

Informe 17/2016, de 28 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Proyecto de Orden por la que se crea el Foro de contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

I. ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de Hacienda y Administración Pública se dirige, con fecha 27 de julio de 2016, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor:

«1.- La Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización del Departamento de Hacienda y Administración Pública, está tramitando el Proyecto de Orden por el que se crea el Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el reglamento que regula su organización y funcionamiento.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 3.1 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, le corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el ejercicio de la función consultiva, las siguientes actuaciones: Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos: a) Los proyectos y anteproyectos de carácter general en materia de contratación administrativa cuya aprobación sea competencia del Gobierno de Aragón o de los Consejeros del mismo y no hayan sido elaborados o propuestos por la propia Junta Consultiva

Al objeto de que se emita el correspondiente informe preceptivo, se da traslado de la documentación comprensiva de este proyecto normativo:

- Orden de inicio*
- Primer proyecto de Orden y Memoria*
- Remisión de la solicitud de informe a la Universidad de Zaragoza, Secretaría General Técnica, Tribunal de Defensa de la Competencia y Dirección General de Ciudadanía y Derechos Sociales*
- Documentos justificativos del trámite de información pública*
- Alegaciones e informes*

- *Informes de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización a las alegaciones e informes presentados.*
- *Segundo proyecto de Orden incorporando el resultado de la estimación de las alegaciones.*
- *Memoria».*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 28 de septiembre de 2016, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante del informe.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1 a) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, conforme al cual corresponde a la Junta Consultiva informar con carácter preceptivo «a) *Los proyectos y anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación administrativa, cuya aprobación sea competencia del Gobierno de Aragón o de los Consejeros del mismo y no hayan sido elaborados o propuestos por la propia Junta Consultiva.*»

Por otra parte, la Secretaria General Técnica de Hacienda y Administración Pública es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Reglamento de Organización y Funcionamiento.

II. Objeto del proyecto. Consideraciones generales

El proyecto de Orden sometido a informe tiene por objeto la creación del Foro de contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón y la aprobación del Reglamento que regulará su organización y funcionamiento.

La norma se ha tramitado al amparo de las competencias que el Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye a la Comunidad Autónoma en materia de «*organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno*» (art. 71.1ª EAAr), «*desarrollo de las bases del Estado previstas en el artículo 149.1.18ª de la Constitución*» en materia de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma (arts. 75.11ª y 12ª EAAr), y «*establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria ... de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de la regulación del referéndum y de lo previsto en el artículo 149.1.32ª de la Constitución*» (art. 71.27ª EAAr).

Al tratarse de una norma reglamentaria de carácter organizativo en materia de contratación pública, la competencia para su aprobación corresponde al Consejero de Hacienda y Administración Pública al amparo de lo dispuesto en el artículo 43.4 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, en cuya virtud los Consejeros tienen potestad reglamentaria de orden interno en las materias de su competencia y en el artículo 1.1.u) del Decreto 311/2015, de 1 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Administración Pública, en cuya virtud este Departamento ostenta la competencia relativa a la elaboración de proyectos normativos en materia de contratación pública.

El proyecto de Orden que es objeto del presente informe trae causa de la Proposición No de Ley nº 65/15-IX sobre la contratación pública en la

Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobada por las Cortes de Aragón con fecha 8 de octubre de 2015 en los siguientes términos:

«Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a:

- 1.- Impulsar el estudio y análisis de un programa de recuperación sostenida y asunción por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de la gestión de aquellos servicios públicos externalizados que se prestan a la ciudadanía.*
- 2.- Crear el Observatorio de la Contratación Pública de Aragón con el objetivo de estudiar, analizar y hacer propuestas sobre la gestión de los servicios públicos. El Observatorio tendrá, entre otras, las funciones de:*
 - Realizar propuesta de cláusulas para incluir en nuevos pliegos.*
 - Controlar las políticas del Gobierno en materia de contratación pública, con participación de la ciudadanía.*
 - Verificar el cumplimiento de los pliegos durante el desarrollo de los contratos.*
 - Promover la eficacia de la contratación pública, trabajando en la identificación de oportunidades de contratación para la economía social y en el desarrollo de la formación para agentes sociales con el objetivo de fortalecer un mercado social»*

Si bien el apartado 2 de esta Proposición No de Ley instaba al Gobierno de Aragón a crear un Observatorio de la Contratación Pública de Aragón que asumiera funciones de naturaleza consultiva, participativa y de control de la ejecución de los contratos, el Proyecto de Orden que aquí es objeto de informe se centra, de modo exclusivo, en la creación de un órgano –Foro de contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón- de naturaleza participativa, excluyendo eventuales funciones de naturaleza consultiva o de control que pudieran entrar en colisión con las que desempeñan otros órganos actualmente existentes como es el caso de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón o el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Así lo manifiesta de modo expreso la propia Exposición de Motivos de la Orden:

*«En cuanto al modelo organizativo, el Foro de los contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón se configura como un instrumento de participación y debate sobre las políticas en materia de contratación ...
... En cambio, no se incluyen dentro del ámbito del Foro de contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón las funciones de naturaleza consultiva al Gobierno, por corresponder las mismas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Tampoco le corresponden funciones de control de la ejecución de los contratos o de resolución de conflictos, en tanto en cuanto ese tipo de funciones las tienen*

atribuidas los propios órganos de contratación y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón o, en su caso, los correspondientes órganos jurisdiccionales».

