



Las Federaciones y Organizaciones Empresariales que suscriben el presente documento tienen el carácter de más representativas en su respectivo ámbito de actuación, tanto en el ámbito Estatal como provincial, en el caso de las Federaciones, constituyendo un referente en sus subsectores de actividad y en el conjunto del sector servicios.

- **Federación Española de Hostelería**, sector que agrupa 13.993 empresas de restauración social y 182.000 trabajadores.
- **Asociaciones, Federaciones y Empresas de Limpieza Nacionales**, sector que agrupa 16.909 empresas y ocupa a 353.368 trabajadores.
- **Asociación Nacional de empresas de control de plagas**, sector que agrupa a 1.500 empresas y ocupa a 7.000 trabajadores.
- **Federación Empresarial Española de Seguridad**, sector que agrupa a 300 empresas y ocupa a 100.000 trabajadores.
- **Confederación Nacional de Asociaciones de Instaladores y Fluidos**, agrupa a empresas instaladoras de fontanería, gas, calefacción y climatización; e integra a 18.500 empresas y ocupa a más de 100.000 trabajadores.

Todas las organizaciones relacionadas representan mayoritariamente a PYMES, y su actividad en el sector público representa un porcentaje muy importante de su volumen de negocio, alcanzando hasta el 70% en algún caso.

Es por ello, que queremos manifestar nuestra profunda preocupación por el Anteproyecto Legislativo iniciado dada la importancia que representa el Sector Público para las PYMES.

En nuestra opinión, se trata de una ocasión inmejorable para adaptar la legislación española a la normativa comunitaria y a los principios que la inspiran, que, fundamentalmente, van dirigidos a favorecer la transparencia y el acceso de las PYMES a la licitación pública.

Por todo ello, las consideraciones contenidas en el documento que se adjunta resultan, a nuestro juicio absolutamente prioritarias para la consecución de éste objetivo

Madrid, 7 de mayo de 2015

CONSIDERACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 17 DE ABRIL DE 2015

1.- ANTECEDENTES

La Directiva 2014/24/UE sustituye a la Directiva 2004/18/CE, anteriormente transpuesta en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, derogada a su vez por el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Desde sus primeros Considerandos, la nueva Directiva recoge la política de fomento de la contratación pública con pequeñas y medianas empresas como una de sus elementos básicos, medida destacada en la Estrategia Europa 2020.

Como puso de manifiesto el informe de la Comisión Europea sobre la situación de las PYMES en el mercado laboral, éstas crearon el 85% de los empleos netos en la Unión Europea entre 2002 y 2010. Para proteger este tejido empresarial resulta necesario adoptar medidas que faciliten a las PYMES el acceso efectivo a los procedimientos de contratación pública y favorecer la competencia en este ámbito. Una mayor participación en los procesos de licitación pública genera una mayor competitividad en el mercado de la contratación del sector público y ha demostrado una mayor eficiencia del gasto de las Administraciones Públicas.

En este sentido, la Unión Europea ha venido preocupándose en promover un marco jurídico más respetuoso con las pequeñas y medianas empresas. Con este propósito se elaboró la Small Business Act for Europe (SBA), iniciativa inspirada en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de junio de 2008, denominada "Pensar primero a pequeña escala" que tiene por objeto crear condiciones favorables para el crecimiento y la competitividad sostenida de las PYMES europeas. Igualmente, se ha creado el "Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos", publicado en 2008, como guía dirigida a que las autoridades responsables de la contratación pública. Otra iniciativa fue el informe Opening public procurement to SMEs (small and medium-sized enterprises) de 2010, en el que se puso de manifiesto cómo la mejora de los instrumentos de contratación ha favorecido una mayor presencia de las mismas en los mercados de contratación pública, lo que ha aumentado la competitividad en el mercado.

2.- SITUACIÓN ACTUAL

El artículo 25.2 del texto refundido establece que "Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante".

Sin embargo, como ponen de manifiesto las diversas resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, tanto Central como de las Comunidades Autónomas, sigue siendo una práctica habitual de las Administraciones Públicas el reunir en un mismo contrato servicios de lo más variopinto, forzando a las empresas a acudir a recursos administrativos y contencioso-administrativos de incierto resultado y prolongada duración para tratar de hacer valer sus derechos.

Esto demuestra que, en muchos casos, el artículo 25.2 del texto refundido, trasladado sin apenas cambios al artículo 34 del Anteproyecto, puede no resultar una barrera legal suficiente para evitar la proliferación de contratos mixtos que incluyan diferentes prestaciones que difícilmente podrán ser realizadas por una PYME, recortándose de forma significativa la competencia.

Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYMES. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el "Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos" que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYMES. A tal efecto y para aumentar la competencia, la Directiva anima a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes sectores y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYMES o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos.

3.- CONSIDERACIONES

En términos generales, las Federaciones y Organizaciones Empresariales que suscriben el presente documento consideran oportuno y acertado el borrador de anteproyecto que se nos ha enviado, que sirve para trasponer al ordenamiento jurídico español dos de las nuevas Directivas comunitarias y plantear soluciones para algunas cuestiones que, desde la práctica diaria, requieran atención.

Es necesario resaltar, otra vez más, las peculiaridades del tejido empresarial español, compuesto fundamentalmente por pequeñas y medianas empresas. Mantener los principios de libre competencia e igualdad de trato en las licitaciones públicas se revela como un objetivo de la máxima importancia para gestionar adecuadamente nuestro sector público y privado, en línea también con lo establecido por la normativa comunitaria. Asimismo, algunas de las prácticas que la crisis económica ha generado subrayan la necesidad de afrontar la lucha contra el denominado "dumping social", que ataca letalmente los derechos de los trabajadores y la viabilidad de las empresas, sobre todo de aquellas con menor dimensión.

En este sentido, planteamos los siguientes comentarios al Anteproyecto de Ley (en adelante APLCSP).

PRIMERA

No podemos sino manifestar nuestro más firme rechazo a la regulación contenida en el **artículo 18 del anteproyecto** (12 del TRLCSP), en relación con los **contratos mixtos**.

Dicha regulación obedece a los intereses y presiones ejercidas por los grandes grupos multinacionales. De hecho, su redacción recoge todas y cada una de las propuestas realizadas por estos, a través de organizaciones que agrupan a penas una docena de empresas y que pretenden la concentración de todo el sector servicios en manos de un muy reducido número de operadores.

La posibilidad de concentración de servicios que este artículo abre, unida a la ambigua regulación que el propio anteproyecto hace en su artículo 99 sobre la división de lotes, sin duda supondrá una barrera insalvable para el acceso de las PYMES a la contratación pública, y evidencian que las numerosas referencias que el anteproyecto de Ley contiene a las PYMES es una mera declaración de intenciones que tratan de enmascarar el ataque que mediante los artículos 18 y 99 del anteproyecto se les lanza.

