años a partir de la fecha del hecho relevante en los casos contemplados en el apartado 4”*.

Algo de ello trata de hacer el anteproyecto de Ley foral, al fijar, en su artículo 24, apartados 3 y 4, un régimen temporal de exclusión para contratar de las personas incursas en algunas de las causas prohibidas. Ahora bien, lo establecido se refiere únicamente a los casos en que “sea necesaria una declaración de prohibición”, es decir, a los supuestos de los apartados h), i), j), k) y l) del art. 22, previendo para ellos una duración máxima de la prohibición de cinco años. Nada prevé, sin embargo, sobre las otras causas que aquí se están comentando, en particular sobre los apartados a), b) y e) del art. 22 del anteproyecto. No obstante, ello no constituye un incumplimiento del referido apartado 7 del artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE y del apartado 9 del artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE, porque bien podría recogerse en una disposición reglamentaria o administrativa, tal y como admiten las Directivas en los referidos artículos,

pero en todo caso es evidente que la Comunidad Foral viene obligada a implementar un periodo de exclusión máximo.

Así las cosas, la excepción del artículo 23.5 del anteproyecto de Ley Foral, que impide al incurso en alguno de los delitos del apartado a) del artículo 22 presentar pruebas de su fiabilidad, tropieza también con estos otros artículos de las Directivas que obligan a señalar un periodo de exclusión máximo, que en ningún caso podrá exceder de 6 años en los supuestos de los delitos del apartado a) del art. 22, ni de tres con relación a las otras causas de exclusión, cuando una sentencia firme no haya establecido un periodo de exclusión. Es decir que un operador económico no puede quedar expulsado definitivamente del mercado.

Tipología de los contratos y régimen jurídico (Capítulo III)

El Capítulo III se ha estructurado en un artículo preliminar (art. 27), dedicado a establecer la calificación de los contratos públicos, y tres secciones sucesivas, relativas a la definición de los contratos sometidos a esta Ley Foral (Sección 1ª), régimen jurídico de los contratos públicos (Sección 2ª) y a los contratos con régimen especial (Sección 3ª).

El artículo 27 del anteproyecto de Ley Foral establece que: *“El régimen jurídico de los contratos públicos y su calificación como obras, concesiones de obras, concesión de servicios, suministros o servicios se determinarán de acuerdo con las normas contenidas en este capítulo”*.

Se mantienen las tradicionales categorías de contrato de obras, de suministros, de servicios, y las de contrato de concesión de obras y concesión de servicios. Hay, no obstante, alguna novedad en cuanto a la definición del contrato de concesión de obras y servicios. En concreto en los artículos 31 y 32 del anteproyecto aparece un concepto nuevo, cual es el de “transferencia al concesionario del riesgo operacional”, recogido en el artículo 5.1 b) de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que obliga a reformular la noción de ambos contratos.

Ello al margen, el anteproyecto de Ley Foral presenta algunas otras novedades importantes:

1) la regulación, en el artículo 33 del anteproyecto, de los “contratos mixtos”, que es transposición del artículo 3 de la Directiva 2014/24/UE.

2) la reserva de contratos, previsto en el artículo 36, para Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o empresas de inserción, cuya finalidad sea la integración social y profesionales de personas en riesgo de exclusión; trae causa del artículo 20 de la Directiva 2014/24.

3) un régimen especial, en el artículo 37 del anteproyecto, para algunos contratos de servicios, como los sociales, sanitarios y culturales, en atención a las especiales características de los mismos. Tiene su fundamento en el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE.

Contratos mixtos (Artículo 33)

Este artículo regula la figura, ya contemplada en el vigente artículo 5 de la Ley Foral 6/2006, de los contratos mixtos que tengan por objeto dos o más tipos de contratación. En él se determinan las normas que han de regir su adjudicación tanto cuando el contrato contenga prestaciones de varios contratos regulados por la Ley Foral, como cuando contemple prestaciones de contratos regulados en esta Ley con prestaciones de otros contratos distintos de los regulados en la misma.

Se produce un cambio relevante en este artículo, por cuanto se determina el régimen aplicable a la preparación y adjudicación en función de si el objeto principal del contrato contiene prestaciones que pueden ser objetivamente separables, pero nada cabe objetar a la nueva redacción dada a la figura, porque el artículo del anteproyecto recoge fielmente la regulación procedente de las Directivas 2014/24 y 2014/23 y no se observa desajuste alguno.

Contratos reservados por motivos sociales (Artículo 36)

En lo que respecta a los contratos reservados por motivos sociales, el referido artículo 36 del anteproyecto establece que:

“1. Los poderes adjudicadores deberán reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, obras, suministros y concesión de servicios a Centros especiales de Empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción.

Se consideran centros especiales de empleo de iniciativa social aquellos participados o promovidos en más de un 90% directamente, por una o varias entidades privadas sin ánimo de lucro, sean asociaciones, fundaciones, u otro tipo de entidades de economía social, y que, en sus estatutos o acuerdos fundacionales se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad.

2. La reserva podrá afectar al objeto íntegro del contrato o sólo a uno o varios de los lotes del mismo. En todo caso, será necesario que las prestaciones se adecuen a las peculiaridades de tales entidades.

La reserva podrá realizarse para todas o alguna de las tipologías de entidades del apartado 1.

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

4. El importe de los contratos reservados será de un 6% como mínimo del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior.

5. Todas las entidades sometidas a esta Ley Foral deberán fijar y publicar las condiciones para alcanzar el cumplimiento del 6 % de reserva con los contratos que prevean adjudicar cada ejercicio y previo análisis de la posibilidad de reservar dividiendo en lotes. En el caso de que se prevea no poder alcanzarlo, deberán establecer las alternativas para conseguir los fines propios de estas reservas. Además, deberán publicar con carácter anual el importe total de los contratos adjudicados que fueron objeto de reserva.

(...)

El anteproyecto introduce, en este artículo, la exigencia de una reserva de participación en la contratación pública (obsérvese la expresión utilizada: “Los poderes adjudicadores deberán reservar...”), a ciertos operadores económicos cuyo objetivo principal es la integración social y profesional de personas desfavorecidas o en situación de exclusión social; una obligación

que embebe, como ya se ha señalado, de la posibilidad que ofrece el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.

Debe tenerse en cuenta que el concepto de “operador económico”, definido, según el artículo 2.1.10 de la Directiva 2014/24/UE, como “*una persona física, o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios*”, se aplica, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, asunto C-283/00, Siepsa, apartados 88 a 96), independientemente de si las mencionadas personas o entidades tienen o no ánimo de lucro.

En principio, por tanto, las entidades sin ánimo de lucro deberían estar igualmente sometidas al conjunto de disposiciones de las Directivas en materia de contratación pública. Sin embargo, la Directiva permite, por razones de política legislativa de índole social, exceptuar este principio general en algunos casos, en concreto cuando la entidad con o sin ánimo de lucro cumple determinados objetivos sociales. Esto lo explica muy bien el considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE:

“El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales, cuyo objeto principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”.

No cabe calificarlo como un supuesto de exclusión de la aplicación de la Directiva, porque las contrataciones públicas excluidas de su ámbito de aplicación son las previstas en el artículo 10 de la Directiva 2014/24 y entre

ellas no se encuentran los contratos reservados. Son, por tanto, algo distinto, aunque no dejan de ser también, una excepción al régimen general de contratación pública. Estas entidades no quedan sometidas, como las demás, al conjunto de las disposiciones de la Directiva en los procedimientos de contratación pública, sino que tienen un régimen especial.

Su regulación muy parca se contiene en el artículo 20 de la Directiva 2014/24UE, según el cual: *“Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30% de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos”*.

Dos son los requisitos indispensables que deben concurrir para la lícita adjudicación directa de contratos públicos a las referidas entidades: por un lado, que el objetivo principal de estas entidades sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas; y, por otro lado, que al menos el 30 por cien de la plantilla de estas entidades esté constituida por personas discapacitadas o desfavorecidas.

El primero de los requisitos exigidos se cumple en el artículo 36 del anteproyecto de Ley Foral, porque el objetivo principal tanto de los Centros Especiales de empleo sin ánimo de lucro (en adelante, CEE), como de los Centros Especiales de empleo de iniciativa social (en adelante, CEEis) y de las Empresas de Inserción, es la integración social y profesional de las personas desfavorecidas. El segundo no aparece, sin embargo, formalmente recogido, aunque cabe considerarlo implícito, si bien no en todos los casos.

Los CEE son empresas cuyo objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de éstos en el mercado ordinario de trabajo. Según lo dispuesto en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se rigen los Centros Especiales de Empleo (en lo que no se oponga a lo

dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013 del texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social), pueden ser de carácter público o privado y tener o no ánimo de lucro. Como mínimo, el 70% de su plantilla debe estar constituida, conforme a la Disposición adicional trigésima novena de la Ley 66/1997, por personas con una discapacidad igual o mayor al 33%. En el caso de los CEE el cumplimiento de los dos requisitos que demanda la Directiva es algo consustancial a la propia configuración de los CEE.

Los CEEIS vienen definidos en el propio anteproyecto foral como *“aquellos participados o promovidos en más de un 90% directamente, por una o varias entidades privadas sin ánimo de lucro, sean asociaciones, fundaciones, u otro tipo de entidades de economía social, y que, en sus estatutos o acuerdos fundacionales se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad”*. Constituye una singularidad que el anteproyecto adopte, en relación con estas entidades, y a diferencia de las otras, una definición propia y distinta de la establecida por la normativa general; parece evidente que no pretende definir en abstracto ni suplantar al legislador estatal sino delimitar el tipo de entidades que se pueden beneficiar del régimen de adjudicación directa de los contratos reservados por motivos sociales; sería, tal vez, conveniente, para no generar conflictos competenciales, que se hiciera saber que se definen a los únicos efectos de delimitar la participación de estas entidades en los procedimientos de adjudicación de contratos. Por lo que respecta a los dos requisitos de la Directiva, las CEEis no presentan, según la noción dada, una especificación en cuanto a su iniciativa, social o empresarial, aunque se puede inferir indirectamente que, al tener la obligación de reinvertir sus beneficios en la creación de oportunidades de empleo para las personas con discapacidad, participan de esa orientación socio-profesional. Más difícil de apreciar resulta, sin embargo, la concurrencia del segundo requisito, porque no se establece porcentaje alguno de puestos de trabajo que han de ocupar las personas con discapacidad, máxime teniendo en cuenta que las personas que desempeñan normalmente en estos centros especiales de empleo de iniciativa social, no todas pertenecen a los colectivos de difícil inserción. En este sentido, se hace preciso aclarar que al menos el 30% de los empleados

de los centros especiales de empleo de iniciativa social han de ser trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

Por su parte, las empresas de inserción se hallan reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, y son aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituidas que, debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia, realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario. De entre los requisitos que, según su normativa específica, deben cumplir estas empresas, cabe destacar las de: a) mantener en cómputo anual, desde su calificación, un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el 30 por ciento durante los primeros tres años de actividad y de al menos el 50 por ciento del total de la plantilla a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquéllos inferior a dos; b) no realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social; c) aplicar, al menos, el 80 por ciento de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y de inserción. Se puede decir que la propia normativa reguladora de las empresas de inserción garantiza también los dos requisitos señalados por la Directiva.

Al margen de lo señalado, cabe apuntar que el anteproyecto no agota toda la potencialidad que ofrece el artículo 22 de la Directiva, pues este artículo no establece condición alguna de que las entidades beneficiarias de los contratos reservados tengan que tener carácter público o privado o ser con o sin ánimo de lucro. Sin embargo, el anteproyecto aboga por limitar la participación en los contratos reservados por motivos sociales primordialmente a los centros de integración social que carecen de ánimo de lucro, considerando posiblemente que el papel social de tales entidades se cumple mejor exigiendo dicha condición y tal vez también por la idea de obtener un ahorro presupuestario al contratar con un operador que no aspira al beneficio.

Ello es muy claro en el caso de los CEE que, si bien, atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, podrán carecer o no de ánimo de lucro, según que aquellos repercutan en su totalidad en la propia institución o se aproveche parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del mismo, en el caso de las que aspiren a participar en los contratos reservados por la Ley Foral tendrán ineludiblemente que carecer de ánimo de lucro. Y lo mismo sucede con los CEEis que pueden, en teoría, estar promovidos y participados en más de un 50%, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro, y, sin embargo, el anteproyecto de Ley Foral restringe la participación en los procedimientos de adjudicación a una o varias entidades privadas sin ánimo de lucro.

Esta regla de la limitación a entidades privadas sin ánimo de lucro no se plasma, sin embargo, en el caso de las empresas de inserción, que deben estar promovidas y participadas por una o varias entidades promotoras, cuya participación sea al menos de un 51 por ciento del capital social para las sociedades mercantiles, por cuanto el anteproyecto, al no hacer indicación alguna respecto de ellas, permite que la regulación contenida en la misma de los contratos reservados se pueda aplicar indistintamente a todas ellas.

En cualquier caso, el artículo 20 de la Directiva es una norma dispositiva en sentido más favorable, por lo que la implantación más radical o restrictiva de esa política de acceso a los contratos reservados por motivos sociales no deviene contraria al enunciado del mismo.

En suma, la regulación del artículo 36 del anteproyecto de Ley Foral se ajusta a las previsiones de la directiva incorporada, siempre que se clarifique que la definición de centros especiales de empleo de iniciativa social es a los efectos únicamente de participación en el procedimiento de adjudicación de los contratos sociales y, se establezca con respecto a estos centros la obligación de ocupar como mínimo el 30 por cien de personas con discapacidad.