En coherencia con ello, el proyecto de Orden configura el Foro de los contratos públicos de Aragón como un instrumento de participación en materia de contratación pública (art. 1.1). Este objetivo se pretende llevar a efecto mediante la canalización de la participación de diversos agentes sociales en el proceso de planificación de los objetivos y políticas públicas en esta materia (art. 2).

La activa participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos adquiere singular relieve dentro de un contexto general en que se propician modelos de gobierno abierto articulados sobre los ejes de la transparencia, la participación y la colaboración. La reciente Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, lo resalta así en su Preámbulo:

«En este sentido, el derecho de participación es otro eje informador del gobierno abierto, como modelo que habilita instrumentos que permitan a los ciudadanos y las ciudadanas opinar, debatir, argumentar, formular propuestas y colaborar en los asuntos públicos. La promoción de una participación ciudadana activa y de calidad constituye una condición esencial para la innovación democrática, precisamente en un contexto de complejidad creciente.... Además, la gestión pública participativa contribuye al desarrollo, favorece la inclusión y la cohesión social, perfecciona los valores democráticos y favorece una mayor eficacia de la acción política y administrativa al incorporar en las políticas públicas toda la riqueza que representan los conocimientos, criterios y experiencias de la ciudadanía».

De acuerdo con el artículo 52.1 de la citada Ley 8/2015, las acciones destinadas a garantizar la participación ciudadana se pueden desarrollar no sólo a través de los instrumentos previstos en la misma, sino también a través de los que puedan establecerse bien en otras leyes sectoriales, bien en normas reglamentarias como la que es objeto de análisis en este Informe.

III. Análisis del contenido del proyecto.

El proyecto de Orden está integrado por un artículo único, seis disposiciones adicionales, dos disposiciones finales y un Anexo que incorpora el Reglamento que regula la organización y funcionamiento del Foro de contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Foro de contratos públicos, el artículo 1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento precisa el carácter de órgano de participación en materia de contratación pública, que no tiene la consideración de órgano administrativo y posee independencia orgánica y funcional respecto del Departamento al que queda adscrito (Hacienda y Administración Pública). Esta opción normativa quedaría amparada por lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, en relación con la creación de órganos de participación ciudadana y además permite deslindar el ámbito propio del Foro respecto de los órganos que ejercen funciones de naturaleza jurídico-administrativa (consultivas, de control...) en materia de contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón. En coherencia con ello, debería modificarse la mención que se realiza en el apartado I de la Exposición de Motivos al Foro de contratos públicos como «*espacio administrativo*».

Especial interés presenta la regulación del ámbito subjetivo que se incluye en el artículo 3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, conforme al cual, «*las funciones atribuidas al Foro de contratos públicos... se ejercerán respecto de la actividad contractual de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y la de aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador*».

Esta redacción guarda coherencia con el ámbito subjetivo que define el artículo 2.1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del

Sector Público de Aragón, en cuya virtud *«esta Ley será de aplicación, en los términos y con el alcance que la misma determine, a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y a aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador ...»*. La identidad de ámbitos entre ambas normas debe valorarse de forma positiva ya que el objeto del Foro de Contratos públicos está vinculado a la función participativa en la definición de objetivos y políticas públicas en materia de contratación. Por ello, resulta adecuado que esta actuación se ajuste al ámbito subjetivo definido por la Ley aragonesa de contratos públicos.

Sin embargo, se observa una cierta imprecisión terminológica en el texto del proyecto. Así, aunque en algunas ocasiones se mantiene una redacción coincidente con la del art. 2.1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón (así en el apartado III de la Exposición de Motivos), sin embargo en varios artículos se opta por acotar el ámbito subjetivo a la Administración de la Comunidad Autónoma y los poderes adjudicadores de ella dependientes, quedando por tanto fuera del mismo las entidades vinculadas.