Situación que no se acomoda a las orientaciones de la normativa y jurisprudencia comunitaria, cada vez más sensibles al mayor acceso de las PYMES a la contratación pública. En este sentido, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública señala en su **considerando 78** que ***“Debe adaptarse la contratación pública a las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado <<Código de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos>>, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes (...).”***

En este sentido, proponemos y consideramos absolutamente necesario modificar el contenido del artículo 18 del anteproyecto de tal forma que se garantice una regulación que impida integrar indiscriminadamente prestaciones de servicios y suministros que no estén vinculados entre sí, ni mantengan relaciones de complementariedad. Es decir, las prestaciones deben estar vinculadas entre sí, y esa vinculación debe ser una vinculación material, no meramente subjetiva ni tampoco formal.

Conviene señalar que con la redacción dada al artículo 18 del anteproyecto, se pretende sortear las numerosas Resoluciones de los distintos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, que han puesto un límite claro e infranqueable a la acumulación de actividades o prestaciones en un mismo contrato, en este sentido, cabe señalar:

- **Resolución 346/2013, de 4 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, señala textualmente que *“un análisis racional de las prestaciones que componen el presente contrato nos debe hacer concluir que es difícil atisbar cuál pueda ser la relación existente entre la gestión del*

alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Igualmente, resulta difícil considerar que se puedan encontrar vinculadas entre sí, por ejemplo, el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público, la gestión del alumbrado público, o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines". Esto es así puesto que el Tribunal entiende que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, y no una mera vinculación subjetiva en razón de la entidad contratante. **Para concluir que la pretendida acumulación produce un efecto negativo en la libre competencia y en el principio de concurrencia.**

- **Resolución 115/2013, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**, "aún tratándose de un mismo tipo contractual, la acumulación de prestaciones en un mismo contrato debe guardar la necesaria racionalidad, de manera que es necesario que exista vinculación entre las prestaciones a acumular y que sean complementarias"

Es perfectamente lógico que así sea, pues la previsión de contratos mismos, que ya existe en la actualidad, es aplicable a los contratos que engloban prestaciones de tipos contractuales diversos y contratos que engloban prestaciones distintas de un mismo tipo contractual. Ahora bien, **el límite claro e infranqueable es que las prestaciones fusionadas –pertenezcan o no a una misma tipología contractual- se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad.**

- **Resolución 243/2014, de 9 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía**, "Una lectura del PP T respecto a os servicios agrupados permite concluir que es difícil apreciar proximidad en el objeto o vinculación material, por ejemplo, entre la limpieza hospitalaria y el servicio de vigilancia y seguridad, o entre estos servicios y el mantenimiento integral de instalaciones que, a su vez, afecta a una gran diversidad de bienes, desde instalaciones eléctricas, centrales térmicas, cámaras frigoríficas e instalaciones de fontanería y de saneamiento hasta instalaciones de comunicaciones, red de telefonía, ascensores, quirófanos y mobiliario de todo tipo. Asimismo, dicha vinculación objetiva también es difícil de apreciar entre las prestaciones descritas y el servicio de jardinería, la lavandería, costura y planchado de ropa o la centralita de información al público". Continúa añadiendo "ninguna duda suscita el carácter imprescindible de cada una de las prestaciones....., pero ello no es justificación racional ni suficiente para su acumulación en un solo contrato, porque no hay afinidad objetiva entre ellas". **"la Gestión integral de todos los servicios objeto del contrato tiene un efecto negativo en la libre competencia y en el principio de concurrencia"**.

Es evidente, por tanto, que con la redacción del anteproyecto resulta posible acumular en un contrato mixto cualquier tipo de prestación que fuera propia de la entidad contratante aunque su naturaleza fuera muy diferente. Es decir, que se quiebra el principio de concurrencia, de tal forma que hace posible la perturbación indeseada de la concurrencia contractual

En este sentido, se propone incluir un apartado a continuación del artículo 34.2 del Anteproyecto, en relación con lo establecido en su artículo 2.4, a fin de que en el caso de la contratación de servicios, a efectos de cumplir con lo dispuesto en dicho artículo 34.2, los órganos de contratación y poderes adjudicadores solo puedan agrupar en un mismo lote o contrato aquellos servicios que compartan en idéntico orden los cuatro primeros dígitos de su código de identificación conforme al “Vocabulario común de contratos públicos, aprobado por el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV)”.

Los argumentos esgrimidos por los defensores de este tipo de contrato distorsionan la realidad del mercado en nuestro país, tanto desde el punto de vista económico como laboral, por los siguientes motivos:

A. La unificación de servicios no permitirá reducción de costes para las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores, por cuanto la segmentación del mercado laboral español, caracterizado por una negociación colectiva sectorial, subsectorial en muchas ocasiones, obliga a aplicar convenios colectivos distintos según el servicio de que se trate, tanto es así, que de agruparse en un mismo contrato los servicios de limpieza, desinfección, mantenimiento, correo, centralitas telefónicas, seguridad y jardines, necesariamente han de aplicarse los correspondientes convenios colectivos sectoriales de:

- 1.- Limpieza de Edificios y Locales para la actividad de limpieza
- 2.- Desinfección y Desinsectación
- 3.- Metal para la actividad de mantenimiento
- 4.- Correo privado y/o, en su caso, oficinas y despachos
- 5.- Call Center
- 6.- Seguridad
- 7.- Parques y jardines.

La aplicación de 6 convenios colectivos distintos como es obvio impide la movilidad entre los trabajadores adscritos a cada una de las actividades señaladas al objeto de optimizar medios y ahorrar costes. Por el contrario, a medio plazo tendrá el efecto contrario al que se pretende, cual es un incremento de costes como consecuencia de la presión sindical para equiparar a todos los colectivos en las mejores condiciones recogidas en cada uno de los convenios, recurriendo al típico espiguelo.

Por otro lado, conviene tomar seriamente en consideración que la acumulación de varios servicios esenciales en macrocontratos bajo un mismo operador será un inmejorable aliado para incrementar la conflictividad laboral, ya de por sí elevada en el sector servicios, posibilitando paralizar un conjunto de servicios esenciales bajo el paraguas de reivindicaciones comunes. El caldo de cultivo óptimo para, a medio plazo, equiparar los convenios al alza, e incrementar el coste de los servicios.

B. No aportará mejor gestión y calidad del servicio por el hecho de que terminará con la especialización de las empresas y trabajadores, que ha sido y es la garantía del éxito de tantas y tantas PYMES que han basado la calidad del servicio que prestan en su especialización.