Contratos reservados en los ámbitos sanitarios, sociales, culturales y educativos (Artículo 38)

El anteproyecto introduce en la Sección 3ª de contratos sujetos a régimen especial, los contratos reservados en los ámbitos sanitarios, sociales, culturales y educativos, que embebe de la posibilidad que ofrece el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE.

No se trata de una novedad propiamente dicha, porque la Ley Foral 6/2006 lo contempla en la Disposición Adicional Decimosexta, bajo el título “Contratos reservados para entidades sin ánimo de lucro”, si bien con alguna diferencia importante.

Es un régimen excepcional de contratación que la Directiva prevé para garantizar la continuidad de los servicios públicos en determinados servicios, -concretamente en los ámbitos sanitarios, sociales, culturales y educativos y también en los “servicios a hogares particulares” (considerando 118), aunque estos últimos no hayan sido recogidos por el anteproyecto-, facultando a los poderes adjudicadores para reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a entidades sociales que cumplan ciertos requisitos.

En resumidas cuentas, el anteproyecto permite acceder únicamente a las entidades sociales que son propiedad de su personal o en las que participe activamente en la dirección, y cuyos objetivos o fines son la prestación de determinados servicios, y que, además, reinviertan los beneficios en alcanzar el objetivo de la organización, o redistribuyan con base en consideraciones de participación.

Las condiciones a que están sujetas estas entidades en el artículo 77 de la Directiva se ven reflejadas en el artículo 38 del anteproyecto. Así, se ha eliminado del anteproyecto la condición vigente en Ley Foral 6/2006, que limita el acceso al procedimiento exclusivamente a las entidades sin ánimo de lucro, a la vista de que la Directiva no limita la participación solo a las entidades sin ánimo de lucro.

Pero no todas las condiciones han sido traspuestas correctamente, en particular, la que limita el nuevo procedimiento desde el punto de vista de la temporalidad. El apartado 3 del artículo 77 de la Directiva dispone que “*La duración máxima del contrato no excederá de tres años*”. Sin embargo, la

norma interna que incorpora este precepto no lo establece así, sino que lo refiere únicamente a “los contratos de más de 750.000 euros”. No hace extensiva la limitación temporal a todos los contratos reservados.

Otro tanto ocurre con el apartado 2 d) del artículo 77 de la Directiva. Este artículo establece que “Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones siguientes: (...) d) que el poder adjudicador de que se trata no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes”. Sin embargo, el artículo 38 del anteproyecto relaciona este precepto solo con los contratos de más de 750.000 euros. Es decir que la norma de trasposición no impide una nueva adjudicación cuando el contrato adjudicado previamente es inferior a la referida cuantía; la norma no excluye la renovación sin excepción.

Ambas regulaciones contradicen abiertamente la voluntad del legislador de la Unión Europea de limitar el procedimiento desde el punto de vista temporal, pues la Directiva se expresa en términos taxativos sin dejar lugar a posibles modulaciones por los Estados miembros.

Debería, por tanto, corregirse el artículo 38 del anteproyecto haciendo extensivas, como es deseo del legislador comunitario, ambas referencias temporales a todos los contratos.

Objeto del contrato (Artículo 39)

El artículo 39 del anteproyecto, relativo a la división del contrato en lotes, mantiene la estructura y contenido del vigente artículo 22 de la Ley Foral 6/2006, aunque con alguna pequeña modificación. En su nueva versión indica lo siguiente:

- “1. El objeto del contrato celebrado al amparo de esta Ley Foral deberá ser determinado.*
- 2. No podrá fraccionarse el objeto de un contrato para disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o el procedimiento de adjudicación que corresponda.*
- 3. No obstante, cuando una o varias prestaciones relacionadas entre sí sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado, o lo exija*

la naturaleza del objeto, podrá preverse la contratación independiente de cada una de ellas”.

La previsión transcrita está conectada con la finalidad de la Directiva, expresada por el Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE, de “animar a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes (...) haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos”. Se insiste en que el “poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, a menos que “el poder adjudicador considere (que) dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.

El objetivo de la Directiva es, como puede comprobarse tras la lectura del considerando anterior, facilitar la división en lotes, para aumentar la competencia y favorecer el acceso de las PYME a los contratos públicos. En esa misma línea el preámbulo del anteproyecto explica que *“Esta Ley Foral ha establecido una nueva regulación de los lotes, que invierte la regla utilizada en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, y exige al órgano de contratación la división del contrato en lotes salvo que motive su inconveniencia en ese caso concreto”.*

Sin embargo, la versión adaptada del anteproyecto, no se ajusta plenamente a ello, porque, si atendemos a su párrafo segundo, hace, ante todo, hincapié, en lo contrario; esto es, en que no podrá fraccionarse un contrato si la división constituye una manera de soslayar las exigencias de publicidad y concurrencia.

El anteproyecto de Ley Foral no está en total sintonía con el artículo 46 de la Directiva 2014/24 UE, en concreto, con el orden de prioridad que atribuye la Directiva a una cosa y a otra, porque ésta no sitúa en primer lugar la prohibición de división, sino que obliga a los poderes adjudicadores a estudiar la posibilidad de la conveniencia de dividir, “exigiendo incluso a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes”. Por ello, sería conveniente alterar el orden de los apartados segundo y tercero para seguir el orden de prioridad que establece la Directiva en el artículo 46.

Por cierto, esta prohibición de fraccionar no aparece expresamente señalada en el artículo 46 de la Directiva, de la que trae causa el artículo 39 del anteproyecto de Ley Foral relativo al “objeto del contrato”, pero es algo que asimismo se deduce de las previsiones de la propia Directiva. No hay nada que objetar a la incorporación de la prohibición. Es más, como ha subrayado el Consejo de Estado, en su Dictamen número 1116/2015, se debe hacer especial énfasis en ello porque, a la vista de la experiencia en el ámbito de la contratación pública –especialmente en el ámbito municipal donde es más frecuente el uso fraudulento de la división en lotes-, no puede dejarse de poner de manifiesto que la división o el fraccionamiento puede constituir un modo de soslayar las exigencias de publicidad y de competencia.

Contenido mínimo del contrato (Artículo 44)

El precepto impone a los contratos un determinado contenido que el anteproyecto llama “mínimo” y que en realidad son unos requisitos obligatorios que debe contener todo contrato, salvo que ya se encuentren recogidos en los pliegos. El contenido guarda cierta similitud con los requisitos exigidos por el vigente artículo 34 de la Ley Foral 6/2006. Este contenido lo integra una relación de once menciones o documentos.

En la relación de tales requisitos se constata, sin embargo una ausencia llamativa, puesto que no se hace mención alguna a un requisito que se viene considerando necesario para la celebración del contrato en el vigente artículo 34 de la Ley Foral 6/2006, cual es “la existencia de crédito

adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración”.

El silencio parece más bien un lapsus, porque no hay nada que justifique la no inclusión de tal mención, máxime cuando en el artículo 78 del anteproyecto, relativo a los contratos de menor cuantía (de valor inferior a 10.000 euros cuando se trata de servicios o de 40.000 euros cuando se trate de contratos de obras), se exige la previa reserva de crédito para la tramitación de tales contratos. Si ello es exigible en contratos de menor cuantía, en buena lógica no debería exceptuarse de esta regla a los contratos cuyo valor estimado exceda de las cuantías que sirven de referencia para la tramitación de los contratos de menor cuantía.

Se propone, por tanto, incluir entre las menciones obligatorias de los contratos, la correspondiente al necesario crédito presupuestario.

Consultas preliminares del mercado (Artículo 48)

El artículo 48 del anteproyecto regula la facultad, reconocida en el artículo 40 de la Directiva 2014/24/UE, a los poderes adjudicadores, de realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación.

Esta posibilidad viene a dar respuesta, como se explica en la exposición de motivos del anteproyecto de Ley Foral, a la necesidad de los poderes adjudicadores de *“conocer la situación de mercado para poder diseñar el procedimiento de contratación de forma adecuada. Hasta el momento, el hecho de participar de cualquier manera en la preparación del expediente de contratación determinaba para una empresa la imposibilidad de licitar en el mismo. En la nueva regulación existe la posibilidad de participar en la elaboración del expediente y después participar como licitador en el procedimiento siempre que el órgano de contratación tome las medidas necesarias para que no haya trato de favor ni ventaja competitiva”*.

La regulación proyectada se considera adecuada, tanto desde el punto de vista del aseguramiento de la igualdad de trato, como de la protección de

la libre competencia. El apartado 2 del artículo 48 del anteproyecto prevé que *“las consultas preliminares deberán hacerse preferentemente, a través del Portal de Contratación con el objetivo de no falsear la competencia o vulnerar los principios de no discriminación y transparencia”*. Se hace, así patente el principio de no discriminación, pues en la medida en que se articula un mecanismo de información y publicación, a través de Portal de contratación, queda garantizada la participación de cualquier empresa.

Por otra parte, el apartado 3 establece que: *“Cuando concurra a la licitación alguna de las empresas o profesionales previamente consultados deberá informarse de ello a los demás participantes y proporcionarles la misma información y documentación que a aquella”*. Puede verse también aquí reconocido el principio de libre competencia, pues se impone la comunicación a los demás candidaturas y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación de la empresa o profesional en la preparación de la licitación.

De todas formas, y para reforzar aún más las garantías, no estaría de más atender las sugerencias que formula el Consejo de Estado a propósito del Proyecto de Ley estatal de contratos en el sector público, en su Dictamen nº 1116/2015, e incluir en el anteproyecto las previsiones de que:

- “Durante el proceso –y aún después-, la Administración no puede revelar a los participantes en el proceso las soluciones propuestas por los otros intervinientes, de tal suerte que las soluciones aportadas solo serán conocidas íntegramente por aquella quien las ponderará y las incorporará, en su caso, a la hora de definir el objeto del contrato”.

- “Las consultas preliminares no pueden comportar la generación de incentivos o ventajas para las empresas participantes a la hora de adjudicarse los contratos”.

- Del proceso de consultas preliminares no puede resultar “un objeto contractual tan concreto y delimitado que solo se ajuste a las características técnicas de uno de los requeridos, de tal suerte que, de facto, queden excluidos otros eventuales oferentes”.

Prescripciones técnicas (Artículo 58)

Este artículo, heredero del artículo 46 de la Ley Foral 6/2006, regula las especificaciones técnicas necesarias que deben contener los “pliegos reguladores de contratación”, que constituyen, a su vez, un documento único, en el que aparecen, tanto las condiciones particulares de tipo jurídico, administrativo y económico, como las prescripciones técnicas.

En este artículo llama la atención, por una parte, la falta de referencia a dos menciones importantes del artículo 42 de la Directiva 2014/24:

- primera, el párrafo segundo del artículo 42.1 que, si bien admite que las características técnicas pueden referirse a factores que no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, exige, sin embargo, que *“estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de éste”*;

- segunda, el último párrafo del artículo 42.1 de la Directiva, que impone que *“cuando se adopten requisitos imperativos de accesibilidad mediante un acto jurídico de la Unión, las especificaciones técnicas deberán definirse, en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios, por referencia a ellas”*.

Por lo que respecta a la primera mención, su inclusión se revela un elemento clave para la viabilidad de la introducción de los criterios sociales. La extensión del objeto del contrato, aun cuando puede ir más allá de las características del producto, debe quedar de alguna manera acotada por algún criterio objetivo. En este sentido, las referencias al “valor” y a los “objetivos” del contrato proporcionan un criterio necesario para determinar la validez de la exigencia de la característica técnica introducida.

En cuanto a la segunda mención, se considera también que se debe proceder a incorporar dicha disposición, a efectos de garantizar que cuando se exigen especificaciones técnicas de accesibilidad, éstas aparezcan en los pliegos y se garantice un eficaz cumplimiento de tales obligaciones por los operadores económicos en el procedimiento de adjudicación y de ejecución.

En consecuencia, se sugiere la completa trasposición de los dos referidos aspectos del art. 42.1 de la Directiva, mediante su incorporación al artículo 58 del anteproyecto de Ley Foral.

Por otra parte, en el apartado 2 del artículo 58 del anteproyecto se aprecia la necesidad de una más correcta trasposición de las garantías de accesibilidad del artículo 42.1 de la Directiva 2014/24. Se indica en el anteproyecto que. *“Las prescripciones técnicas deberán formularse, sin perjuicio de la aplicación de las normas técnicas nacionales compatibles con el Derecho de la Unión Europea, teniendo en cuenta, en la medida de lo posible, criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad, y de acuerdo con una de estas modalidades: (...)”*.

El texto es copia literal del artículo 46.2 del anteproyecto, pero no incorpora, de manera precisa, el mandato del párrafo 4º del artículo 42.1 de la Directiva, ni la nueva orientación que, en materia de accesibilidad para las personas con discapacidad, acogen la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006), y actualmente el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y concreta.