Tampoco se mantiene uniforme la redacción en este segundo conjunto de normas. Así la Disposición Adicional Sexta se refiere a la *«Administración de la Comunidad Autónoma y el resto de poderes adjudicadores dependientes de la misma»*, fórmula que se reitera prácticamente idéntica en el artículo 2. Sin embargo el artículo 4.a) emplea la expresión *«cualesquiera poderes adjudicadores dependientes de la Comunidad Autónoma de Aragón»*, ámbito más amplio que el de la Administración de la Comunidad Autónoma y que se reitera en el art. 7.2.a), conforme al cual corresponde al Presidente representar al Foro en sus relaciones *«con los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma o de los poderes adjudicadores de ella dependientes...»*. Sin embargo, el art. 8.1, relativo a los Vocales, en sus apartados a) y c) vuelve a

acotar el ámbito a la «*Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y los poderes adjudicadores dependientes de ella*»

Las funciones del Foro de Contratos públicos, que asume en ejercicio de su función participativa, como reitera el artículo 4 del texto aquí analizado, se detallan en 8 apartados cuyo contenido se coherente con el objeto del Foro como espacio de participación de los diversos agentes sociales en el proceso de planificación de objetivos y políticas públicas en materia de contratación y resulta además coherente con los principios rectores de la contratación enunciados en el art. 3 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón. Sin embargo, debe observarse que, mientras los apartados b) a h) del artículo 4 detallan una serie de funciones específicas que se asignan al Foro como órgano de participación, el apartado a) define una suerte de función general («*Recomendar... la adopción de medidas normativas, administrativas, o buenas prácticas, relativas a la contratación pública*») que no hace referencia tanto al contenido como a la forma de sus actuaciones, que es objeto de desarrollo en el artículo 5, por lo que resultaría conveniente ajustar la redacción en este punto.

Dentro de las concretas funciones que se asignan al Foro en el artículo 4, se incluye en el apartado g) la siguiente: «*Sugerir los ámbitos de actuación que puedan ser objeto de concertación por su consideración como servicios no económicos de interés general*». El Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, regula la acción concertada como un instrumento de naturaleza no contractual a través del cual las Administraciones competentes pueden organizar la prestación de servicios de carácter social o sanitario, en cuanto pueden ser considerados servicios no económicos de interés general excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Dada la consideración del Foro de Contratos públicos como órgano de participación en materia de contratación pública, **la función asignada en relación con la concertación podría quedar fuera de su ámbito propio, por tener la acción concertada naturaleza no contractual.**

En cuanto a la forma de las actuaciones del Foro de contratos públicos, el artículo 5 establece que las mismas tomarán la forma de Recomendación y se emitirán por escrito, detallándose a continuación su regulación material. Hay otro precepto en la norma, el artículo 13, que también regula las Recomendaciones, si bien desde su aspecto procedimental, desarrollando el procedimiento de adopción de acuerdos sobre las mismas. Sin embargo, el **apartado 3 de este último artículo contiene una precisión que no es de carácter procedimental, sino material, por lo que tendría más adecuado encaje en el artículo 5: («Las Recomendaciones que emita el Foro tendrán carácter orientativo en el diseño de políticas de contratación pública»)**

Por lo que respecta al carácter orientativo de las Recomendaciones que emita el Foro, se trata de una previsión que guarda coherencia con la regulación de los instrumentos de participación ciudadana que establece la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, cuyo artículo 52.4 dispone que *«El resultado de los instrumentos de participación ciudadana tendrá carácter orientativo en el diseño de las políticas públicas»*

La composición del Foro de contratos públicos se regula en los artículos 6 y ss., habiéndose incrementado el número de vocales desde los 11 inicialmente propuestos en la primera redacción del proyecto hasta los 15 que aparecen en la versión del mismo que es objeto del presente informe.

La naturaleza de los órganos participativos determina que sus miembros (o al menos parte de ellos) no sean designados en razón de sus conocimientos o de su experiencia en una materia administrativa, sino que proceden de la designación o elección realizada por organizaciones públicas o privadas,

portadoras de determinados intereses, lo cual los separa de los órganos consultivos en sentido estricto. Nada impide, sin embargo, que este procedimiento de designación se concilie con medidas para procurar la presencia en estos órganos de personas cualificadas técnicamente, en especial si se tiene en cuenta que de acuerdo con el art. 57.3 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón *«El funcionamiento de los órganos de participación ciudadana se regirá por el principio de calidad»*.

En este sentido el proyecto de norma aquí analizado contiene algunos elementos tendentes a procurar que los miembros del Foro sean designados por razón de su cualificación técnica.

El apartado III de la Exposición de Motivos del proyecto formula esta pretensión en los siguientes términos: *«Por cuanto respecta a su composición, deberá procurarse que la designación de sus miembros obedezca a criterios de especialización por razón de la materia, primando la cualificación técnica de sus miembros, que actuarán como representantes de los intereses afectados por la actividad contractual, y no tanto de la organización que los proponga o para la que presten servicio»*.