Como resulta obvio de lo expuesto en el punto A anterior y del punto QUINTO del presente documento, por un lado no es posible la acumulación efectiva de prestaciones y por otro, en la contratación de servicios no son aplicables los criterios de economía de escala. El sector servicios no permite que el Contratista aplique economías de escala, sinergias y reingenierías que abaratan el coste total de los Servicios y por tanto permitiría ofertas más competitivas que en el caso de contratos individuales.

El pretendido abaratamiento de costes para el contratista como consecuencia de la acumulación de prestaciones y sinergias y la aplicación de economías de escala, son argumentos voluntariosos sin sustento alguno. La suma de servicios no permite ofertas más competitivas que cada uno de los servicios individuales, si no es mediante la reducción de personal, que solo sería posible en caso de aplicar movilidad funcional entre todos los servicios.

A mayor abundamiento, es preciso traer a colación la obligación convencional existente de subrogación del personal, obligación que el propio anteproyecto de Ley recoge.

- C. Por otro lado, como ya se ha dicho, en la contratación de servicios públicos no son aplicables los criterios de economía de escala. De hecho el propio Ministerio de Hacienda en respuesta al informe de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, ha reconocido de forma explícita que en estos sectores **no hay economías de escala**, entre otras, y así lo reconoce el citado Ministerio, por **la obligación de los adjudicatarios de los servicios de limpieza de asumir los contratos laborales de los trabajadores que presten servicio en la empresa saliente, en cumplimiento de la normativa laboral**.

En este sentido, la CNMC recomienda a los órganos de contratación que se centren en perseguir los objetivos de interés público que pretenden conseguir con una licitación y dejen en manos de las empresas licitadoras los intereses estrictamente privados (ahorro de costes, mayor facilidad organizativa), sin perjuicio del ejercicio de ponderación que debe realizar para no perjudicar a estos últimos de forma contraria a la competencia efectiva.

- D. Por último, el texto debería contemplar los límites de actuación de las empresas establecidos por las normativas sectoriales, cual puede ser el caso de la limitación de actividades establecidas para las empresas de seguridad privada por la Ley 5/2014, de 4 de abril.

SEGUNDA

El artículo 46 de la DN, deja suficiente margen de maniobra a las especificidades de cada Estado miembro en relación con la **división de los contratos en lotes**.

En su apartado 1 establece el "*principio de cumplir o explicar*", según el cual se deja a la competencia de los Estados miembros si deben o no los poderes públicos proceder a la división en lotes. Como consecuencia de ello, una autoridad pública tiene la facilidad para dividir un contrato en lotes, sin importar el tamaño del contrato público. En caso de que no se divida el contrato en lotes, se debe explicar su decisión.

Por otra parte, en el apartado 4 determina que los Estados miembros pueden hacer una división en lotes obligatorias " en las condiciones que se especifican de conformidad con su legislación nacional y respetando el Derecho de la Unión".

Pues bien, la redacción del **artículo 99 del anteproyecto** (876 del TRLCSP), que prevé tal posibilidad, "podrá preverse la realización independiente de cada una de las partes mediante su división en lotes", sin ninguna medida concreta para su aplicación efectiva, la consideramos absolutamente decepcionante, ya que esta disposición sin duda supone un gravísimo obstáculo al mercado para las PYMES.

Siendo que las PYMES en España representan el 94,53% del total de las empresas , frente a las grandes empresas que representan el 5,47% del total de las empresas, cabría esperar una regulación que, no solo garantice, sino que favorezca el acceso de las PYMES a la contratación pública, sin embargo el texto aprobado no solo hace caso omiso de las recomendaciones de la Directiva, sino que introduce elementos, que lejos de tratarse de meras cuestiones semánticas o deficiencias en la redacción, deja entrever cuál es su verdadero propósito, el de utilizar la división en lotes de forma casual y residual.

Así, en el apartado 4 del citado artículo 99 prevé que "Cuando el órgano de contratación decida motivadamente proceder a la división de lotes del objeto del contrato,". Incurre en una grave pero muy reveladora contracción, al principio general, cual es el de motivar la no división de lotes.

Del mismo modo, en el apartado 5 prevé "Cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, aquél podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes ..."

En nuestra opinión, la conjunción de ambos aspectos pone en evidencia la verdadera intención del Anteproyecto de Ley, cual es la de favorecer a los grandes operadores en detrimento de las PYMES, provocando, de facto, una concentración de los servicios en muy pocos operadores, como así viene ocurriendo en la actualidad a la través de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación.

Por todo ello, consideramos imprescindible una enmienda del citado artículo 99 en su totalidad del citado artículo tomando en consideración lo siguiente:

- A. La elevada dimensión económica de los contratos supone una limitación a la competencia, vulnerando el principio de igualdad de trato establecido en el **art. 1 del anteproyecto** (1 del TRLCSP) tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE de la que resulta que el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de criterios de distinción conduzca de hecho al mismo resultado.

Es evidente que la falta de división en lotes es restrictiva de la competencia puesto que conduce inexorablemente a la adjudicación a grandes empresas, imposibilitando además por la elevada cuantía de los contratos el acceso a las Pymes. Situación que beneficia claramente a un escaso número de licitadores que ostentaran una posición dominante en el mercado con los riesgos de colusión que ello comporta.

- B- Tampoco se puede argumentar que la no división en lotes asegura la consecución de un menor precio del servicio licitado, ya que en sectores económicos, atomizados, maduros y con mucha competencia, la restricción de la competencia precisamente tiene el efecto contrario. Cuanto mayor sea la concurrencia menor será el precio que conseguirá la Administración y no revés.

La división en lotes no solo no está reñida con la búsqueda de eficiencia y ahorro presupuestario, sino que tal y como viene indicando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) debe efectuarse "sin menoscabo de los principios garantes de una competencia efectiva entre otros: i) facilitar la libertad de acceso a la licitación, ii) evitar la discriminación entre operadores, iii) reducir los riesgos de concentración del número de operadores y iv) contrarrestar el riesgo de comportamientos colusivos. El respeto a dichos principios será de hecho el mejor pasaporte para asegurar una asignación eficiente de los recursos a corto y a largo plazo."

- C. Por otro lado, ha de tomarse en consideración que en contratación de servicios públicos no son aplicables los criterios de económica de escala. De hecho el propio Ministerio de Hacienda en respuesta al informe de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, ha reconocido de forma explícita que en estos sectores **no hay economías de escala**, entre otras, y así lo reconoce el citado Ministerio, por **la obligación de los adjudicatarios de los servicios de limpieza de asumir los contratos laborales de los trabajadores que presten servicio en la empresa saliente, en cumplimiento de la normativa laboral**.