El mencionado párrafo 4º del artículo 42.1 de la Directiva 2014/24 señala que: *“Para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal del poder adjudicador, las especificaciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios”*.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre obliga también a tener en cuenta los criterios de accesibilidad universal, diseño universal y ajustes razonables que se definen en su artículo 2 de la siguiente manera: a) accesibilidad universal es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles,

utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse; b) diseño universal o diseño para todas las personas es la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado; y c) ajustes razonables son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

La regulación que de todas estas exigencias hace el apartado 2 del artículo 58 del anteproyecto es bastante lábil y dista de ser la adecuada, por cuanto obliga tan solo a formular las especificaciones técnicas *“teniendo en cuenta, en la medida de lo posible, criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad”*. Esto no es suficiente porque la Directiva exige tener en cuenta siempre los criterios de accesibilidad, *“salvo en casos debidamente justificados”*. Y eso mismo se infiere también de los nuevos principios y políticas sobre personas con discapacidad asumidos a nivel internacional, nacional e incluso Foral (en virtud de la Ley Foral 5/2010, 6 de abril, de accesibilidad universal y diseño para todas las personas), que obligan a diseñar y proyectar todo en función de todas las personas, haciendo los ajustes razonables necesarios. Las prescripciones técnicas deben incluir, por tanto, las exigencias de accesibilidad y, en caso contrario, motivarse debidamente.

En este sentido, sería necesario, cuando menos, sustituir, en el apartado 2 del artículo 58 del anteproyecto, la mención *“en la medida de lo posible”*, por otra expresión más adecuada a las previsiones de la Directiva.

Criterios de adjudicación (Artículo 61)

El artículo 61 del anteproyecto regula los criterios de adjudicación a partir de lo dispuesto en el artículo 67 de la Directiva 2014/24 y artículo 41 de la Directiva 2014/23.

En su apartado primero se indica, siguiendo de cerca lo establecido en las Directivas, que: *“Los contratos se adjudicarán a la oferta económicamente más ventajosa”*.

A ello se añade que *“Los criterios que han de servir para su determinación se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos:*

- a) Estarán vinculados al objeto del contrato*
- b) Serán formulados de forma precisa y objetiva*
- c) Garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva”*.

Una primera observación suscita este apartado, pues puede advertirse que no se recoge en él referencia alguna a los principios de transparencia y no discriminación e igualdad de trato, principios fundamentales para garantizar – como indica el considerando 90 de la Directiva 2014/24- *“una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa”*. Los poderes adjudicadores deben procurar la transparencia para permitir a todos los licitadores estar debidamente informados de los criterios y modalidades que se aplicarán en la decisión relativa a la adjudicación del contrato. Ello es una garantía de competencia efectiva que el poder adjudicador debe observar, haciendo las especificaciones necesarias en los pliegos de contratación.

Cabría incluir, por tanto, en el apartado 1 del artículo 61 del anteproyecto una mención a los principios de transparencia y no discriminación e igualdad en el trato entre los licitadores.

Directamente relacionado con ello, cabe notar también que el apartado anterior del anteproyecto no hace referencia a la obligación de consignar en

los pliegos “*la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa*”, que establece el apartado 5 del artículo 67 de la Directiva 2014/24.

Esta mención aparece también como esencial en la Directiva y debería integrarse en el contenido de los pliegos, de manera que, resulta procedente la corrección igualmente del apartado primero del art. 61.1 del anteproyecto, incluyendo tal mención.

En el apartado 2 del artículo 61 del anteproyecto se concreta el requisito de la vinculación al objeto del contrato, indicándose que: “*Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de los aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:*

- a) *En el proceso de específico de su producción, prestación o comercialización*
- b) *En un proceso específico de cualquier otra etapa de su ciclo de vida*”.

La regulación establecida es copia exacta y literal del artículo 67.2 de la Directiva, a falta tan solo de la última frase “*incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material*”, que tiene su importancia, porque viene a delimitar el alcance del requisito de la vinculación al objeto del contrato. La Directiva 2014/24 trasciende el alcance restrictivo del requisito que tenía en la anterior Directiva 2004/18, a cuyo amparo se efectuaba una identificación entre el requisito de la vinculación al objeto y la incorporación a dicho objeto. Ahora, en la línea de lo señalado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012 (asunto C-368/10, “Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos), la Directiva admite que, para cumplir con el requisito de la vinculación con el objeto, no es necesario que los criterios de adjudicación se refieran a una característica intrínseca de un producto, o a un elemento incorporado materialmente a éste. En ese sentido, la mención final recogida en el artículo 67.3 de la Directiva viene a aclarar y reforzar la idea de que caben criterios de adjudicación que van más allá de la interpretación restrictiva. Lo cual tiene

enorme relevancia para la admisión de los criterios de adjudicación social, porque supone que podrán ser aceptados incluso aunque no se identifiquen con las características intrínsecas del objeto del contrato.

De ahí que debe reconsiderarse la posibilidad de introducir al final del párrafo último en el apartado 2 del artículo 61, la determinación que aparece al final del apartado 3 del artículo 67 de la Directiva 2014/24.

Condiciones especiales (Artículo 63.1)

El artículo 63 del anteproyecto regula las condiciones de carácter social, medioambiental y de igualdad de género, así como las advertencias que deben incorporar los pliegos de contratación.

En su apartado 1, el artículo 63 del anteproyecto reza de la siguiente manera:

“Los pliegos incluirán las condiciones especiales relacionadas con la igualdad de género entre mujeres y hombres, la innovación, de carácter social, medioambiental o relativas al empleo sobre el modo de ejecutar el contrato siempre que sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y que sean adecuadas a sus características, tales como la recuperación o reutilización de los envases y embalajes o productos usados; la eficiencia energética de los productos o servicios; el suministro de productos en recipientes reutilizables; la recogida y reciclado de los desechos o de los productos usados a cargo del contratista;

Entre otras consideraciones de tipo social, podrán introducirse las siguientes: la contratación de personas con discapacidad o situación o riesgo de exclusión social; promover la igualdad de mujeres y hombres; favorecer la contratación de mujeres, promover la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; favorecer la integración de inmigrantes, combatir el paro; la subcontratación de Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; favorecer la formación especial para personas jóvenes y desempleadas; garantizar una condiciones laborales dignas; una alimentación saludable; garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la organización del trabajo, incluidas aquellas consideraciones de comercio justo”.

Este apartado primero del artículo 63 del anteproyecto, que guarda similitud con el artículo 49 de la vigente LFCP (en la versión dada por la Ley

Foral 1/2015, de 22 de enero, por la que se modifica la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas), enumera las condiciones especiales que han de cumplir los pliegos. La identificación de tales condiciones se hace sobre la base de lo establecido en las Directivas 2014/24 y 2014/23, que apuestan decididamente por la integración adecuada de los requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública (considerandos 97, 98 y 99 de la Directiva 2014/24 y considerandos 64,65 y 66 de la Directiva 2014/23).

Debe advertirse que hay una clara voluntad de las instituciones europeas de permitir a los Estados la creación de nuevas obligaciones, más allá de la realización del objeto, para auspiciar la utilización de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Y es que, como recoge la exposición de motivos del anteproyecto, *“la utilización de la contratación pública como un instrumento en la política de igualdad de género, social, ambiental o de investigación cobra ahora mayor relevancia puesto que se ha entendido que las mismas tienen relación directa con el interés general y suponen una forma adecuada de utilizar los fondos públicos más allá de la concreta finalidad que pretenda satisfacer cada contrato”*.

La inclusión de estas condiciones especiales, llamadas “cláusulas horizontales”, en los pliegos de contratación pública, como instrumento al servicio de objetivos medioambientales o sociales, está prevista en varios artículos; así, en el artículo 70 de la Directiva 2014/24, según el cual: *“Los poderes públicos podrán establecer las condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones, de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo”*. También la recoge el artículo 18 de la Directiva 2014/24, cuyo segundo apartado dispone que: *“Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia*

medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho Internacional medioambiental, social y laboral". Igualmente la contempla el artículo 56 de la Directiva 2014/24, al facultar a los Estados miembros para, en su caso, denegar la adjudicación si algún licitador no las cumple: *"Los poderes adjudicadores podrán decidir no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2"*.

Las condiciones o cláusulas horizontales admitidas por las Directivas, no aparecen, sin embargo, descritas en la parte dispositiva de las Directivas. Hay que rastrear en sus considerandos, para conocer el contenido posible de las "cláusulas horizontales", en particular en los considerandos 97 a 99 de la Directiva 2014/24, y en los considerandos 64 a 66 de la Directiva 2014/23. Ahí se encuentra una variedad grande de consideraciones medioambientales y sociales que cabe introducir en los procedimientos de contratación. En primer lugar, se alude a criterios y condiciones medioambientales tales como, por ejemplo, la no utilización de productos tóxicos o la utilización de máquinas eficientes desde el punto de vista energético, el comercio justo y la minimización de los residuos (considerando 97). En segundo lugar, se hace referencia a las posibles obligaciones de orden social, incluyendo dentro de las mismas criterios tales como "favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo", "la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar", "respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la organización Internacional del Trabajo (OIT", "contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional" (considerando 98) , "proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción", "favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables", "ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate", "el empleo para los desempleados de larga duración", "la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse" "la accesibilidad para personas con discapacidad" (considerando 99).

Se trata de condiciones de ejecución aplicables a obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato público, y que los poderes adjudicadores están autorizados a adoptar en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de la eliminación del producto, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico de producción.

Todo esto queda bien reflejado en el anteproyecto que contiene una relación pormenorizada, aunque un tanto desordenada y reiterativa, de materias susceptibles de inclusión en los pliegos. En el apartado primero se recoge un listado comparable al de las cláusulas mencionadas en las Directivas. El anteproyecto incorpora a su parte dispositiva la extensión que confieren los considerandos de las Directivas a los términos “requisitos medioambientales, sociales y laborales”, utilizados por las Directivas.

Nada cabe objetar al contenido posible de las condiciones técnicas específicas que se pueden exigir en los pliegos de contratación, pese a la ausencia de identificación de tales condiciones específicas en la parte dispositiva de las Directivas, pues busca, así, elevar el umbral de protección medioambiental y social, siguiendo las propias pautas establecidas por las Directivas.

Ahora bien se trata de un listado sin una estructuración clara y sin un deslinde terminológico. Así, en primer lugar, aparecen citadas, como condiciones especiales, las relacionadas con la igualdad de género entre mujeres y hombres, la innovación, de carácter social, medioambiental o relativas al empleo. A continuación, se realiza una ejemplificación de lo anterior, aludiendo a aspectos como reutilización de envases, eficiencia energética o reciclado de desechos, que, en realidad, constituyen una ejemplificación tan solo de consideraciones de tipo medioambiental. Y por último aparece, en párrafo separado, una extensa relación de condiciones de índole social, cuya reproducción por ociosa se omite, en donde nuevamente no faltan menciones a la igualdad de mujeres y hombres o al empleo.

En aras a la claridad expositiva, y para evitar reiteraciones inútiles, sería deseable, o bien establecer una relación única y completa de las condiciones especiales que aparecen ejemplificadas en las Directivas, o bien

separar las cláusulas medioambientales de las cláusulas sociales, señalando específicamente las que corresponden a cada una de ellas, e incluyendo dentro de las de orden social, todo lo relativo a la igualdad de género, al empleo y a las condiciones de trabajo.

Límites a la fijación de las condiciones sociales en los pliegos de contratación (Artículos 61 y 63)

Se ha de notar que la identificación del contenido posible de las cláusulas sociales se realiza de manera totalmente abierta. Los criterios de adjudicación de orden social que pueden ser incorporados son los indicados, “*u otros de carácter semejante*”, como señala el artículo 61.6 del anteproyecto para acentuar el carácter enunciativo y abierto de la relación. La relación contenida es, por tanto, meramente ejemplificativa y se admite que el órgano de contratación pueda incrementar el listado de criterios de adjudicación a su discreción con nuevos supuestos.

Así, la relación de condiciones, aparte de ser, ya de por sí, más amplia que la prevista en los considerandos de las Directivas, se hace aún más extensa, hasta el punto de convertirse en ilimitadamente abierta, al dejar a merced de los poderes adjudicadores la posibilidad de establecer nuevas exigencias.

Ya se ha señalado que la jurisprudencia europea parte del carácter tasado de las causas de exclusión y, aunque ello no impide a los Estados miembros prever otras medidas de exclusión, no se duda de que la ampliación está reservada al Estado o a la Comunidad Foral en nuestro caso. Por tanto, no cabe introducir ilimitadamente nuevos supuestos dejando al poder adjudicador que al amparo de la cláusula abierta, pueda incorporar mediante un acto singular como es su inserción en el pliego de una licitación, cualquier otra condición no prevista específicamente en el anteproyecto.

De todas formas, los peligros apuntados quedan en parte conjurados porque cualquier obligación impuesta está sujeta a una serie de límites, habida cuenta de que ese umbral superior de protección social marcado por dichas condiciones deberá respetar siempre los límites establecidos.

Esos límites son básicamente dos: el primero sería el respeto a los principios básicos del Derecho de la Unión, en particular la igualdad de trato, y el segundo, la vinculación con el objeto del contrato.

Por lo que hace al primer límite, habría una prohibición de incluir en los pliegos obstáculos a la libre competencia y en general a los principios básicos. Al primero hace referencia el considerando 37 de la Directiva 2014/24, de igual tenor que el considerando 55 de la Directiva 2014/23, que matiza la introducción de las condiciones especiales: *“Las medidas pertinentes se deben aplicar con arreglo a los principios básicos del Derecho de la Unión, en especial para velar por la igualdad de trato. Dichas medidas pertinentes se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros”*. Así es necesario que la medida nacional se aplique de manera no discriminatoria. A este respecto, cabe recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “el principio de igualdad (...) prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado” (véanse las sentencias de 29 de octubre de 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, apartado 9, de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, apartado 8, y de 27 de octubre de 2005, Contse, C-234/03, apartado 36).