Acorde con este propósito, el art. 11.2, relativo a Normas generales de funcionamiento, establece que en la designación de los ponentes que realice el Presidente para la elaboración de las propuestas de Recomendación *«...se implicará a todos los componentes del Foro, atendiendo a su capacidad técnica y profesionalidad»*.

Sin embargo, esta intención sólo llega a concretarse en la exigencia de que los dos representantes de los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma posean experiencia en materia de contratación y en la exigencia de que el representante de las universidades públicas sea un profesor con especialización en ramas del derecho relacionadas con la contratación pública. **Por tanto, sólo en tres de los quince vocales se pide de modo**

específico la posesión de una determinada cualificación técnica. A fin de responder de un modo más completo a las exigencias del principio de calidad, que ordena el funcionamiento de los órganos de participación, de acuerdo con el antes citado art. 57.3 de la Ley 8/2015, podría resultar adecuado introducir en la redacción del artículo 8, relativo a los Vocales, alguna indicación en el sentido de que las diversas entidades procurarán que la propuesta de designación de sus respectivos representantes en el Foro obedezca a criterios de especialización por razón de la materia.

El nombramiento de los vocales se regula en el art. 8.1, que establece que su designación se llevará a cabo por Orden del Consejero competente en materia de contratación pública. Sin embargo, el mismo art. 8, en sus apartados 4 y 5, regula el cese de los vocales detallando las causas que lo pueden producir, pero sin precisar la forma jurídica en que éste se ha de llevar a cabo, que debería ser también una Orden del consejero competente en materia de contratación y no un «*acuerdo del Consejero del Departamento competente...*», como de modo incorrecto se señala en el art. 8.5.b).

Consideración especial requiere el apartado 6 del art. 8 referente a los vocales nombrados a propuesta de las entidades representativas de intereses sociales en cuanto a que éstos «...podrán ser sustituidos en todo momento mediante la acreditación ante la Secretaría del Foro de contratos públicos del nombre del sustituto». El automatismo en la sustitución que pretende imponer este precepto no debe constituir un obstáculo para el debido cumplimiento de los requisitos formales imprescindibles al objeto de garantizar la publicidad de estos procesos, haciendo además efectivo el principio de transparencia que debe regir el funcionamiento de los órganos de participación (art. 57.1 Ley 8/2015).

A este principio de transparencia se refiere de modo expreso el art. 11 en el que se regulan las normas generales de funcionamiento del Foro. Ello es reflejo directo del contenido del art. 57.1 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.

Sería aconsejable que el artículo 11 incluyera también una mención expresa a un segundo principio de funcionamiento de los órganos de participación que proclama el mismo art. 57.3 de la Ley 8/2015: «*El funcionamiento de los órganos de participación ciudadana se regirá por el principio de calidad*».

El art. 11.3 prevé que el Foro de contratos públicos pueda dictar una norma de régimen interno. Sin embargo se limita a indicar que esta norma «*deberá ser aprobada por los dos tercios de los vocales*». Debe entenderse que esta aprobación lo será con el voto favorable de dos tercios de los vocales, pero no se precisa si se trata del número legal de miembros o se trata sólo de los miembros presentes.

El art. 10 atribuye el desempeño del cargo de Secretario del Foro al «*funcionario que ocupe el puesto de Jefe de Servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón que tenga atribuidas las competencias en materia de contratación pública*». Como formulación de partida, en la Administración de la Comunidad Autónoma existen o pueden existir diversos Servicios que ejerzan funciones en relación con las competencias en materia de contratación pública. Y, en concreto, esta circunstancia se produce en la actualidad dentro de la Dirección General competente en materia de contratación pública, que es la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización. Por ello se entiende aconsejable corregir la redacción de este precepto en la consideración de que puede haber más de un Jefe de Servicio con funciones en materia de contratación dentro de la Dirección General competente en la misma.

El art. 14, relativo a la Información de la actividad del Foro, prevé la remisión de la Memoria anual del Foro a la Comisión competente en materia de contratación de las Cortes de Aragón. La elaboración de esta Memoria anual corresponde, de acuerdo con el art. 10.2.c) al Secretario del Foro. Sin embargo, el proyecto aquí informado guarda silencio sobre la competencia así como sobre el

procedimiento para la aprobación de dicha Memoria. **Se estima conveniente introducir en el texto de la norma alguna mención en tal sentido.**

III. CONCLUSIÓN

Se informa favorablemente el proyecto de Orden por la que se crea el Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, con las observaciones y sugerencias contenidas en el cuerpo de este Informe

Informe 17/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 28 de septiembre de 2016.

EL PRESIDENTE

P.S. EL PRESIDENTE SUPLENTE
*(Orden de 17 de agosto de 2015 del
Consejero de Hacienda y Administración Pública)*

Miguel Ángel Bernal Blay