En este sentido, la CNMC recomienda a los órganos de contratación que se centren en perseguir los objetivos de interés público que pretenden conseguir con una licitación y dejen en manos de las empresas licitadoras los intereses estrictamente privados (ahorro de costes, mayor facilidad organizativa), sin perjuicio del ejercicio de ponderación que debe realizar para no perjudicar a estos últimos de forma contraria a la competencia efectiva.

- D. Con independencia de todo lo anterior, la modificación que se reclama tiene sustento en lo previsto en el **art. 64 del texto del anteproyecto** de lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses en desarrollo del **art. 24 de la DN**.

TERCERA

En relación con el **artículo 31 del anteproyecto** que deviene del **art. 12 de la ND**, siempre hemos abogado por que las exenciones de cooperación público-público deben estar estrechamente definidas, incluso, prohibidas, a fin de dar a las empresas privadas un acceso justo y equitativo a los contratos públicos, evitando así las distorsiones de la competencia en el mercado. Por ello, con la aprobación de la Directiva, la UE y las instituciones perdieron la oportunidad de reducir dichas exenciones y de restringir los contratos públicos entre las entidades públicas que son de propiedad pública y no realizan ninguna actividad en el mercado abierto.

Esta disposición sin duda cierra una gran parte del mercado para las empresas privadas en comparación con el umbral del 90 % propuesto por la Comisión. En efecto, el artículo 12 amplía las posibilidades de las entidades adjudicadoras para escapar del alcance de las normas de contratación pública de la UE.

En nuestra opinión, ello no es óbice para que en la Legislación Nacional se articulen mecanismos para que los contratos públicos entre entidades públicas no queden fuera del ámbito de la Ley, en caso de que " más del 80 % de las actividades de la persona jurídica controlada se realizan en el desempeño de las tareas encomendadas por dicho poder adjudicador o por otras personas jurídicas controladas por el órgano de contratación".

CUARTA

El artículo 18.2) de la Directiva Nueva (**principios de contratación**) indica que el desarrollo de los Contratos debe de cumplir la normativa laboral prevista entre otros, en los "Convenios Colectivos"

*2. 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 enumeradas en el anexo X.***

Se está produciendo en esta época de crisis, una circunstancia que supone en determinados Concursos que los licitadores a la hora de presentar sus ofertas no cumplen con las condiciones fijadas en los Convenios Colectivos de aplicación, produciéndose posteriormente incluso situaciones de inaplicación de convenio, con lo que ello supone de una práctica de "competencia desleal". Además España no ha tenido en cuenta hasta hoy ninguna reclamación en Tribunal Especial sobre los precios inferiores a las tablas de convenio al establecer que la Administración no está afectada por estos convenios firmados entre empleados y empleadores.

Asimismo resulta interesante ver su relación con el art. 69 de la ND, al hablar de las ofertas anormalmente bajas, en donde se especifica que los Estados Miembros podrán exigir explicaciones acerca del cumplimiento de los términos contemplados en dicho art. 18.2.

Consideramos que esta regulación, completada entre otros por las precisiones del artículo 147 APLCSP, es uno de los grandes aciertos del APLCSP.

La doctrina del actual Tribunal Especial sobre precios de adjudicación inferiores a los costes derivados de las condiciones establecidas por los convenios colectivos, entendiendo que la Administración no queda afectada por los pactos entre trabajadores y empleados, ha favorecido prácticas del denominado dumping social, que en una economía como la española generan efectos sumamente perversos.

1. Pero creemos que sería deseable reforzar aún más la línea seguida por el APLCSP y para ello proponemos, la introducción de un nuevo apartado **en el artículo 35 APLCSP** (26 del TRLCSP), contenido mínimo de los contratos que diga:

Artículo 35 Contenido mínimo del contrato

(...)

n) La obligación de los licitadores de cumplir con las normas y condiciones laborales contenidas en el convenio colectivo de aplicación.

2. Asimismo, en los artículos 139 y/o 147 APLCSP, debería explicitarse que:

En aquellos contratos en los que, en virtud de lo dispuesto en los Pliegos o en virtud de la normativa laboral, se impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el precio de licitación no podrá ser inferior a los costes laborales el precio de licitación no podrá ser inferior a los costes laborales estimados para el periodo de ejecución de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación. Para el cálculo del valor estimado de los contratos deberá tenerse en cuenta como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial" ; los gastos generales de estructura y el beneficio industrial no serán inferiores al 10% del valor de adjudicación. También deberá tenerse en cuenta para la formulación del valor estimado del contrato mecanismos de revisión de precios en función de la incidencia prevista de los costes laborales.

Para ello, la Administración deberá acompañar conjuntamente con los pliegos de Cláusulas Administrativas y Particulares, la memoria económica de dicha licitación. Serán eliminadas del proceso de licitación todas aquellas ofertas que no cubran el coste de la mano de obra recogida en dicha memoria.

3. En línea con la anterior consideración, en el **artículo 130 APLCSP** sobre información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo (art. 120 TRLCSP) debería incluirse un añadido para detallar que:

En los supuestos de subrogación de personal, ya fuere porque se imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse, o así estuviese establecido por convenio colectivo sectorial, se incorporarán, al menos, los listados de personal objeto de subrogación con la indicación del convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto año de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a subrogar.

La evaluación de los costes laborales de la plantilla a subrogar a que se refiere este artículo 130 APLCSP debería ser solicitada por el órgano de contratación (art 116) al contratista actual en el momento de iniciar el nuevo expediente de contratación y ser aportado junto con la memoria a que nos referimos en nuestro comentario anterior.

4. Asimismo, consideramos importante la introducción de un nuevo párrafo 3 en el artículo 155 APLCSP (ajustando la numeración de los actuales párrafos 3 a 6) del siguiente tenor:

Artículo 155 Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación

(...)

3. El órgano competente para la valoración de las proposiciones excluirá a aquellos licitadores que no justifiquen razonadamente en su oferta el cumplimiento de las condiciones salariales aplicables conforme a los convenios colectivos sectoriales vigentes

5. Para completar esta consideración, creemos que sería conveniente incluir un nuevo apartado i) en el artículo 209 APLCSP (**223 del TRLCSP**) causas de resolución, del siguiente tenor:

Artículo 209 Causas de resolución

(...)

i) Los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios, o la aplicación condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa.

6. Inclusión de un nuevo apartado en el artículo 311 (308 y 309 del TRLCSP) en relación con lo dispuesto en el art. 209 del anteproyecto (223 del TRLCSP) que diga lo siguiente:

Artículo 311. Causas y efectos de la resolución

Son causas de resolución de los contratos de servicios, además de las generales, las siguientes:

(...)

d) el incumplimiento del pago de los salarios o que las condiciones salariales aplicables sean inferiores a las derivadas de los Convenios Colectivos vigentes.