El segundo límite vendría dado por la necesidad de establecer siempre una vinculación entre la condición especial y el objeto del contrato. Este límite aparece desbrozado en el artículo 67.2 de la Directiva y a él nos hemos referido a propósito del artículo 61 del anteproyecto que hace una mención específica a dicho límite. La vinculación entre las condiciones impuestas por prescripciones medioambientales y/o sociales y el objeto del contrato se determina en función de su relación con “las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos” (art. 67.3 de la Directiva 2014/24). Ya se ha dicho que esto debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con el requisito de la vinculación con el objeto, no es necesario que los criterios de adjudicación se refieran a una característica intrínseca de

un producto, o a un elemento incorporado materialmente a éste. Pero aún y todo no es claro el significado de la expresión. En línea con lo señalado en la sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005 (apartados 41 y siguientes), cabe interpretar que con ello se quiere expresar un criterio de proporcionalidad entre la finalidad (medioambiental o social) que se busca con dicha característica y la que se quiere satisfacer con el contrato, sin que quepa que la primera perjudique a la segunda. Se trataría, en suma, de una especificación del principio general de que las prescripciones que limitan la concurrencia solo se justifican si son proporcionadas para la consecución del objetivo y no van más allá de él.

Por lo que respecta al artículo 63 del anteproyecto, no aparecen explicitados los dos límites señalados. En el apartado segundo del artículo 63 tan solo se indica que: *“Dichos requerimientos no podrán constituir especificaciones técnicas, criterios de selección o criterios de adjudicación encubiertos ni tener carácter discriminatorio, de tal forma que cualquier persona dotada de solvencia técnica para la ejecución del contrato pueda cumplirlos”*. Este párrafo segundo vendría a tomar en consideración el primer límite o elemento clave para la viabilidad de los criterios ambientales o sociales, cual es el respeto a la igualdad de trato y no discriminación de los operadores económico, de tal modo que excluiría el que puedan introducirse criterios que constituyan un obstáculo injustificado a la libre competencia.

Pero, respecto del segundo límite relativo a la vinculación con el objeto del contrato, nada se refiere. Del mismo modo que en los criterios de adjudicación del artículo 61, se debería hacer referencia al requisito señalado en este otro precepto, al tratar de identificar las condiciones especiales.

El apartado primero del anteproyecto podría complementarse, por tanto, mediante la introducción de una previsión adicional, similar al que se establece en el ámbito de los criterios de adjudicación, en el artículo 61 del anteproyecto, dejando claro que todos los aspectos medioambientales y sociales deberán estar vinculados al objeto del contrato.

La exigencia de cumplimiento de las obligaciones laborales en la contratación pública (Artículo 63.3)

El apartado 3 el artículo 63 del anteproyecto dispone lo siguiente:

“En todo caso, en los pliegos deberán incorporarse las siguientes advertencias:

a) Que el contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia de acoso por razón de sexo o acoso sexual, materia laboral, de Seguridad Social, de seguridad y salud en el trabajo, y, en particular, a las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad a contratar.

b) Que la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación, como mínimo, del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social”.

Este apartado 3 del artículo 63 del anteproyecto prevé la inclusión en los pliegos de obligaciones de cumplimiento de la normativa de igualdad de género entre hombres y mujeres, laboral, social y de seguridad social a los contratistas, y en particular las establecidas en el convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Se entiende, aun cuando no se explicita en el anteproyecto, que la previsión tiene como finalidad garantizar el principio de igualdad de trato y la no discriminación de los operadores económicos y evitar, al mismo tiempo, la aplicación de unas condiciones de trabajo menos favorables a los trabajadores desplazados.

El Consejo comparte los objetivos a los que pretende dar respuesta el precepto; no obstante, considera necesario formular algunas observaciones.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la Directiva 2014/24 matiza la exigencia de cumplimiento de la normativa laboral establecida en los criterios de adjudicación social en la contratación pública, poniéndola en relación con principios y normas del Derecho de la Unión.

En el considerando 98 de la Directiva 2014/24 y considerando 65 de la Directiva 2014/23, se señala que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso *“deberían aplicarse de conformidad con la Directiva*

96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben 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 dicha Directiva”.

Por supuesto, las Directivas admiten la existencia de los criterios sociales o cláusulas que impongan el cumplimiento de las leyes y convenios colectivos, pero vinculan el contenido y alcance posible de los criterios de imposición de las obligaciones laborales y sociales, a lo que determina la Directiva 96/71/CE y, más en concreto, a la interpretación realizada por el TJUE.

Procede, por tanto, hacer a continuación una referencia a ellas.

El propósito de la mencionada 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, es *“establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios”* (considerando 13), salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de su legislación o convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y de empleo más favorables. Pretende, en definitiva, garantizar a los trabajadores desplazados el disfrute de unas condiciones mínimas conforme a los estándares del Estado miembro en el que se efectúa el trabajo, es decir, aquel al que han sido desplazados, y en materias referidas a, por ejemplo, tiempo de trabajo y descanso, período de vacaciones, salario mínimo o salud, seguridad e higiene en el trabajo, entre otras (artículo 3.1).

Esta Directiva 96/71 no ha resultado ser todo lo efectiva que se deseaba debido a la falta de mecanismos para controlar el cumplimiento de la normativa y, por ello, para corregir ese déficit, se ha aprobado la Directiva 2014/67/UE de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71CE, que establece un marco común de disposiciones, medidas y mecanismos de control necesarios para una mejor y más uniforme transposición, aplicación y cumplimiento en la práctica de la Directiva 96/71/CE, que introduce novedades en particular sobre los mecanismos de control para garantizar el cumplimiento de la propia normativa en esta materia.

Con ello se pretende garantizar, de manera más real, el respeto de un nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados para la prestación de servicios transfronteriza, en particular que se cumplan las condiciones de empleo aplicables en el Estado miembro donde se vaya a prestar el servicio, facilitando al mismo tiempo el ejercicio de la libre prestación de servicios a los prestadores y promoviendo un clima de competencia leal dentro de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo.

El núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima de materias (núcleo indisponible) que garantiza la Directiva 96/71, está constituido por las “*disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y/o convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general*” que sean de aplicación en el Estado de acogida (artículo 3.1).

Con relación a los convenios colectivos y laudos, interesa notar que la Directiva se refiere a los convenios colectivos “*declarados de aplicación general*”, lo que significa que los convenios colectivos han de ser aquellos que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos. A falta de un sistema de aplicación general de convenio colectivo, la Directiva permite a los Estados miembros que adopten un sistema que surta efecto general en todas las empresas similares pertenecientes al sector de que se trate o los celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativos a escala nacional y que sean ampliamente

aplicados en el conjunto del territorio nacional, siempre que garanticen igualdad de trato (apartado 8 del artículo 3). De lo expuesto se deduce que quedan fuera los acuerdos o convenios colectivos que se consideran de eficacia limitada o que no cuenten con eficacia personal *erga omnes*, lo que, en contraste con el ordenamiento jurídico español, constituye la regla generalizada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos.

Se ha de notar, por otra parte, que la protección de las condiciones de trabajo y de empleo (el núcleo indisponible) tiene un alcance limitado, pues únicamente se presta respecto de las siguientes materias; a saber: a) los periodos máximos de trabajo así como los periodos mínimos de descanso; b) la duración mínima de vacaciones anuales retribuidas; c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias (excepto los regímenes complementarios de jubilación profesional); d) las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación (artículo 3.1).

Ahora bien, ello no es óbice para ampliar las materias cuyos niveles de protección pueden ser impuestos a las empresas. Está previsto que los Estados miembros puedan imponer condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas anteriormente [apartado 1, párrafo primero, letras a) a g) del artículo 3], de conformidad con las disposiciones del Tratado y en la medida en que se trate de disposiciones de orden público que se apliquen, de igual modo, a las empresas nacionales y a las de otros Estados miembros. Asimismo se contempla que éstos puedan extender la obligatoriedad de las condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos a actividades distintas de las contempladas en el Anexo, imponiendo su respeto a todas las empresas (artículo 10).

A la inversa, se permite a los Estados decidir, previa consulta con los interlocutores sociales, la inaplicación, en concreto del salario mínimo,

cuando se trata de trabajos de escasa importancia o cuando el desplazamiento tiene una duración inferior al mes siempre que su causa sea la realización de una obra o servicio o se haya realizado dentro de la misma empresa o grupo (artículo 3.3). Será el legislador nacional el que establezca las condiciones que deben cumplir los trabajos para ser considerados de “escasa importancia” (artículo 3. 5).

La trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 96/71/CE se ha llevado a cabo mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. A su vez, la incorporación de la Directiva 2014/67/UE se ha realizado recientemente mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se trasponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, con la modificación de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, y del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, respectivamente.

A semejanza de la Directiva 96/71/CE, la Ley 45/1999 precisa, entre otras materias, los supuestos de aplicación, las fuentes de determinación de las condiciones de trabajo e identifica los derechos de los trabajadores desplazados temporalmente a España por empresas no establecidas en nuestro país (el contenido de la protección mínima), pero introduciendo algunas singularidades.

Por lo que respecta a los supuestos de desplazamiento, la normativa recoge los mismos supuestos que los previstos en la Directiva, a saber, cuando el desplazamiento se produce: a) en el marco de un contrato de trabajo celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que esté establecido o que ejerza su actividad en España; b) en un ámbito intraempresarial, cuando el desplazamiento se realice a un centro de trabajo que disponga la propia empresa en el Estado español o a otra empresa del grupo del que forme parte; c) en el marco de un contrato de puesta a disposición entre una ETT y una empresa usuaria que se encuentra instalada o actúe en España. Como novedad incorpora

algunas reglas especiales en lo que hace referencia a la “*Actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal*”, diferenciando claramente dos supuestos: a) cuando se trate de un trabajador desplazado por una ETT para prestar servicios en el marco de un contrato de puesta a disposición a favor de una empresa usuaria establecida o que ejerza su actividad en España; y b) cuando el trabajador contratado por una ETT y puesto a disposición de una empresa usuaria en el extranjero sea desplazado, a su vez, temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional.

En cuanto a las fuentes de determinación de las condiciones aplicables a los trabajadores desplazados, existe una gran coincidencia con las de la Directiva, pero se aprecian también algunas divergencias o matices notables. El artículo 3.4 de la Ley 45/1999 dispone expresamente que “*las condiciones de trabajo previstas en la legislación española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado, en los convenios y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o de rama de la actividad de que se trate*”. El diseño general de fuentes es compartido, pero las referencias a la ley y al convenio colectivo van acompañadas de otras especificidades, que conviene subrayar:

- a) En el caso de la llamada a las disposiciones legales y reglamentarias, se añade la expresión “del Estado”, lo que es coherente con el reparto de competencias entre el Estado y las CC AA en materia laboral. Es preciso recordar, en lo que respecta a la Comunidad Foral de Navarra, que la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, sobre Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (artículo 58. 1. b), norma que junto con la propia Constitución determinan el haz competencial autonómico, en materia de trabajo solo atribuyen a la Comunidad Foral facultades y competencias de carácter ejecutivo y no de legislación laboral, que corresponde al Estado (art. 149.1. 17 CE). Quiere ello decir que la función garantista de la creación normativa corresponde ejercerla únicamente al poder legislativo español y no al Foral.

- b) La referencia a los convenios colectivos o laudos se circunscribe a los aplicables en el lugar y en el sector de la actividad de que se trate. No se incluye –como hace la Directiva- mención a los convenios o laudos “declarados de aplicación general”, aunque en realidad está exigiendo, al igual que aquella, un convenio colectivo de eficacia general, por cuanto éste es el sistema general establecido en el Estado español; lo que implica la exclusión de los convenios colectivos de eficacia limitada como los convenios colectivos extraestatutarios, los convenios o acuerdos de empresa y, por supuesto también, cualquier decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.
- c) Sin embargo, a diferencia de la Directiva, la Ley 45/1999 no relaciona la aplicación del convenio colectivo solo con las actividades del Anexo vinculadas al sector de la construcción. La Ley es mucho más garantista en este aspecto, al extender las condiciones recogidas en el convenio colectivo del sector a todos los desplazamientos con independencia de la actividad productiva en que se enmarquen.

Por lo demás, la Ley 45/1999 asegura a los trabajadores desplazados temporalmente al territorio Español dentro de una prestación de servicios transnacional, un contenido de condiciones laborales (núcleo indisponible) que, aun coincidiendo sustancialmente con el de la Directiva, presenta también algunas diferencias.

Los empresarios que desplacen a España a sus trabajadores están obligados a garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas al: a) “tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38” del ET (jornada, descansos, horas extraordinarias, vacaciones, y además, permisos, trabajo a turno, trabajo nocturno, ritmo de trabajo y fiestas); b) “cuantía del salario, en los términos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley”; c) “igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual,

afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”; d) “trabajo de menores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores”; e) “prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores”; f) “no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial”; g) “respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”; h) “libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión” (artículo 3.1 Ley 45/1999).

Esto significa, como indica el Criterio técnico número 97/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que *“en todas las referidas materias se aplicará la legislación laboral española, sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de otras normas o acuerdos que establezcan condiciones de trabajo más favorables. No se podrá exigir la garantía de condiciones de trabajo equivalentes en materias no incluidas en esta Ley”*.

Asimismo conviene tener presente que las condiciones aplicables a los desplazados serán solo las previstas en el convenio colectivo de sector de eficacia general, lo que puede dar lugar a situaciones de desigualdad, si a los trabajadores nacionales se les aplica un convenio de empresa o acuerdo de empresa y a los trabajadores desplazados el convenio del sector. Tal situación se puede presentar, en concreto, cuando a los trabajadores nacionales se les aplica el acuerdo de empresa con jornada reducida, y a los trabajadores desplazados el convenio del sector con una jornada superior.

