

Informe 13/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Adaptación de los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a contratos de suministro, en la modalidad de suministro por precio unitario (artículo 9.3 a) TRLCSP), procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación, a la normativa vigente en materia de contratación pública.

I. ANTECEDENTES

El Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de 8 de junio de 2016, en el que solicita informe sobre la adaptación a la normativa vigente en materia de contratación pública, de diversas cláusulas que figuran en los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, para la adjudicación de contratos de suministro, en la modalidad de suministro por precio unitario, regulado en el artículo 9.3 a) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) por procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación.

Se acompaña al escrito, la propuesta de pliego tipo con el informe favorable de los Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón, de 7 de junio de 2016, informe que resulta preceptivo de acuerdo con lo previsto en el Decreto 167/1985, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 20 de julio 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 para solicitarle informe.

De conformidad con el artículo 3.1.f) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

El Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud es órgano competente para formular la solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 d) del mencionado Reglamento.

II. Necesidad de adaptación de las cláusulas de los pliegos tipo utilizados por la Comunidad Autónoma de Aragón para la adjudicación por procedimiento abierto de contratos de suministro, en la modalidad de suministro por precio unitario.

Con fecha 25 de febrero de 2016, esta Junta Consultiva informó los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, para la adjudicación de contratos de suministro, en la modalidad de suministro por precio unitario (artículo 9.3 a) TRLCSP), procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación, y

procedimiento negociado (Informe 4/2016), a las modificaciones que hasta ese momento había sufrido el TRLCS, fundamentalmente por las siguientes normas:

- Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
- Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.
- Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, con la transitoriedad prevista en la Disposición Adicional octogésimo octava de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
- Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP),

Estas modificaciones normativas obligaron a una revisión profunda de los Pliegos.

En la actualidad, finalizado el plazo de transposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva 2014/24/UE), resultan de aplicación directa aquellos preceptos de la Directiva que sean claros y concisos, y no requieran acto alguno de concreción, como puso de relieve esta Junta Consultiva en su informe 17/2015, y recordó en el Informe 4/2016 relativo a los pliegos tipo que se someten de nuevo a consideración Especialmente, se advertía la aplicabilidad de las previsiones del

Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del Documento Europeo Único de Contratación (en adelante DEUC).

Por otra parte, la entrada en vigor de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, el 16 de enero de 2016, hace necesario recoger algunas referencias a sus preceptos en las cláusulas del pliego tipo, a efectos de ganar en seguridad jurídica.

III. Especialidades de los contratos de suministro del artículo 9.3.a) TRLCSP.

Esta Junta ha tratado en diversos informes las especialidades derivadas de la naturaleza jurídica de los suministros a que se refiere el artículo 9.3.a) TRLCSP, así en los Informes 13, 14 y 27/2008; 5, 15 y 24/2009; 20/2012; 4 y 9/2016.

Como se decía en el Informe 4/2016:

«El artículo 9.3.a) TRLCSP define una categoría entre los contratos de suministros, aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. A continuación el legislador introduce un mandato de carácter procedimental relativo a la adjudicación y añade que «no obstante», la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario, pero ello no le hace perder su calificación objetiva de contrato de suministro. De hecho, en el Borrador de Anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público que dio a conocer el Ministerio de Hacienda en abril de 2015, se ha suprimido la mención a la tramitación de estos contratos de acuerdo con las normas de los acuerdos marco.

Estos contratos constituyen el ejemplo más significativo de los «contratos marco individuales». Se trata de los clásicos contratos a precio unitario y cuantía indeterminada, en los que el órgano de contratación realiza pedidos de forma sucesiva, subordinados a las necesidades a satisfacer, sin que se comprometa con la formalización a la adquisición de un determinado número de unidades. Este negocio no se puede definir como acuerdo marco stricto sensu, ni calificar de contrato normativo o precontrato, porque todas las obligaciones están perfectamente definidas, quedando solamente por concretar la cantidad de suministros. En términos generales, se puede afirmar que se trata de un contrato tradicional de suministro al que se aplicarán todas las instituciones de este tipo, incluida la necesidad de certificación de existencia de crédito adecuado y suficiente en el momento de su licitación, y la autorización y disposición de un gasto al tiempo que se formaliza el contrato. La adjudicación y formalización de estos contratos se diferenciará muy poco de la de un contrato tradicional, con la particularidad de contratar a precio unitario por cuantía indeterminada.»

De acuerdo con lo anterior, la remisión a las normas del Capítulo II del Título II del Libro III relativas a los acuerdos – marco, para la adjudicación de estos contratos, se circunscribe en realidad, a algunos aspectos concretos como el plazo de duración que no podrá exceder de cuatro años (artículo 196.3 TRLCSP), y a la publicidad de la celebración del contrato (artículo 197.2 y 3 TRLCSP).