QUINTA

El artículo 35 de la DN, (**Subastas electrónicas**), deja en la competencia de cada Estado miembro decidir si las subastas electrónicas se pueden usar o no.

Resulta injustificable que en el **Art. 143 del anteproyecto** se pretenda excluir la subasta electrónica de los contratos que tengan por objeto "prestaciones de carácter

intelectual" y por el contrario se prevea su utilización en servicios que requieren mano de obra intensiva, en los que el mismo texto prevé la subrogación de personal.

En nuestra opinión, el uso de subastas electrónicas para la celebración de contratos de servicios en general (como por ejemplo servicios de limpieza, seguridad, servicios sociales, sanitarios y de dependencia, restauración social, etc.) independientemente de la modalidad contractual de la que se trate, no solo no deben recomendarse, sino que debieran suprimirse por la distorsión del mercado que producen y que tiene una especial incidencia en las obligaciones que el anteproyecto pretende proteger y exigir al amparo de las previsiones del artículo 129 del texto.

En este sentido, se propone la siguiente modificación del Artículo 143 apartado 2 del anteproyecto (148 del TRLCSP).

Artículo 143. Subasta electrónica.

(...)

2. La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos, en los negociados y en las licitaciones con negociación, siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa en los pliegos que rigen la licitación. No obstante lo anterior, no podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato. No podrán ser objeto de subastas electrónicas los contratos públicos de servicios y de obras, en los que la contratación de mano de obra es intensiva lo que implica que las partidas de costes laborales supongan la mayoría de los costes de ejecución de los servicios, en estos casos la definición de aspectos económicos y financieros del contrato es fundamental y está en relación directa con la estructura y el valor de los costes laborales.

SEXTA

El artículo 67 de la DN, sobre los **criterios de adjudicación del contrato**, En su apartado 1 confirma la supresión del "criterio de menor coste", y prescribe la oferta económicamente más ventajosa (MEAT) como único criterio de adjudicación.

Sin embargo, seguirá siendo posible, en determinadas circunstancias, la adjudicación de un contrato público con el costo más bajo o criterio precio, ya que el párrafo 2 se establece que "Los Estados miembros podrán establecer que los poderes adjudicadores no podrán utilizar sólo el precio o coste como el único criterio de adjudicación". Además, el párrafo 5 aclara que " El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente."

En definitiva, se deja en la competencia de los Estados miembros a que hagan la aplicación del " menor costo o criterio del precio más bajo".

Por ello, y de forma más particular, siempre dentro de los criterios de máxima transparencia y libre concurrencia, es esencial:

- Que se incluyan, al amparo de lo previsto en la primera letra del artículo 67.2 de la DN, la calidad como criterio expreso de adjudicación de los contratos públicos.
- Que al amparo de lo previsto en el último párrafo del artículo 67.2 se disponga expresamente que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio como criterio de adjudicación, en todos los contratos públicos, o al menos en los intensivos en mano de obra, en particular los de servicios siendo el criterio de adjudicación referido a la "calidad" valorado de forma especial en procedimientos de adjudicación relativos a la educación, sanidad y el bienestar social
- No será así en los contratos de obra, en donde la Calidad se valorará conjuntamente con los demás criterios, sin una ponderación específica. Especialmente, No será de aplicación el segundo inciso del punto 2 del artículo 67, que dice: *"El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad."*

De forma más concreta, se proponen la adición en el **artículo 145 del anteproyecto** (150 del TRLCSP) en cada uno de los apartados que se señalan, los siguientes criterios:

Artículo 145 Criterios de adjudicación del contrato

1. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

2. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, para ello, deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

6. En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que

puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

La valoración de los criterios de calidad determinados de forma objetiva según se establece en este apartado prevalecerá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos:

- a) Contratos de servicios de consultoría para la redacción de Estudios y Proyectos de ingeniería y arquitectura.
- b) Servicios de Dirección y Control y Vigilancia de obras.
- c) Servicios de la educación, sanidad, servicios sociales y dependencia,

8. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

9. Los órganos de contratación deberán indicar en el anuncio de licitación, en caso que deba publicarse, los criterios elegidos y su ponderación. Asimismo, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer criterios de desempate para los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas

11. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el **artículo 190 del anteproyecto** (212 del TRLCSP), para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que

afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el **artículo 209 del anteproyecto** (223. del TRLCSP).

SÉPTIMA

El artículo 69 de la DN (**Ofertas anormalmente bajas**), prevé que, por un lado, en su párrafo 1 que "Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas "parezcan" anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate". Resulta decepcionante la utilización de la palabra "parecer", eliminando la definición clara en el ámbito de los criterios objetivos de la UE para la identificación de las ofertas anormalmente bajas, que habían sido presentados por la Comisión en su propuesta inicial. Al eliminar estos criterios objetivos, el órgano de contratación es completamente libre de decidir si una licitación pública tiene que ser vista como anormalmente baja o no. Esto hace que la lucha contra la competencia desleal sea más difícil.

Por otro lado en el párrafo 3 con apoyo, como se ha explicado anteriormente en el punto segundo del presente documento (**principios de la contratación**) art. 18 de la DN, se acoge muy favorablemente la obligación de los Estados miembros para asegurarse de que todas las empresas tienen que respetar las disposiciones sociales y la legislación laboral, que están en vigor en la país en el que el servicio se va a proporcionar. Basado en el principio general, las ofertas anormalmente bajas deberían ser, por tanto, rechazadas por los Órganos de contratación.

No obstante lo anterior, el **art. 147 del anteproyecto** (152 del TRLCSP) no establece criterios claros para la determinación y exclusión de las ofertas anormalmente bajas. Así, en su apartado 2 prevé que se contemplen en los pliegos los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal. Pero, inmediatamente después, en el párrafo 2 b) asume que los pliegos puedan no precisar los parámetros objetivos aplicables para identificarlas.

En nuestra opinión se hace necesaria una redacción más precisa al respecto.

Por último, se proponen, para su consideración, de cara al posterior desarrollo reglamentario, como elemento para la caracterización del valor de referencia mínimo básico para la definición genérica de los valores anormales o desproporcionados de las ofertas de Servicios, los siguientes supuestos:

- a. Si concurre un solo licitador, cuando la oferta sea inferior al presupuesto base de licitación en 20 puntos porcentuales.
- b. Si concurren dos licitadores, cuando la oferta realizada en una proposición sea inferior en 15 puntos porcentuales a la oferta de la otra proposición.
- c. Si concurren tres o más licitadores, cuando la oferta realizada por una o más proposiciones sea inferior al umbral resultante de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$O_t = O_m - \frac{25 * P}{(102,5 * P - 100 * O_m)}$$

Dónde:

O_t , es el umbral de oferta desproporcionada o anormalmente baja

O_m , es la oferta media.