En materia de salario, deben tenerse también en cuenta varios aspectos: primero que el salario garantizado como “mínimo” por la legislación interna no es el mínimo interprofesional (SMI fijado anualmente mediante Real Decreto por el Gobierno), sino el salario profesional, el correspondiente al ámbito en que desarrolla su actividad, que será el fijado por el convenio del sector. Lo cual no garantiza que el trabajador perciba el

mismo salario que los trabajadores que llevan a cabo esa prestación en el Estado de acogida, si éstos disponen de su propio convenio de empresa. Nótese que la Directiva lo único que exige es que se garanticen las cuantías del salario mínimo, incluido el incremento de las horas extraordinarias, que rige en el ámbito que desarrolla su actividad, y según la regulación propia de cada Estado, que puede fijarse a nivel del sector de actividad o a nivel nacional.

Segundo, la legislación española es más proteccionista que la Directiva, al excluir del ámbito de aplicación de la cuantía del salario mínimo solo los desplazamientos de muy corta duración, en concreto, los de inferior a ocho días y no los de inferior al mes que permite la Directiva, y al exceptuar, además, los desplazamientos realizados por empresas de trabajo temporal, que deberán garantizar a sus trabajadores las cuantías correspondientes con independencia de su duración.

Tercero, la normativa interna no ha previsto la inaplicación de los derechos salariales en los supuestos de trabajos de escasa importancia, ni en trabajos de montaje inicial o de primera instalación de un bien contemplados en un contrato de suministro de bienes, que permite excluir la Directiva; de manera que el empresario que desplace a trabajadores a territorio nacional deberá garantizarles el salario mínimo fijado en convenio colectivo del sector por muy escasa que sea la importancia del trabajo a realizar.

En suma, la Ley 45/1999 es, en materia de desplazamiento temporal de trabajadores, mucho más garantista que la Directiva, porque amplía el contenido del núcleo indisponible de la Directiva, al incluir, por ejemplo, en “tiempo de trabajo”, otros conceptos como los permisos, trabajo a turno, trabajo nocturno, ritmo de trabajo y fiestas; o dar entrada, en materia salarial, a la aplicabilidad de las reglas sobre cuantía del salario mínimo a los desplazamientos de corta duración inferior al mes, e incluso a los trabajos de escasa importancia.

Ahora bien, la validez y aplicación de las cláusulas sociales depende (recuérdese los considerandos números 37 y 98 de la Directiva 2014/24), no solo de las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71,

sino también de la interpretación que de ésta hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la luz del artículo 56 del TFUE, la libre prestación de servicios. En este sentido cobran especial relieve las resoluciones del TJUE, dictadas a propósito de la inclusión de las garantías laborales en los pliegos, destinadas a los trabajadores de ejecución de los contratos públicos.

Hay que notar que se ha producido una importante evolución interpretativa de la doctrina del TJUE en esta materia. En sus primeros pronunciamientos el Tribunal europeo mantiene una posición restrictiva en relación a la exigencia a los licitadores en los contratos públicos del pago del salario mínimo y de las condiciones establecidas en convenio, si bien, últimamente, ha modulado sus posiciones y se muestra dispuesta a reconocer su validez.

La primera resolución dictada en esta materia es la conocida Sentencia *Rüffert* del TJCE de 3 de abril de 2008, (C-346/06). Se analiza el caso de una empresa subcontratista polaca de una empresa alemana, ganadora de una licitación de obra pública, que abonaba salarios inferiores a los establecidos en el convenio de la construcción. En dicha sentencia se declara contrario a la Directiva 96/71/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de la prestación de servicios, interpretada a la luz del artículo 49 CE, el que una ley, adoptada por una autoridad de un Estado miembro, *“pueda exigir a la entidad licitadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución”*. El Tribunal considera que exigir el respeto de dicho convenio por la empresa licitadora, imponiendo a los prestadores de servicios de otro Estado miembro en el que los salarios mínimos son inferiores, el pago del salario fijado en convenio, era contrario a la libre prestación de servicios, atendiendo muy significativamente a que el convenio impuesto se aplicaba únicamente a los contratos públicos, con exclusión de los contratos privados, y por cuanto, además, dicho convenio colectivo no había sido declarado de aplicación general.

Varios años después el TJUE tiene ocasión de pronunciarse sobre la obligación impuesta por la normativa nacional a los licitadores y a sus subcontratistas de pagar al personal que ejecute las prestaciones objeto del contrato público un salario mínimo. Es en la sentencia del TJUE de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei GMBH y Stadt Dortmund*, asunto C-549/13), donde se estudia el caso de una empresa polaca participante en un contrato público del Ayuntamiento de Dortmund, relativo a la digitalización de documentos, que pide a la Administración se le exima de abonar a sus trabajadores y a los posibles empleados de las subcontratistas, un salario mínimo por hora de 8,62 euros, establecido como condición en los pliegos de licitación, toda vez que todas sus prestaciones se realizarían en Polonia y no sería viable tal condición en dicho país. El TJUE falla a favor de la empresa y declara que en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora, el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa. Considera el TJUE que “la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”.

En fecha más reciente se ha vuelto a plantear la cuestión, y en contraste con los precedentes de los casos anteriores, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha dado un giro inesperado, admitiendo la plena validez de las exigencias laborales de respeto de las condiciones laborales en los pliegos de contratación. Esta reconsideración de la doctrina europea se ha producido en la Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost Gmb & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz* (asunto C-115/14). Se refiere a una empresa que concurre a la adjudicación de un contrato público de servicios postales en el Ayuntamiento de Landau en el Palatinado alemán,

cuya propuesta no es tomada en consideración por el Ayuntamiento por no haber incorporado la cláusula legal que imponía a los licitadores y a sus subcontratistas, pagar un salario mínimo al personal que ejecutase las prestaciones objeto de licitación, al considerarla ilegal. El juicio de validez de la norma se realiza a la luz del artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE antecesora de la Directiva 2014/24/UE. El Tribunal de Justicia parte de que la cláusula descrita constituía una condición especial en relación con la ejecución del contrato referida a consideraciones sociales en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, y considera que no se opone a éste *“una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa”*. Valora decisivamente el que, a diferencia del caso *Rüffert*, la cuantía de salario mínimo impuesta por la norma controvertida en el asunto principal estuviese fijada por una disposición legal que, como norma imperativa de protección mínima, se aplicaba, en principio, de modo general a la adjudicación de todo contrato público en el Land de Renania-Palatinado, con independencia del sector de que se tratase. En cambio, en el asunto que dio origen a la sentencia *Rüffert*, el salario mínimo venía fijado en un convenio colectivo que sólo se aplicaba al sector de la construcción, no cubría los contratos privados y no había sido declarado de aplicación general.

De todo lo anterior, y a los efectos del apartado 3 del artículo 63 del anteproyecto de Ley Foral, cabe extraer como conclusión principal que la incorporación a los pliegos de contratación de condiciones que obligan a licitadores y subcontratistas a respetar las disposiciones laborales establecidas, no ya solo en las leyes y normas reglamentarias, sino en los convenios colectivos, es admisible, siempre que sean compatibles con el derecho de la Unión y en particular con la Directiva 96/71, interpretado conforme a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esto último, entrando en las matizaciones que derivan de la Directiva 96/71 y de la norma de trasposición interna, así como de la jurisprudencia europea, significa que es preciso tener en cuenta lo siguiente:

1) En primer lugar, el convenio colectivo aplicable debe ser el “declarado de aplicación general”, lo que significa que los convenios colectivos han de ser aquellos que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos. El Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado en contra de que se imponga un convenio al que la legislación laboral no le atribuye la condición de vinculante para el conjunto de los operadores económicos o que no surta efecto general en todas las empresas similares pertenecientes al sector de que se trate y, en cambio, se establezca su obligatoriedad por la vía de insertarse como condición de ejecución de la prestación [Sentencia del TJCE de 3 de abril de 2008, *Rüffert* (asunto C-346/06) y Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost Gmb &Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz* (asunto C-115/14)] . No cabe exigir el respeto de condiciones laborales del convenio colectivo, si éste es de eficacia limitada y no general.

2) En segundo lugar, la extensión transnacional de la protección laboral está limitada, tal y como se ha señalado en virtud de la Ley 45/1999, norma de trasposición interna de la Directiva 96/71, a las materias a las que se refiere la Ley 45/1999, sin que pueda exigirse la garantía de condiciones de trabajo equivalentes en materias no incluidas en esta Ley. Esto hace que sea cuestionable la legitimidad de la garantía de imposición de las condiciones de trabajo de la totalidad de un convenio colectivo, sea cual sea el ámbito sectorial del mismo. El derecho a la libertad de establecimiento regulado en la Unión Europea se opone al establecimiento al personal que presta servicios en las actividades objeto de contratación pública de las condiciones de trabajo convencionales que exceden de la relación de materias a las que se refiere la Ley 45/1999.

3) En tercer lugar, tal y como señala el Criterio técnico número 97/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, “la Directiva no pretende garantizar una igualdad de trato absoluta entre los trabajadores, sino una

protección equivalente, aspecto este que interviene en la forma de efectuar el análisis comparativo”. “La comparación deberá efectuarse de forma diferenciada por cada una de las materias, pero valoradas todas las del mismo grupo de forma conjunta, como por ejemplo, las referentes a tiempo de trabajo, de tal manera que puedan compensarse. Este criterio de análisis se corresponde con la jurisprudencia del TJUE”.

4) En cuarto lugar, resulta legítimo el establecimiento, por disposición legal o convencional de carácter general, en los pliegos de contratación pública, de un salario mínimo para los trabajadores desplazados. El derecho a la libertad de establecimiento regulado en la UE no se opone a la fijación de condiciones salariales mínimas, bien que tenga el efecto de constituir una carga económica adicional que puede impedir u obstaculizar la ejecución del contrato a las empresas, pues se entiende que esa restricción está justificada por el objetivo de la protección.

Por lo demás, en cuanto a la exigencia de la norma proyectada [apartado a) del artículo 63.3] de la aplicación de “*las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad a contratar*”, como condición de ejecución, cabe decir que resulta, en principio, válida si es debidamente contextualizada y no entendida contradictoriamente como una derogación de la ley [en concreto, el ET en sus artículos 86.3 (fin de la ultraactividad), 82.3 (inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable) y 84.2 prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en ciertas materias)]. La doctrina emanada del Tribunal Supremo al respecto ha sido entender que “la mención a un concreto convenio (...) se enmarca en el más amplio sometimiento a la legislación laboral vigente, es decir, a las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales en vigor” (Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 2016, número 1301/2016). En definitiva, se acepta siempre que no se entienda como una exclusión de las excepciones previstas en el propio Estatuto.

A la vista de todo lo anterior, consideramos que el apartado a) del artículo 63. 3 del anteproyecto de Ley Foral no se opone a las Directivas que

trata de trasponer si se realiza una adecuada interpretación del mismo en la línea de lo señalado. Con la finalidad de garantizar la eficacia de los principios esenciales de la de Unión Europea y de hacerlos compatibles con un sistema de garantía de los derechos laborales en los contratos públicos, debe entenderse que las determinaciones contenidas al final del apartado b) del número 3 del artículo 163 del anteproyecto han de *“aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*.

No cabe hacer tampoco reparo alguno al apartado b) del artículo 63. 3 del anteproyecto de Ley Foral que establece la obligación de tomar en cuenta en la determinación de la oferta económica un precio/hora de los salarios no inferior al contemplado en el convenio colectivo más los costes de Seguridad Social. Es una medida justificada por el objetivo de protección de los trabajadores, que resulta admisible siempre que el concepto de salario se entienda en el sentido otorgado al efecto por la Jurisprudencia europea. El salario mínimo a garantizar sería el fijado por horas y/o destajo, según el grupo salarial al que se adscriba, de acuerdo con lo previsto en el convenio colectivo del sector aplicable. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia incluye en el concepto de “salario mínimo” a efectos de la aplicación del artículo 3.1 de la Directiva 96/71 la indemnización diaria por desplazamiento en el interior del Estado de acogida, así como el complemento de trayecto de ida y vuelta (si invierte más de una hora) y, por supuesto, el salario correspondiente a las vacaciones; sin embargo no computa como integrantes del salario el pago del alojamiento, ni la entrega de cheques restaurantes (sentencia del TJUE de 12 de febrero de 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry contra Elektrobudowa Spolka Akcyjna* (asunto C-396/13). Las empresas licitadoras estarían obligadas a cumplir con estas exigencias.

La subrogación de los trabajadores que venían ejecutando la prestación (Artículo 63.3. c)

El apartado c) del artículo 63.3 del anteproyecto establece que en los pliegos deberá incorporarse la siguiente advertencia:

“En el caso de la concesión de servicios, que la contratación se encuentra sometida, en su caso, a la subrogación de todos los

trabajadores con una antigüedad mínima de 3 meses que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengán realizando la actividad objeto del contrato, quedando la nueva empresa subrogada en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido. Cuando se prevea la posibilidad de que la empresa adjudicataria contrate con terceros la realización parcial del contrato, se contemplará la obligación de esa segunda empresa de subrogar a todos los trabajadores y trabajadoras que con anterioridad venían desarrollando esa actividad, quedando la nueva empresa subrogada en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido”.