Asimismo el TRLCSP dedica específicamente la disposición adicional, trigésima cuarta, de carácter básico, a los suministros y servicios en función de las necesidades, con el siguiente tenor literal:

«En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar éste, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo.»

En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 106 de esta Ley. La citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades».

Como dijo esta Junta en el Informe 4/2016:

«La interpretación de este precepto no es fácil; ni a juicio de esta Junta Consultiva la figura de la modificación del contrato parece la más adecuada para atender el aumento o disminución de las necesidades de adquisición previstas inicialmente, dado que no existe un número de unidades contratadas. Ello no obstante, los principios de legalidad y de seguridad jurídica, obligan a que el criterio de esta Junta en este punto deba ser revisado a la luz de la nueva disposición adicional trigésima cuarta del TRLCSP, para concluir la necesidad de incorporar en los Pliegos una modificación «prevista» con esta finalidad, si se prevé que la circunstancia se produzca.»

IV. Análisis de las modificaciones introducidas en las cláusulas de los pliegos tipo sometidas a informe.

Los pliegos tipo que se someten ahora a la consideración de esta Junta son una revisión de los analizados en el informe 4/2016, adaptados por el Servicio Aragonés de Salud a los preceptos de la Directiva 2014/24/UE, que resultan de aplicación directa finalizado el plazo de transposición incluyendo la posibilidad de presentar el DEUC, y a la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, detallando las obligaciones del adjudicatario al respecto.

Entrando a analizar el contenido de estas nuevas cláusulas, se aprecia en primer lugar que en la cláusula 3.2.4.1 se incluye la posibilidad de que el licitador presente para acreditar inicialmente que cumple con los requisitos de capacidad,

representación, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, una declaración responsable cuyo modelo se incluye como Anexo II.4, o bien el DEUC, cuyo formulario normalizado se incluye como Anexo II.5.

Esta Junta ha dedicado la Recomendación 2/2016, de 21 de junio de 2016, a la utilización del DEUC, sentando el criterio de que en los contratos sujetos a regulación armonizada solo es admisible la presentación del DEUC, mientras que en contratos no armonizados, el órgano de contratación puede prever la posibilidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos previos por el licitador, bien mediante la declaración responsable cuyo modelo se incluya en el pliego, o en todo caso mediante el DEUC, de forma alternativa.

Por lo tanto es necesario precisar en el pliego que en caso de contratos sujetos a regulación armonizada solo el DEUC resultará admisible como acreditación inicial de los requisitos de capacidad, solvencia y ausencia de prohibición de contratar.

Además, admitida por la Directiva 2014/24/UE la posibilidad de utilizar el DEUC con carácter general, no tiene sentido mantener la limitación que el artículo 146.4 TRLCSP establece para la utilización con carácter voluntario de la declaración responsable, exigiendo que para contratos de valor estimado igual o superior a 1.000.000 euros en contratos de obras, y 90.000 euros en suministros y servicios, sea necesario una previsión expresa en el pliego. Por ello deberá suprimirse la referencia a este extremo en la cláusula 3.2.4.1.

Por otro lado, hay que entender que sigue vigente la previsión contenida en el mismo apartado 4 del artículo 146 TRLCSP, sobre la posibilidad de que el órgano de contratación, en aras de conseguir una mayor simplificación y agilidad del procedimiento, exija, estableciéndolo en el pliego, que obligatoriamente la aportación inicial de la documentación se realice mediante una declaración responsable, pues la Directiva nada dice al respecto. Ahora bien, es necesario admitir que en ese caso puedan usarse indistintamente el modelo de declaración del pliego y el DEUC. Si no fuera así se estaría contraviniendo la Directiva

2014/24/UE. Por ello, de mantenerse esta previsión sobre la obligatoriedad de la declaración responsable, debería aparecer en la cláusula 3.2.4.1 después de la referencia al DEUC, y recoger expresamente que resultarán admisibles ambos documentos. También debería acomodarse el enunciado del apartado V del cuadro – resumen.

En segundo lugar se incluye una nueva cláusula 3.5.2.5 «Obligaciones de suministrar información», con la que se intenta dar cumplimiento a las previsiones del artículo 9, apartados 1 y 4 de la Ley 8/2015 de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón:

«1. Los adjudicatarios de contratos del sector público estarán obligados a suministrar a las entidades previstas en el artículo 4 de esta ley a las que se encuentren vinculadas, previo requerimiento y en un plazo de quince días, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellas de las obligaciones previstas en este título, obligación que deberá hacerse constar expresamente en el respectivo contrato. A estos efectos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento equivalente especificarán dicha obligación.»