P, Presupuesto de la licitación»

OCTAVA

Dentro de los márgenes que la DN otorga a los Estados miembros, en el artículo 57 (motivos de exclusión), se defiende la mayor exigencia posible a los partícipes en los procesos de contratación, agotando las posibilidades previstas en la normativa europea para el combate de prácticas de intrusismo y competencia desleal.

Para ello, es preciso:

- Que los estados miembros hagan uso de la facultad recogida en el segundo párrafo del artículo 57.2 en el sentido de excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social, sin que sea preciso el establecimiento por una resolución judicial o administrativa firme y vinculante, y sin que en modo alguno se haga uso de la exclusión prevista en el segundo párrafo del artículo 57.3 cuando las cantidades sean reducidas o cuando el operador haya sido informado del importe exacto adeudado en un momento tal que no le dejara posibilidad de poner medidas ante el vencimiento del plazo fijado para solicitar la participación.
- Que se establezcan medidas bien en la Ley, bien en el reglamento de desarrollo para garantizar el adecuado cumplimiento de la posibilidad prevista por el artículo 57.4 de que los poderes adjudicadores puedan excluir a cualquier licitador del que puedan demostrar su no cumplimiento de las obligaciones laborales o cuando el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables.

Por todo ello, se proponen modificar el artículo **155 del anteproyecto** (160 del TRLCSP) "Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación" mediante la adición de un nuevo punto 6, desplazando al actual al número 7, del siguiente tenor:

Artículo 155. Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación

(...)

6. El órgano competente para la valoración de las proposiciones excluirá a aquellos licitadores que no justifiquen razonadamente en su oferta el cumplimiento de las condiciones salariales aplicables conforme a los Convenios Colectivos vigentes.

No obstante, se advierte al legislador de la necesidad de limitar y objetivar que sea causa de exclusión cualquier incumplimiento de contrato, cualquier deficiencia significativa o persistente en el cumplimiento de un contrato público anterior y que tal incumplimiento no se haya determinado al menos por Sentencia Judicial firme. Para evitar la arbitrariedad que podría suponer esta causa de exclusión en los términos redactados en el apartado g) del artículo 57.4 de la Directiva 2014/24, se propone como causa de prohibición para contratar:

“Haber incumplido gravemente las condiciones especiales de ejecución del contrato, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos como infracción muy grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo y culpa o negligencia muy grave declarado tal incumplimiento grave y el dolo por Sentencia Judicial firme”.

Consideramos acertada la ampliación de los casos de prohibiciones para contratar establecidos en el artículo 71 APLCSP, salvo en lo relativo al indicado en el apartado 1.b), que incluye las infracciones graves o muy graves en materia medioambiental, social, laboral, profesional o de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, y de extranjería.

Considerando la vigente normativa sancionadora en estas materias, parece más apropiado incluir en el alcance de la prohibición para contratar únicamente las infracciones muy graves y dolosas de conformidad con la normativa vigente, pues la estricta aplicación de la actual literalidad del APLCSP podría tener un efecto descompensado.

NOVENA

En el artículo 71 de la DN (Subcontratación), en su apartado 7 se recoge:

7. Los Estados miembros podrán establecer en su Derecho nacional normas de responsabilidad más estrictas o disposiciones más amplias en materia de pagos directos a los subcontratistas, disponiendo, por ejemplo, el pago directo a los subcontratistas sin necesidad de que estos lo soliciten.

La Directiva establece la posibilidad que los Estados miembros puedan disponer que los subcontratistas tengan la posibilidad de solicitar que el poder adjudicador les

pague directamente los suministros, las obras y los servicios proporcionados al contratista principal en el contexto de la ejecución del contrato.

Por otro lado, debemos recordar, en este caso, que el **anteproyecto en su art. 213. 9** (228 del TRLCSP) impide la acción directa de los subcontratistas para con el órgano de contratación al recoger textualmente lo siguiente:

9. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

En este sentido, se propone un añadido en el apartado 2 del art. 214 y una modificación del apartado 5 en los siguientes términos:

Artículo 214 Pagos a subcontratistas y suministradores

El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación:

(...)

2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el apartado 4 del artículo 196 para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del periodo a que corresponda. **En todo caso, el plazo efectivo de pago nunca podrá ser superior al establecido entre la Administración y el contratista.**

(...)

5. **El contratista no podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en este artículo, respetando los límites previstos en el artículo 4.3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.**

DÉCIMA

El artículo 72 de la DN (Modificación de los contratos durante su vigencia), en relación con la modificación de las concesiones, no aborda en profundidad o, al menos, no con la suficiente concreción muchas cuestiones relevantes como: la determinación de supuestos de reequilibrio del contrato de concesión, el alcance aplicativo de la cláusula de progreso o de las cláusulas de evolución tecnológica, la limitación de riesgos en determinados supuestos y otra serie de cuestiones.

Por este motivo resultaría muy recomendable que algunas de estas cuestiones fuesen concretadas en su transposición al ordenamiento jurídico español que ahora se inicia.

En ese sentido y por su especial importancia se hace especial hincapié en la cuestión de la regulación legal del principio del mantenimiento del equilibrio del contrato de concesión de obra pública y el contrato de servicios públicos, que aunque ya se encuentran recogidos en el **art. 201 del anteproyecto** (219 del TRLCSP), así como en nuestra jurisprudencia y su tratamiento puede no ser deficiente, pero sí resultaría, mejorable, al menos en cuanto a la claridad y previsibilidad de su aplicación. Adicionalmente, podría ser apreciada por el mercado como un paso importante en la consolidación de la seguridad jurídica en nuestro sistema de colaboración público-privado.