La norma viene a solventar los problemas de legalidad que se producen actualmente cuando la obligación de subrogación establecida en los pliegos carece de cobertura legal, toda vez que la doctrina de los tribunales solo admite la obligación de subrogación en los tipos de subrogación *ex convenio colectivo* y *ex artículo 44 del ET*, pero no cuando deriva del contrato público sin norma que la ampare (STS de 8 de junio de 2016, número 1350/2016). Este apartado del anteproyecto viene a proporcionar, así, a las entidades públicas la referida cobertura legal para la inclusión de cláusulas de subrogación en los pliegos de contratación.

El apartado prevé, además, los efectos derivados de la subrogación establecida por parte de los órganos de contratación en los pliegos, indicándose que quedará la nueva empresa subrogada en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, etcétera. Esta referencia resulta superflua, en tanto que, una vez decidido introducir el mecanismo de la subrogación, resultan directamente aplicables las normas legales (Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de la Seguridad Social) sobre transmisión de empresa, sin que nada se pueda adicionar ni modificar desde esta instancia legislativa, por ser materia laboral.

La regulación de la cláusula subrogatoria, en su primer párrafo, no resulta objetable, aunque no debe perderse de vista que el establecimiento

de la subrogación en la contratación podría resultar excesivamente gravoso para las empresas adjudicatarias, desincentivando la entrada de competidores en la realización de la obra o la prestación de servicios y restringiendo la competencia. Se trata, en todo caso, de una condición especial de carácter social, que comparte objetivo con la Directiva 2014/24 en materia de integración de las consideraciones sociales en los procedimientos de contratación pública y que cuenta con el aval de la jurisprudencia.

Ahora bien, el segundo párrafo suscita serias dudas de adecuación a la Directiva, al ET y al reparto competencial de materias entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra. Tratándose, como parece, de un supuesto de subcontrata (el anteproyecto habla de que “*la empresa adjudicataria contrate con terceros la realización parcial del contrato*”) y no de un supuesto de sucesión de empresa, la subrogación obligatoria que establece la norma bien pudiera tener encaje en el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24, pues cabría considerarla como una condición especial de carácter social. Pero ocurre que el artículo 71 de la Directiva, relativa a la “Subcontratación”, al precisar las responsabilidades que asume el contratista principal en orden al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el artículo 18.2 de la Directiva, no menciona para nada el establecimiento de un sistema de subrogación, y remite al mecanismo de responsabilidad conjunta entre los subcontratistas y el contratista principal que exista en el Derecho nacional de un Estado miembro. No obstante, podría encajar en la posibilidad que prevé la Directiva de que los Estados opten por establecer normas de responsabilidad más estrictas, pero ello tampoco es posible porque el establecimiento de un mecanismo subrogatorio constituye una medida laboral no prevista en la legislación estatal para los supuestos de descentralización productiva, materia sobre la que, además, la Comunidad Foral carece de competencias de regulación. En efecto, entre las responsabilidades derivadas del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (subcontratación) no está la subrogación. Este mecanismo tiene precisa virtualidad en los casos en que existe continuidad en el desarrollo de la misma actividad por dos empresas diferentes, esto es, en los supuestos de transmisión o sucesión de empresa (art. 44 ET); pero en los supuestos de descentralización productiva, la lícita realización de una subcontratación

empresarial desencadena únicamente responsabilidades solidarias y subsidiarias en materia salarial, de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales, no da lugar a la subrogación. De manera que, la subrogación obligatoria contemplada en el párrafo segundo no concuerda con las garantías previstas en el Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de subcontratación. Se sugiere, por tanto, una reconsideración del párrafo segundo del apartado c) del artículo 63.3 ET, salvo que se trate de una empresa principal adjudicataria que ejecuta parte del contrato y lo traspasa después a una segunda empresa que continúa con esa parte de la actividad, haciéndose cargo de una parte esencial del personal de su antecesor, lo que implicaría la existencia de transmisión, según jurisprudencia europea [Sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 1998, (asunto C-127/96 y otros)], pero en tal hipótesis habría que dejar muy claro que se trata de un supuesto de transmisión y no hablar de “contratar con terceros la realización parcial del contrato”, porque eso supone un fenómeno de subcontratación y no de transmisión de empresa.

Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo (Artículo 64)

El artículo 64 del anteproyecto se refiere también a la subrogación en contratos de trabajo y establece la obligación por parte de la empresa saliente de informar al órgano de contratación sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados, para que éste, a su vez, facilite a las empresas interesadas dicha información con el objeto de permitirles hacer una exacta evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación. El artículo prevé la adopción de sanciones por parte del órgano de contratación para asegurar la efectividad de la medida. En concreto, establece la imposición de una penalidad equivalente al 0,1% del precio de adjudicación por cada día de retraso en la aportación de la información, a partir del décimo día del requerimiento, hasta el total cumplimiento.

No hay ninguna precisión que realizar salvo apuntar que hubiera sido interesante, en la línea de adopción de medidas por parte de los órganos de contratación en los pliegos para garantizar los derechos de los trabajadores en los casos de sucesión de plantilla, que se contemplara para el supuesto

de impago de los salarios a los trabajadores por la empresa saliente, la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios y la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 44 del ET.

Procedimientos de adjudicación (Artículos 68 a 78)

La Sección 3ª regula los procedimientos de adjudicación con importantes novedades respecto de la regulación vigente, procedentes de la Directiva 2014/24.

Se mantienen los procedimientos abierto, restringido, negociado, negociado sin convocatoria de licitación y el diálogo competitivo. Se han creado nuevos procedimientos, como el llamado “Asociación para la innovación” y el denominado “simplificado”. Y se ha dado una nueva regulación a las contrataciones de menor cuantía.

Los ya existentes procedimientos abierto, restringido, negociado, negociado sin convocatoria de licitación y el diálogo competitivo, se regulan en los artículos 69 a 73 del anteproyecto. Todos ellos resultan congruentes con los artículos 27 a 30 de la Directiva 2014/24.

Ahora bien, en varios procedimientos se advierte una trasposición incompleta de los artículos de la Directiva, lo que afecta, en concreto, al abierto, al restringido, y al procedimiento negociado, sin perjuicio de que les resulten de aplicación las normas generales relativas al procedimiento, razón por la cual, tal vez, se hayan omitido determinadas referencias de la Directiva.

El procedimiento abierto se regula de manera lacónica en el artículo 69 del anteproyecto, que se limita a señalar únicamente que *“es aquel en el que cualquier empresa o profesional interesado pueda presentar su oferta”*. El precepto no distingue, como hace la vigente Ley Foral 6/2006, dos procedimientos, según sean superior o inferior al umbral comunitario. Los aspectos del procedimiento abierto relativos al plazo mínimo para la recepción de las ofertas, recogidos en el artículo 27 de la Directiva, han sido

recogidos parcialmente en el artículo 88 del anteproyecto. Se entiende, aunque nada se refiere en el artículo proyectado, que las empresas presentan su oferta “*en respuesta a una convocatoria de licitación*”, como exige la Directiva, y no *motu proprio*, y que el contrato seguirá adjudicándose conforme al criterio del precio ofertado o el de la oferta más ventajosa sin que quepa negociación alguna.

El artículo 70 se refiere al procedimiento restringido, que es aquél en el que cualquier empresa o profesional solicita su participación y en el que únicamente las empresas o profesionales seleccionados por la Administración son invitados a presentar una oferta. Ya no se establece tampoco la distinción de procedimientos en función del superior o inferior umbral europeo. Y tampoco se recoge la obligación de motivar la selección de las empresas invitadas y de garantizar una competencia suficiente, lo que no viene exigido ahora por la Directiva en el artículo 28.

El procedimiento negociado (artículo 71) es un procedimiento en el que el órgano de contratación consulta y negocia las condiciones del contrato con una o varias empresas o profesionales y selecciona la oferta justificadamente. El anteproyecto le otorga un carácter aun más restrictivo que el de la Directiva, al limitar su uso a “*los casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado*”. Es adecuada su trasposición; no obstante, el procedimiento está rodeado en la Directiva de algunas garantías que no aparecen recogidas en la norma proyectada.

Respecto del procedimiento restringido y del negociado, cabe hacer las mismas observaciones que en el procedimiento abierto, porque haciendo una lectura comparativa de los preceptos referidos a cada uno de dichos procedimientos en el anteproyecto (artículos 70 y 71) y los correspondientes artículos de la Directiva 2014/24 (artículos 28 y 29) se advierten parecidas circunstancias. En ambos se omite la referencia a que las empresas presentan su oferta “*en respuesta a una convocatoria de licitación*”, y, por otra parte, las indicaciones relativas a los plazos se recogen en el artículo 88 de manera muy escueta.

En cuanto a nuevos procedimientos, el primero que aparece es el denominado de “Asociación para la innovación”, regulado en el artículo 74 del anteproyecto. Consiste en un acuerdo de colaboración entre el órgano de contratación y una o varias empresas o profesionales cuya finalidad es la realización de actividades y productos innovadores y su ulterior adquisición, cuando las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación. La regulación resulta congruente con las exigencias de la Directiva, aunque no se trata de una reproducción literal de la normativa europea.

Un segundo procedimiento novedoso se contiene en el artículo 77 del anteproyecto, que contempla el denominado procedimiento “simplificado”, no previsto específicamente en la Directiva 2014/24, en el que el órgano de contratación invita a las empresas o profesionales que considere adecuados para la ejecución del contrato y adjudica el contrato motivadamente. El procedimiento solo puede ser utilizado en los contratos de poco importe, en concreto, contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 60.000 euros y en los contratos de obras de valor estimado inferior a 200.000 euros. Las personas licitadoras no tienen necesidad de acreditar la solvencia, salvo que en los pliegos se establezca de modo expreso su exigencia, y para dar posibilidad de participación a más empresas, se establece la obligación de invitar al menos a 5 de ellas. Como medida disuasoria de utilización fraudulenta se establece la necesidad de contar con al menos dos ofertas, salvo justificación, cuando no haya resultado posible obtener más que una.

En principio, nada cabe objetar a la regulación de esta novedosa figura en el anteproyecto.

De todas formas, no puede dejarse de señalar que, en la medida en que permite solventar de forma rápida y sin mucha dificultad las necesidades de contratación de la Administración, este procedimiento puede convertirse en la práctica en un cómodo expediente que permita soslayar las exigencias de concurrencia que impone la Directiva sobre contratación pública, a base de fragmentar el objeto del contrato.

En este sentido, cabe recordar que, si bien el artículo 41 del proyectado artículo establece la posible división en lotes, de acuerdo con el nuevo giro adoptado por las Directivas en esta materia, el artículo 39.2 del anteproyecto, establece como norma general la prohibición de fraccionar el objeto del contrato para disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad y procedimiento de adjudicación que corresponda.

Por tanto y sin desconocer la nueva normativa europea y la interna que imponen la división en lotes, se deben adoptar las necesarias cautelas para evitar que se cometan fraudes en la posibilidad de fragmentar el objeto del contrato.

En la línea de instrumentar procedimientos rápidos y ágiles para adjudicar contratos, el artículo 78 del anteproyecto mantiene la posibilidad de llevar a cabo contrataciones sin un procedimiento reglado para importes por debajo de 10.000 euros cuando se trate de suministros o servicios y de 40.000 euros cuando se trata de contratos de obras, para los que el anteproyecto contempla un régimen especial en atención a la menor cuantía de los negocios celebrados. El elemento determinante y único de este procedimiento es la previa reserva de crédito y si fuese necesario conforme a la normativa presupuestaria y contable aplicable al poder adjudicador del que forma parte el órgano de contratación y, la presentación de la correspondiente factura.

Acuerdos Marco (Artículo 79)

El “Acuerdo Marco” es, según entiende el artículo 79 del anteproyecto, un negocio jurídico entre uno o varios poderes adjudicadores y una o varias empresas o profesionales, cuyo objeto consiste en determinar las condiciones por las que se han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un periodo de tiempo, en particular, lo relativo a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.

Las particularidades más importantes que introduce el artículo respecto de la vigente regulación, se refieren, por un lado, a que las partes del acuerdo marco no pueden sufrir modificación durante su vigencia, debiendo quedar claramente identificadas desde el comienzo del procedimiento, y, por

otro, a la posible utilización de cualquiera de los procedimientos de adjudicación contemplados en la propia Ley Foral para la selección de empresas en el Acuerdo.

El Consejo de Estado considera adecuada la regulación proyectada.

No obstante, hay un dato que se ha omitido en el anteproyecto. Es la previsión relativa a la duración máxima del acuerdo marco. El apartado 1 del artículo 33 de la Directiva establece que *“La duración de un acuerdo marco no superará los cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco”*. Dicho límite temporal debería incluirse en el anteproyecto.

Por otra parte, resulta oportuno traer a colación los muy interesantes problemas hermenéuticos planteados por el Consejo de Estado en su Dictamen número 1.116/2015, de 10 de marzo, en relación con los acuerdos marco, a fin de que sean analizados y, en su caso, se adopten pautas adecuadas, incorporándolas al articulado de la Ley Foral junto con las novedades de la Directiva.

El Consejo advierte dificultades para esclarecer si el incumplimiento culpable de un contrato derivado determina únicamente la resolución de este o también la del acuerdo marco de cobertura. Cuestiona también si debe haber un límite a la superación del umbral máximo por parte del conjunto de los contratos derivados de los acuerdos marco. Llama la atención sobre la cuestión de la obsolescencia de las condiciones y características técnicas señaladas en un acuerdo marco para determinados productos, que a consecuencia de la evolución, devienen anticuados u obsoletos antes de que termine el plazo de vigencia del acuerdo. Finalmente, a falta de precisa regulación aplicable a los contratos derivados en los pliegos del acuerdo marco, plantea colmarla mediante la aplicación de las normas generales de la ley.

Plataforma de licitación electrónica de Navarra (Artículo 92)

El artículo 92 del anteproyecto regula la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra, apostando decididamente en favor de su utilización

obligatoria por todas las entidades sometidas a la Ley Foral, conforme a lo establecido en la normativa europea. Se ha de señalar que una de las grandes novedades de la Directiva 24/2014 es el establecimiento con carácter general de la licitación electrónica obligatoria en los plazos establecidos por la misma. Dispone el artículo 22 de la Directiva que: *“Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo. Las herramientas y dispositivos que deben utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación”*. Y el artículo 90 de la Directiva establece el plazo de transposición y disposiciones transitorias, permitiendo el aplazamiento de la aplicación de este artículo 22.1 hasta el 18 de octubre de 2018.

La Plataforma de licitación electrónica de Navarra, creada para dar cumplimiento a dicho mandato, constituye un punto de acceso único para todas las entidades sometidas a la Ley Foral. Los contratos públicos, salvo los de menor cuantía, se difundirán y gestionarán exclusivamente a través de dicha plataforma. En ella se podrá presentar toda la documentación correspondiente al órgano de las licitaciones en curso, establecer contacto con el órgano de contratación y llevar a cabo la apertura de las ofertas cuando el procedimiento lo requiera.

En principio, el diseño legal no suscita objeción alguna, pero ha de llamarse la atención sobre la necesidad de una mayor concreción e incorporación del contenido del artículo 22 de la Directiva 2014/24 al artículo proyectado, sin perjuicio de las normas de desarrollo que puedan ser necesarias para hacer plenamente operativa la plataforma electrónica creada en relación con cada uno de los procedimientos previstos en la Ley Foral, y que puedan quedar pospuestas para un ulterior momento.

La regulación proyectada es insuficiente si se compara con el contenido prolijo de la Directiva, en particular en lo que respecta a las cualidades de la herramienta, señaladamente el carácter no discriminatorio de sus características técnicas, las excepciones a la obligación de empleo del medio electrónico, la garantía de integridad de los datos, y los medios de acceso alternativos hasta tanto dicha herramienta esté plenamente conformada y disponible.

Resulta, en consecuencia, necesario completar la regulación atinente a la misma, estableciendo de “qué forma sus instrumentos y dispositivos, procedimientos, mecánica de actuación y garantías, viene a cumplir las obligaciones impuestas por las Directivas”, conforme a las sugerencias de modificación planteadas por el Secretariado del Gobierno y Acción Normativa en su Informe de 3 de abril de 2017.

Ofertas anormalmente bajas (Artículo 95)

Dentro de la Sección 7ª titulada “*De la Adjudicación*”, el artículo 95 del anteproyecto trata la cuestión relativa a las “*Ofertas anormalmente bajas*”, a modo y semejanza del artículo 69 de la Directiva 2014/24.

Dos son los aspectos novedosos que introduce el artículo 95 respecto de la regulación vigente:

Por una parte, la necesidad, no prevista en la Directiva, de establecer en los pliegos las circunstancias concretas que hacen que las ofertas serán consideradas anormalmente bajas, lo que se determinará “*atendiendo al objeto de la prestación y a las condiciones del mercado*”. Esta exigencia se considera muy conveniente en orden a garantizar la eficacia de los principios de contratación pública y evitar una aplicación indiscriminada de los “umbrales de arbitrariedad”.

Por otra parte, se establece la obligación, prevista en el art. 69.3 de la Directiva, de rechazar cualquier oferta cuyo precio, en aplicación de lo establecido en el pliego, resulte anormalmente bajo como consecuencia de una vulneración del derecho social, laboral o medioambiental. Esta obligación debe entenderse como una manifestación más de la “cláusula

horizontal” en materia social, medioambiental y laboral, por cuya inclusión abogan las dos Directivas 2014/24 y 2014/23.

En líneas generales, el contenido entero del artículo proyectado se ajusta a la normativa comunitaria, pues reproduce en su mayor parte con gran fidelidad la norma europea.

Tan solo cabe hacer una mínima objeción de carácter meramente terminológico. En el apartado primero se hace referencia a que *“Cuando se presente una oferta anormalmente baja que haga presumir al órgano de contratación que no va a ser cumplida regularmente, antes de rechazar la oferta se comunicará dicha circunstancia a la persona afectada para que en el plazo de 5 días presente la justificación que considere oportuna”*. Sería conveniente huir del juego de las presunciones que se presta a cierta interpretación subjetiva de los hechos y recoger con más objetividad el supuesto de hecho, de forma que no dé pie a aplicaciones arbitrarias. En ese sentido, no parece necesario recurrir a la presunción.

Criterios de resolución de empates en la valoración de las ofertas (Artículo 96)

El artículo 96 del anteproyecto establece una pluralidad de criterios de resolución de empates, que, en la medida en que atribuyen preferencia para la adjudicación, pueden considerarse, asimismo, criterios de adjudicación.

Los criterios de desempate recogidos están relacionados con los aspectos laborales, sociales o medioambientales. Hacen referencia, en concreto, a las buenas prácticas en materia de igualdad de género, al porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad contratados, a la consideración de empresa inserción social, al menor porcentaje de trabajadores eventuales, y al carácter de la entidad como organización sin ánimo de lucro o de comercio justo.

Los criterios deben figurar en los pliegos de condiciones, tal y como exige su párrafo primero, estableciéndose un orden de prioridad entre ellos. A falta de previsión alguna en el pliego, se aplicarán los criterios en el orden señalado en el propio precepto. La previsión va dirigida, con loable intención,

a garantizar la igualdad de los licitadores y a evitar posibles aplicaciones arbitrarias.

La regulación de la materia es coherente con la intención de las Directivas 2014/24 y 2014/23 de integración de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública.

No obstante, en relación con esta previsión, han de hacerse dos observaciones.

De una parte, debe notarse que el texto no exige, a diferencia del artículo 61 del anteproyecto, relativo a los “*Criterios de adjudicación*”, que los criterios de desempate estén vinculados al objeto del contrato. Debería recogerse tal mención, porque el desempate no puede obedecer a criterios distintos de los que han de regir la adjudicación pues, como se ha dicho antes, en la medida en que atribuyen preferencia para la adjudicación, pueden considerarse, asimismo, criterios de adjudicación, y porque, de otro modo, puede darse el efecto paradójico de determinar la fase inicial de adjudicación con arreglo a unos criterios y la de desempate con otros distintos, lo que no parece de recibo. En suma, se trata de coordinar los artículos 61 y 96 del anteproyecto estableciendo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 de la Directiva 2014/24, una misma cosa, respecto de la vinculación de los criterios al objeto del contrato.

Por otra parte, y en cuanto al criterio del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33 por ciento que puede tomarse en consideración para deshacer el empate, es preciso llamar la atención sobre el alcance limitado que se acoge en el mismo, en comparación con el concepto legal de persona con discapacidad que incorpora el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas discapacitadas y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Con arreglo al artículo 4 del mismo, se consideran “*personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”. Esta definición general se completa luego en el párrafo siguiente

con un reconocimiento automático de la condición de discapacitado a las personas que tengan reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento y a los trabajadores que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total o de grado superior. La definición genérica de discapacidad no exige, por tanto, la concreción de ningún grado de minusvalía. De hecho se están produciendo en los tribunales resoluciones que identifican situaciones de discapacidad genérica al margen del procedimiento de declaración administrativa de discapacidad. Y todas las personas que encajan en la definición genérica tienen derecho a la protección antidiscriminatoria y a la serie de prestaciones y servicios recogidos en el RD Legislativo 1/2013, aunque algunas normas reglamentarias, aún no actualizadas, sigan limitando el acceso a las prestaciones únicamente a los que tienen reconocido administrativamente el 33 por ciento de minusvalía como mínimo. Así las cosas, se considera conveniente utilizar en el artículo 96.1,b) un concepto de persona con discapacidad más ajustado al nuevo concepto legal.

Renuncia a la adjudicación del contrato y desistimiento de procedimiento de adjudicación por el ente contratante (Artículo 100)

El artículo 100 del anteproyecto contempla la posibilidad de que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o la posibilidad del desistimiento del procedimiento, bien por razones de interés público o por estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse la concurrencia de la causa.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que ninguna previsión se haya hecho respecto de las repercusiones de la renuncia o desistimiento en los licitadores, generando la duda del tratamiento que ha de recibir el desistimiento del anuncio.

Debería evaluarse la conveniencia de reconocer al licitador que ha participado en un procedimiento y ve frustradas sus expectativas, una compensación por los gastos generados por su participación.

Obligaciones relativas a las disposiciones en materia fiscal, de protección del medio ambiente, del empleo y de condiciones de trabajo (Artículo 102)

El Capítulo VI relativo a la “Ejecución de los contratos” (artículos 101 a 106) consta de dos Secciones: la 1ª se refiere a los “Principios de ejecución” y la 2ª trata “De las modificaciones contractuales”. Dentro de la Sección 1ª se halla el artículo 102 del anteproyecto, con el título arriba indicado, que dispone lo siguiente:

“1. El órgano de contratación podrá señalar en el pliego, el organismo u organismos de los que quien vaya a licitar puede obtener la información pertinente sobre obligaciones fiscales, de protección del medio ambiente, de igualdad de género entre mujeres y hombres, de protección de empleo y de condiciones de trabajo que estén vigentes en el ámbito territorial en que vayan a realizarse las prestaciones y que serán aplicables a las obras realizadas o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

2. El órgano de contratación que facilite la información a que se refiere el apartado 1 solicitará a quienes vayan a licitar que indiquen que en la elaboración de su oferta han tenido en cuenta las obligaciones relativas a las disposiciones en materia de protección del empleo y de protección del medio ambiente y a las condiciones de trabajo vigentes en el lugar donde se vaya a realizar la prestación.”

Esta previsión está relacionada con el artículo 18.2 y el artículo 70 de la Directiva 2014/24 que, bajo el título “Condiciones de ejecución del contrato”, prevé que “Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo”.

La comparación entre el artículo 102 del anteproyecto y el artículo 70 de la Directiva 2014/24 pone en evidencia que mientras el este último atribuye al órgano de contratación la posibilidad de exigir condiciones especiales de ejecución de los contratos como estipulaciones del contrato perfeccionado, el texto del anteproyecto no hace referencia a tal posibilidad y

se limita a asegurar mediante obligaciones instrumentales su cumplimiento por los contratistas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 70 de la Directiva, lo más adecuado sería recoger igualmente en fase de ejecución la posibilidad de establecer las “cláusulas sociales”. Y ello porque las cláusulas sociales cumplen en cada fase una función distinta: en la fase de admisión, las cláusulas sociales operan como barreras de admisión; en la de adjudicación se utilizan para la comparación de ofertas; y en la de ejecución rigen la ejecución y pueden justificar la resolución de un contrato ya adjudicado.

Ahora bien, esta falta de plasmación no resulta objetable en términos jurídicos, por cuanto, al establecer que el órgano de contratación debe señalar en el pliego el organismo al cual debe dirigirse para obtener información sobre la aplicación de las cláusulas sociales, está dando por hecho su posible exigencia.

Con todo, cabría considerar su inclusión expresa para dejarlo más claro, y, sobre todo, para delimitar el alcance y límites de las cláusulas sociales. Obsérvese que en el anteproyecto no se hace referencia a límite alguno, y en cambio en el artículo 70 de la Directiva se pone como límite el relativo a la vinculación al objeto del contrato. Ya se sabe que es un límite general y similar al que se ha expuesto para los criterios de adjudicación, pero debería aparecer también en esta fase de ejecución. Y ello para tener presente que la información que puede requerir un órgano de contratación sobre el cumplimiento de las obligaciones “*en materia de protección del empleo y de protección de medio ambiente y a las circunstancias de trabajo vigente en el lugar donde se vaya a realizar la prestación*”, según lo dispuesto por el artículo referido del anteproyecto, no debe extenderse más allá de su vinculación al objeto del contrato.

Subcontratación (Artículo 103)

El artículo 103 recoge la redacción del vigente artículo 110 de Ley Foral 6/2006 con algunas modificaciones introducidas para trasponer lo previsto en el artículo 71 de la Directiva 2014/24.

Una de las novedades se contiene en el apartado 1, que reza del siguiente modo: *“Los subcontratistas deberán cumplir las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X de la Directiva 24/2014 de contratos Públicos”*.

Este precepto está directamente conectado con el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24, que al enunciar los principios de contratación impone a los Estados miembros la adopción de *“las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social, o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”*.

Ninguna objeción cabe hacer al mismo, al contrario, merece una valoración positiva el que se hayan hecho extensivas también a los subcontratistas las garantías de cumplimiento de las cláusulas sociales en la ejecución del contrato.

Modificación de los contratos (Artículo 105)

La regulación de la modificación de los contratos en el artículo 105 del anteproyecto no difiere mucho del régimen vigente. No obstante, introduce algunas novedades que avanzan en la línea de lo establecido por el artículo 72 de la Directiva 2014/24, aunque sin llegar a incorporar plenamente el abanico de opciones que la norma europea ofrece para la modificación de los contratos.