Se estima que una reforma de este punto clave de nuestra regulación debería acometerse teniendo en consideración, al menos, las siguientes directrices:

- (i) Con la regulación legal vigente, una interpretación del restablecimiento del equilibrio económico del contrato que sea coherente con el principio de riesgo y ventura que inspira el régimen concesional obliga a que las medidas de restablecimiento coloquen al contratista en la situación económica en que habría estado de no producirse el evento que justifica el reequilibrio. De este modo, no pueden obviarse, o reducirse, las medidas de reequilibrio por el hecho de que el concesionario esté obteniendo resultados mejores de los inicialmente previstos. Para evitar cualquier posible duda en este sentido, podría ser conveniente incluir claramente este criterio en la definición de la obligación de mantenimiento del equilibrio económico, y solventar la ambigüedad de la fórmula adoptada de «mantener su equilibrio económico [del contrato] en los términos que fueron considerados para su adjudicación» según los **artículos 288.2 y 268.1 del anteproyecto según que se trate de contratos de gestión de servicios públicos y contratos de concesión de obra pública**, respectivamente, (282.2 y 258.1 del TRLCSP, respectivamente).
- (ii) En línea con lo expuesto en el párrafo anterior, podría ser conveniente una definición legal más precisa del desequilibrio económico y del consecuente reequilibrio, sin perjuicio de su conveniente desarrollo, en su caso, en los pliegos de cada contrato. En la medida en que en algunos casos el derecho al reequilibrio sólo se justificase cuando el desequilibrio fuera sustancial, la regulación legal debería ordenar la previsión en cada contrato de umbrales cuantitativos que permitan determinar con seguridad cuándo se está ante un desequilibrio sustancial.
- (iii) El restablecimiento del equilibrio económico como consecuencia del "*factum principis*" habría de regularse de modo que no dejara lugar a dudas en cuanto a que la actuación pública que activa el derecho a ese restablecimiento puede provenir de cualquier Administración o Poder público, incluyéndose así claramente supuestos de riesgo regulatorio. En este último sentido, convendría dejar clara la compatibilidad de este derecho al restablecimiento del equilibrio económico por modificaciones regulatorias con la llamada cláusula de progreso del **artículo 257.4 del anteproyecto** que mantiene la literalidad del antiguo artículo 247.4 del TRLCSP): será obligación del concesionario mantener la obra pública de conformidad con lo que en cada momento dispongan la normativa ambiental, técnica, de accesibilidad o de seguridad, pero si esa actualización supone un desequilibrio, el contratista deberá ser compensado.

También en relación con los supuestos de “*factum principis*”, en la medida en que se trata de un riesgo tan vinculado a la esfera de la Administración contratante (o del resto de Poderes públicos con los que debe coordinarse) como el “*iusvariandi*”, no parece justificado que, como al menos en teoría prevé la regulación prevista en los **artículos 268.2 y 288.4 del anteproyecto** (apartado b del artículo 258.2 del TRLCSP para el contrato de concesión de obra pública y apartados b y c del artículo 282.4 del TRLCSP para el contrato de gestión de servicio público), el derecho al reequilibrio sólo surja cuando se produce una ruptura «sustancial» de la economía del contrato, y no cualquier desequilibrio. Adicionalmente, el requisito de que la actuación de la Administración u otro Poder público incida de «forma directa» en la economía del contrato conforme a los **artículos 268.2.b) y 288.4.b) del anteproyecto** (258.2.b del TRLCSP para el contrato de concesión de obra pública y 282.4.b del TRLCSP para el contrato de gestión de servicio público) introduce también injustificadas incertidumbres, cuando lo relevante, a nuestro entender, habría de ser que la actuación pública esté en la raíz del desequilibrio.

- (iv) En línea con lo expuesto más arriba, podría ser conveniente incluir expresamente en la regulación del mantenimiento del equilibrio económico del contrato que hace el anteproyecto, siendo continuista con la regulación actual del TRLCSP, la doctrina del riesgo imprevisible, y otorgarle idéntico tratamiento que a la tradicional fuerza mayor.
- (v) Cuando la ruptura del equilibrio económico del contrato deriva de una modificación de su objeto impuesta por la Administración, el restablecimiento de ese equilibrio es, en rigor, una condición de validez de la resolución de modificación (cfr., por ejemplo, artículo **260.2 del anteproyecto** (250.2 del TRLCSP) para el contrato de concesión de obra pública y artículo **288.4 del anteproyecto** (282.4 del TRLCSP) para el contrato de gestión de servicio público y, en consecuencia, esa resolución debe incluir las previsiones necesarias para la debida compensación del contratista. No obstante, en ocasiones la Administración difiere incorrectamente el restablecimiento del equilibrio económico a un momento posterior. Adicionalmente, cuando el supuesto de hecho que da lugar a la ruptura de ese equilibrio es uno distinto al ejercicio del *iusvariandi*, el restablecimiento del equilibrio necesariamente se produce con posterioridad. Las incertidumbres y retrasos en la adopción por la Administración de las decisiones de reequilibrio colocan en ocasiones al contratista en situaciones financieras extremas, poniendo en riesgo la viabilidad del contrato en cuestión, sin que nuestro actual sistema de recursos contencioso-administrativos y medidas cautelares suponga un remedio efectivo para estas situaciones.

Resultaría conveniente, en este sentido, introducir en nuestra legislación una regulación que evite las referidas dilaciones y los problemas a que dan lugar. En primer lugar, resultaría deseable la previsión de un procedimiento específico y relativamente breve para la resolución de las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico, con un sistema de silencio positivo. En segundo lugar, cabría también plantearse la oportunidad de prever en este punto reglas especiales en materia de tutela cautelar, estableciendo la adopción de la medida cautelar como regla general (salvo que se aprecie con evidencia que no procede el restablecimiento del reequilibrio o la medida ocasione una perturbación grave en los intereses generales) y previendo expresamente la posibilidad de que la medida cautelar

consista en la implantación provisional, total o parcial, de las medidas propuestas por el contratista.

También dentro del marco de una posible mejora reforma legislativa del restablecimiento del equilibrio económico del contrato cabría plantear la eliminación de las restricciones que actualmente existen en nuestra normativa para emplear las ampliaciones de plazo como mecanismo para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, posibilidad limitada a las concesiones en las que el pago del usuario es la fuente de retribución principal y que se encuentra sujeta también a otras restricciones **artículos 268.3 y 288.5 del anteproyecto** (258.3 y 282.5 del TRLCSP). Estas limitaciones y restricciones no resultan del Derecho comunitario, y complican en la actualidad el empleo del mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico que puede resultar adecuado, habida cuenta de las actuaciones limitaciones presupuestarias y de las dificultades que plantea el incremento de tarifas y peajes de los usuarios en el actual contexto de aguda crisis económica. Conviene tener en cuenta que los posibles excesos que pudieran haberse llegado a cometer en algunos casos en el empleo del plazo como mecanismo de reequilibrio no encuentran su natural solución en la limitación de esta posibilidad, sino en el adecuado control de la concurrencia de los supuestos que justifican la adopción de medidas de compensación del contratista.

Por último, en los contratos intensivos en mano de obra, o en los que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales consideramos que el art 203 APLCSP debería incluir una previsión, conforme a lo establecido en el artículo 5.2 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, de revisión motivada de precios. Esta revisión debería estar limitada únicamente a la parte del coste correspondiente a mano de obra, y establecerse según la variación de costes derivada del convenio colectivo sectorial que haya sido publicado con posterioridad y que no hubiese podido ser tenido en cuenta a la hora de determinar las bases de la licitación.

Asimismo, En los contratos que se celebren con el sector público, el precio de los contratos se incrementará en el importe que corresponda como consecuencia de incrementos tributarios que deba soportar el adjudicatario con causa en la publicación de normativa de ámbito estatal o autonómico que imponga dichos costes con posterioridad a la adjudicación.

UNDÉCIMA

El artículo 72 de la DN (Modificación de los contratos durante su vigencia), en su apartado **1.c)** dice:

1. *Las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:*

c) Cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

i) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever,

ii) que la modificación no altere el carácter global de la concesión,

iii) en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva.

Consideramos que con la redacción de este artículo se presenta una magnífica oportunidad a la hora de transponer su contenido al ordenamiento jurídico nacional para que se lleve a cabo una regulación de los riesgos ajenos a la esfera de control de las partes. Estos riesgos especialmente cualificados son la fuerza mayor y lo que nuestra jurisprudencia ha calificado de riesgo imprevisible.

El anteproyecto regula las consecuencias de la fuerza mayor sobre los contratos de concesión de obras públicas de modo igual a como esta categoría se regulaba en el TRLCSP y tradicionalmente en nuestro Derecho de la contratación pública. La fuerza mayor, si rompe sustancialmente la economía del contrato, da lugar a un derecho al restablecimiento del equilibrio económico del mismo, y si impide la prosecución del contrato, a una resolución que garantiza al concesionario la recuperación de su inversión conforme prevé el **anteproyecto en sus artículos 252.3, 268.2.b) y 288.4.b)** (242.3, 258.2.b) y 282.4.c) del TRLCSP). El problema de nuestro régimen de Derecho positivo es que la concepción de fuerza mayor es muy restrictiva, limitándose por razones puramente históricas a una serie supuestos excesivamente concretos (cfr. artículo 231 del TRLCSP, aplicable por remisión a las concesiones de obras públicas).

En este sentido, se sugiere excluir los conceptos tasados pasando a establecer un sistema de “numerus apertus”, mediante la incorporación de la definición de fuerza mayor del Código Civil. De esta manera podrían incorporarse supuestos que se dan en la práctica y que generan muchos perjuicios para el concesionario y también para la Administración. Tal es el caso de la imposibilidad de obtención de permisos, o licencias de otras Administraciones o entidades dependientes de la Administración.

En buena medida, como complemento necesario de ese concepto tan estrecho de «fuerza mayor», nuestros órganos consultivos en materia de contratación y los tribunales han desarrollado la doctrina del «riesgo imprevisible», que permite corregir los desequilibrios económicos que surjan durante la ejecución de un contrato a causa de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato. Ello siempre que tal riesgo altere sustancialmente las condiciones de ejecución del contrato, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse.

A pesar de que no exista en los artículos **252 y 268 del anteproyecto** (242 y 258 del TRLCSP) una expresa referencia a la doctrina del riesgo imprevisible, se puede considerar generalmente aceptado, a día de hoy, la vigencia y aplicabilidad de esta doctrina. No obstante, en aras de la seguridad jurídica convendría, incluir una expresa referencia a esta doctrina en una eventual reforma legal, en la que su regulación habría de ser idéntica a la fuerza mayor. Y ello porque no se aprecian diferencias

esenciales entre una y otra que justifiquen un distinto tratamiento legal, menos aun cuando el limitado alcance de la definición legal de fuerza mayor ha sido en buena medida culpable de la necesidad de aplicar la referida doctrina del riesgo imprevisible. O, alternativamente, también sería posible equiparar el concepto de fuerza mayor en el ámbito de la contratación administrativa al que, para el ámbito civil, prevé el artículo 1105 del Código civil.

Respecto a las modificaciones de los contratos durante su vigencia cuando se produce un desequilibrio económico del contrato y hablando de las concesiones que son intensivas en mano de obra en los sectores de sanidad, dependencia y servicios sociales:

Incorporar como causa del desequilibrio económico a restaurar, además de la fuerza mayor y el riesgo imprevisible, la desviación de la evolución del factor de la mano de obra previsto en las estimaciones iniciales y siempre que en las fórmulas de revisión de precios durante la vigencia de la concesión no se incluya la evolución de dicho parámetro dentro de la fórmula polinómica de revisión de los precios.

Para ello, en la memoria económica que a los pliegos deberá acompañar, debe contener las variables consideradas en cada año de la vigencia de la concesión. De esta forma, se podrá constatar dicha desviación.

Para la evolución del factor del coste laboral, reiteramos, en las actividades intensivas en mano de obra (igual o superior al 40% del coste), y evitar el cuestionamiento que pudiera hacerse de intentar repercutir sin más a la Administración unos costes laborales de negociación, se deberá atender a los costes derivados de los Convenios Colectivos Sectoriales y a la buena fe de las partes.

DUODÉCIMA

Se propone un añadido en el **Artículo 340 apartado 2 del Anteproyecto** (334 .1 del TRLCSP) **sobre Plataforma de Contratación del Sector Público**, ya que con la redacción actual entes como ADIF o AENA no están obligados a publicar los anuncios de licitación en la Plataforma de Contratación del Estado.

Artículo 340. Plataforma de Contratación del Sector Público.

(...)

2. Los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundiéndose exclusivamente a través de la misma **y en la que darán publicidad de los anuncios de licitación, así como de cualquier otra información relevante para los licitadores.** En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratando situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

DECIMOTERCERA

Si bien en el artículo 20 de la DN (Contratos reservados), se prevé la reserva en relación con los *«talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas»*. Además de resultar preocupante la falta de cuantificación de la misma, se entiende que la aplicación de dicha reserva puede llevar a una distorsión en el mercado (como de hecho ya ocurre en algunos ayuntamientos en contratos de jardinería, limpieza, servicios sociales, educativos, sanitarios, dependencia y similares).

Aunque el precepto utiliza la fórmula “podrán”, en la **Disposición Adicional Cuarta del anteproyecto** (DA 5ª del TRLCSP), Contratos reservados, se prevé que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros u órgano competente en el ámbito de las CC.AA. se fijará un porcentaje mínimo de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción.

En nuestra opinión, debería, no fijarse un porcentaje mínimo, sino **limitar cuantitativamente su ámbito de aplicación**.

Así mismo, debe quedar claramente explicitado, que no se puede favorecer a las Entidades sin ánimo de lucro, frente al resto, dado que limita la libre competencia y competencia que en todo proceso de licitación debe existir.

En este sentido, y de forma más particular, en relación con lo establecido en el artículo 74 de la DN (Adjudicación de contratos de servicios sociales sanitarios, dependencia y otros servicios específicos), estamos en contra de que se reserven a determinadas organizaciones como las entidades sin ánimo de lucro, el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

Madrid, 7 de mayo de 2015