Por una parte, la norma proyectada incrementa el porcentaje máximo de modificación de los contratos hasta el 50 % del precio de adjudicación del contrato, (en el régimen vigente no puede exceder del 20%) y, por otra parte, acota el ámbito de afectación del contenido sustancial del contrato (actualmente nada se prevé al respecto), indicando que ello se producirá cuando se cumpla alguna de las circunstancias siguientes:

- a) *“Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, hubieran permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o hubieran atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.*
- b) *Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista.*
- c) *Que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de aplicación del contrato o del acuerdo marco.*
- d) *Que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el órgano de contratación sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en esta Ley Foral”.*

Se considera positiva la incorporación de estos dos aspectos de la normativa europea que avanzan hacia un mayor control de los supuestos de modificación contractual, y nada cabe objetar.

Con todo, la Directiva introduce en su artículo 72 más variaciones en la regulación de las modificaciones de contratos que no han sido recogidas en la regulación contenida en la norma proyectada.

Así, en primer lugar, respecto de los contratos susceptibles de ser modificados sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación, la Directiva prevé supuestos de modificación distintos a los recogidos en el apartado 3 del artículo 105, tales como:

a) Obras, servicios o suministros adicionales cuando resulten necesarias y no estuviesen previstas en los pliegos iniciales, siempre que el cambio de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas y siempre que igualmente no genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador, y el incremento del precio no supere el 50% del valor del contrato inicial [artículo 72. 1 b) de la Directiva].

b) Sustitución del adjudicatario por sucesión del contratista prevista en los pliegos, o por sucesión total o parcial a raíz de una reestructuración

empresarial, en particular, por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por fin eludir la aplicación de la Directiva, o por asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional [artículo 72. 1 d) de la Directiva].

Con la norma en tramitación, estos supuestos no serían admisibles en nuestro ordenamiento.

En segundo lugar, la Directiva regula de diversa manera los porcentajes del valor inicial del contrato a efectos de determinar las posibilidades de modificación. Por una parte, y en relación con el valor límite del 50% del valor del contrato, el artículo 72.1. b) y c) de la Directiva 2014/24 fija ese valor, en caso de tratarse de modificaciones sucesivas, para cada una de las modificaciones sucesivas, siempre que con ello no se pretenda eludir las disposiciones europeas. En cambio, la norma proyectada lo aplica a la totalidad de las modificaciones, al establecer que *“El importe acumulado de todas las modificaciones no podrá exceder en ningún caso del 50% del importe de adjudicación del contrato”*. La norma en tramitación impide que se puedan llevar a cabo modificaciones cuando la cuantía en su conjunto supere ese tope contractual, teniendo que acudir, por tanto, a una nueva licitación.

Por otra parte, en lo que respecta al umbral mínimo del 10% y el 15 % del valor inicial del contrato, la Directiva lo prevé para determinar que por debajo de los mismos no será preciso evaluar si la modificación es sustancial. En cambio en la norma proyectada que el valor de la modificación sea inferior al 10 % del importe de adjudicación o del valor de la concesión, no excluye que se deba evaluar si la modificación pueda ser considerada sustancial con arreglo a los límites del apartado primero del artículo 105 del anteproyecto. La modificación resulta menos factible por la necesidad de una evaluación de los demás criterios

En definitiva, en ambos supuestos, la norma proyectada resulta más restrictiva y exigente que la Directiva, al optar por un mayor condicionamiento de las modificaciones de contrato.

Ahora bien, ello no es objeto de reparo alguno desde el punto de vista de su viabilidad jurídica, por cuanto la opción del legislador entraña un juicio de oportunidad que entra dentro del margen de discrecionalidad del que disfruta el legislador para la incorporación de normas más estrictas para la modificación de los contratos, y no encierra, como tiene señalado el Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de marzo de 2016, (número 1.116/2015), riesgo alguno para el principio de igualdad de trato de los licitadores.

Normas específicas de los contratos que celebran las Administraciones Públicas (Título II)

El Título II, sobre "*Normas específicas de los contratos que celebren las Administraciones Públicas*", comprende los artículos 122 a 158, ambos inclusive, estructurados en cinco capítulos: el Capítulo I ("*Órganos de contratación*") disciplina la competencia en los contratos administrativos, y la Mesa de contratación, cuya constitución será necesaria para la adjudicación de contratos cuando el valor estimado sea superior a 60.000 euros en servicios y suministros y de 200.000 en obras; el Capítulo II ("*Actuaciones administrativas preparatorias del contrato*") regula los distintos tipos de expedientes de contratación, en concreto, los de tramitación ordinaria, anticipada y emergencia; el Capítulo III ("*Reglas generales de ejecución de los contratos administrativos*") establece normas sobre supervisión e inspección de la ejecución del contrato, tramitación del expediente de modificación, penalidades por incumplimiento, cumplimiento de plazos, indemnización de daños y perjuicios a la Administración y a terceros, suspensión de los contratos y declaración de invalidez de los contratos administrativos; el Capítulo IV ("*De la retribución de los contratistas y revisión de precios de los contratos de las Administraciones Públicas*") contiene reglas sobre el pago del precio de los contratos, anticipos a cuenta, plazo para el pago e intereses de demora, procedencia y límites de revisión de precios, así como sobre el procedimiento y pago del importe de la revisión; y el Capítulo V ("*Extinción de los contratos de las Administraciones*

Públicas”) recoge en sustancia previsiones sobre las causas de resolución del contrato y sus efectos.

La regulación contenida en este Título II sigue muy de cerca la regulación vigente, aunque con algunas novedades, provenientes en gran medida de la incorporación de la Directiva 2014/24. Del cotejo de los indicados preceptos del anteproyecto y de sus novedades con la Directiva se observa su adecuación con la regulación contenida en ésta. En consecuencia, el Consejo no considera pertinente hacer observaciones al respecto.

Régimen Jurídico de los contratos de las Administraciones Públicas (Título III)

El Título III lleva por rúbrica “*Régimen jurídico de los contratos de las Administraciones Públicas*”, y se ocupa, como el propio título indica, de regular el régimen de los contratos de las Administraciones Públicas. Abarca los artículos 159 a 230 y se halla estructurado en cinco capítulos: Capítulo I “*Del contrato de Obras*”; Capítulo II “*Del contrato de concesión de obras públicas*”; Capítulo III “*Del contrato de concesión de servicios*”; Capítulo IV “*Del contrato de suministros*”; Capítulo V “*Del contrato de servicios*”.

Este Título III ha experimentado pocas modificaciones, menos incluso que el Título anterior, pero hay una de gran relevancia, la referente al régimen de concesiones tanto de obras como de servicios, que es consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Se ha de señalar que la principal novedad de la Directiva 2014/23 es la introducción de un concepto clave en la definición de los contratos de concesión, (bien sea de obra o de servicios), como es el de “riesgo operacional”. En el apartado 2 del artículo 5 se establece que:

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a

recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

La noción de riesgo operacional procede de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2014/23, venía exigiendo la asunción de riesgos de explotación por parte del adjudicatario, como rasgo distintivo del contrato de concesión de un servicio público, respecto del contrato de servicios. En la Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-274/09 Privater) se había señalado que *“el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74)”*. Esta jurisprudencia ha inspirado la Directiva 2014/23, que convierte el riesgo económico real de la explotación de la obra o servicio por el contratista en un elemento normativo del contrato de concesión, junto al requisito de la explotación de la obra o servicio objeto del contrato en conjunción o no con el pago del coste del servicio por parte del usuario. El artículo 5 de la Directiva estructura la figura contractual prestacional sobre la base de estos dos elementos.

En principio, el anteproyecto ha trasladado este diseño normativo europeo de contratos de concesión al ámbito interno de la Comunidad Foral, pues, en las definiciones del contrato de concesión de obras públicas (artículo 31) y del contrato de concesión de servicios (artículo 32), se mencionan los dos elementos diferenciadores –la asunción del riesgo

operacional y el derecho a la explotación-, y, por otra parte, en el Título III que ahora estamos considerando, dentro del régimen específico de cada uno de estos contratos -señaladamente, en el artículo 173 relativo al contrato de concesión de obras, y en el artículo 200 referido al contrato de concesión de servicios-, se recoge una previsión definiendo el riesgo operacional en los siguientes términos:

“A los efectos de esta ley Foral se entiende por riesgo operacional la posibilidad de que la empresa obtenga pérdidas que no resulten meramente residuales como consecuencia de la exposición a los riesgos del mercado. El riesgo operacional abarca el riesgo de demanda y el riesgo de suministro, o de ambos a la vez”.

El anteproyecto se orienta así a incorporar el nuevo concepto de contrato de concesión que deriva de la Directiva 2014/23. Pero poco o nada añade a la mera transcripción de la definición europea.

El anteproyecto conserva en lo restante el régimen vigente sin hacer un esfuerzo de acomodación a la nueva configuración. Sigue haciendo hincapié en el equilibrio económico de la concesión. Así, más que regular los supuestos en que no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas en virtud de la transferencia del riesgo, el anteproyecto se ocupa de caracterizar los supuestos en que el concesionario debe ser compensado.

Así se establece que la Administración viene obligada a *“restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos”*:

- a) *“Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, de conformidad a las condiciones que se contiene en esta Ley Foral, las condiciones de explotación de la obra”* (art. 190) o *“cuando se produzcan modificaciones de la concesión en los términos previstos en el pliego y siempre que no tengan carácter esencial o vulneren el principio de competencia o igualdad de trato”* (artículo 207).
- b) *“Cuando actuaciones de la Administración contratante, determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía contrato”* (artículo 190) o *“de la concesión”* (artículo 207).

- c) *“Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”* (artículos 190 y 207).
- d) *“Cuando circunstancias imprevisibles al momento de formular ofertas impidan la ejecución de la concesión en los términos pactados”* (artículos 190 y 207).

La norma proyectada reconoce la existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico financiero de la concesión, exactamente en los mismos términos que en el régimen vigente, y debería adaptarse a la Directiva 2014/23, que hace pivotar la concesión en el concepto de riesgo operacional.

Sin perjuicio de que el reequilibrio económico puede estar justificado en los supuestos en que se altera la naturaleza global del contrato, conviene tener en cuenta que, como señala la Directiva, la transferencia del riesgo existe *“cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes”*.

Como se indica en el considerando 18 de la Directiva, la calificación como concesión *“no estaría justificada si el poder adjudicador aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida, garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato”*.

Por tanto, este aspecto de la transferencia del riesgo operacional al concesionario debería fortalecerse en el anteproyecto mediante la introducción de una previsión adicional, tanto en el régimen de ejecución de los contratos de concesión de obras como en el del régimen de ejecución del contrato de concesión de servicios, orientada a implementar el concepto clave de riesgo operacional, de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2014/23 y lo previsto en la propia exposición de motivos del anteproyecto.

Respecto de las demás disposiciones del Título III, no procede formular objeción alguna, por cuanto se limitan a reproducir en su mayor parte las del texto actualmente vigente.

Y lo mismo cabe señalar respecto de las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y final, a excepción de las dos siguientes:

Disposición Adicional Cuarta

Interesa señalar que el contenido de la Disposición Adicional Cuarta (“Esta Ley Foral no se aplicará a *los contratos públicos cuando sean declarados secretos o cuando su ejecución deba ir acompañada de especiales medidas de seguridad de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la Comunidad Foral*”) se encuentra recogido en términos casi idénticos en el apartado 3 del artículo 7 del anteproyecto. Esta repetición resulta totalmente superflua, por lo que debería suprimirse esta Disposición adicional, a menos que se quiera eliminar el apartado 3 del artículo 7 del anteproyecto y mantener la Disposición adicional cuarta.

Disposición Transitoria Segunda

La Disposición transitoria segunda señala que “*La licitación de los contratos públicos, hasta la entrada en funcionamiento de la Plataforma de Licitación Electrónica del Portal de Contratación de Navarra, podrá llevarse a cabo por medios electrónicos, a excepción de los sistemas dinámicos de compra, la puja electrónica o los contratos licitados por compra centrales*”.

Se trata de una referencia incompleta, porque no indica qué otros medios electrónicos serán susceptibles de ser utilizados, y tampoco hace honor a las menciones que, con arreglo al artículo 22 de la Directiva, debería recoger.

Sorprende, así mismo, que el nuevo texto legal no haya previsto el aplazamiento de la aplicación de la medida de la contratación electrónica que permite la Directiva 2014/24 en el artículo 90.2, hasta el 18 de octubre de 2018, cuando, a la vez, en la Disposición transitoria segunda, se está reconociendo que dicha herramienta no estará disponible el día de su entrada en vigor. Se produce así la curiosa paradoja de establecer, por un lado, obligatorio el uso de la Plataforma de Licitación electrónica Navarra desde su entrada en vigor (Disposición Final única), anticipándose a los

plazos previstos a nivel de la unión, y de postergar, por otro, al mismo tiempo y *sine die* su aplicación, mientras la herramienta no esté operativa (Disposición Transitoria Segunda).

Debería, tal vez, reconsiderarse la posibilidad de optar por aplazar la aplicación de uso de la Plataforma de la contratación electrónica hasta el 18 de octubre de 2018 (plazo máximo que permite la Directiva), en lugar de mantener su obligatoriedad desde la entrada en vigor de la Ley, dejando subsistente el recurso a otros medios electrónicos.

III. CONCLUSIÓN

El anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra se adecua, en términos generales, a las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE que trata de trasponer, y al ordenamiento jurídico. No obstante, a lo largo del dictamen se han formulado algunas observaciones de distinta entidad y alcance, cuya pertinencia habrá de ser valorada en orden a introducir las modificaciones que se consideren adecuadas en el texto de la norma proyectada.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.