(...)

4. Las Administraciones públicas aragonesas podrán acordar, previo apercibimiento y audiencia al interesado, la imposición de multas coercitivas una vez transcurrido el plazo conferido en el requerimiento sin que el mismo hubiera sido atendido. La multa será reiterada por períodos de quince días hasta el cumplimiento. El total de la multa no podrá exceder del cinco por ciento del importe del contrato, subvención o instrumento administrativo que habilite para el ejercicio de las funciones públicas o la prestación de los servicios. Si en dicho instrumento no figurara una cuantía concreta, la multa no excederá de 3.000 euros. Para la determinación del importe, se atenderá a la gravedad del incumplimiento y al principio de proporcionalidad.»

Sin embargo no se concreta, como exige el apartado 4 transcrito, cuál será el importe de la multa en caso de incumplimiento.

V. Observaciones y recomendaciones al Pliego de suministro en la modalidad prevista en el artículo 9.3. a) TRLCSP, por procedimiento abierto.

En primer lugar es necesario hacer unas observaciones generales que clarifiquen las especialidades de este tipo de suministro. Como ya se ha dicho en la consideración jurídica III, estamos ante un contrato y no ante un acuerdo – marco

propriadamente dicho, por ello tanto en el cuadro – resumen como en el clausulado deberían suprimirse las menciones al acuerdo – marco. También debería precisarse cómo opera el presupuesto inicialmente aprobado como límite a la formulación de pedidos, y las posibles modificaciones por incremento de las necesidades inicialmente previstas, de acuerdo con el tenor de la disposición adicional trigésima cuarta del TRLCSP.

En segundo lugar, han de incorporarse a los pliegos aquellos otros preceptos de la Directiva 2014/24/UE, distintos del artículo 59 relativo al DEUC, a los que se reconoce efecto directo. En este sentido, resulta conveniente que en la cláusula 2, cuando se recoge el régimen jurídico del contrato, se incluya una mención expresa a la Directiva 2014/24/UE para que quede constancia de que en la redacción del pliego han sido tenidos en cuenta los preceptos de la misma que tienen efecto directo.

Además, en concreto, en la cláusula 2 debe hacerse constar que sin perjuicio de que con carácter general los acuerdos que dicte el órgano de contratación en el ejercicio de sus prerrogativas de interpretación, modificación y resolución, serán inmediatamente ejecutivos y contra ellos se pueda interponer potestativamente recurso de reposición ante el mismo órgano, o recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada, aquellas decisiones que se adopten en la fase de ejecución relativas a la modificación, subcontratación o resolución del contrato respecto de las que se cuestione el cumplimiento de las exigencias que establece la Directiva 2014/24/UE, podrán ser recurridas, potestativamente, mediante recurso especial. Y ello por aplicación del artículo 46 de la Directiva 2014/23/UE que modifica la Directiva 89/665/CEE, indicando que la Directiva de recursos se aplica en lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de la Directiva 2014/24/UE y concesiones comprendidas en la Directiva 2014/23/UE debiendo garantizarse que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas. De esta forma se incluye a todas las cuestiones reguladas en la Directiva que afectan a la fase de ejecución del

contrato, como modificaciones contractuales, subcontratación y causas de rescisión o resolución.

Debe incorporarse en la cláusula 3.2.4.1 «Documentos a incluir en el sobre nº UNO», apartado 5º que conforme al artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE, titulado «Recurso a las capacidades de otras entidades», en caso de que un licitador integre su solvencia con medios externos, habrá que acreditar que las empresas a las que el licitador recurre para completar su solvencia, cumplen los requisitos de selección que le resulten aplicables y que no están incursas en prohibición de contratar.

La cláusula 3.4.2 debe completarse de acuerdo con lo previsto en los artículos 50.1 y 75.2, primer inciso de la Directiva 2014/24/UE, a los que se reconoce efecto directo, en el sentido de que el plazo para publicar el anuncio de formalización a que se refiere el artículo 154 del TRLCSP, será para los contratos sujetos a regulación armonizada de 30 días a contar desde la formalización.

En tercer lugar hay que subsanar algunos defectos del pliego. Se observa que en el apartado D del cuadro-resumen se incluyen referencias al «importe IVA» y al «valor estimado IVA incluido». Estos datos, que por otra parte resultan irrelevantes, pueden llevar a confusión pues el valor estimado no incluye en ningún caso el IVA. El artículo 5 de la Directiva 2014/24/UE lo define como:

«El cálculo del valor estimado de una contratación se basará en el importe total a pagar, IVA excluido, estimado por el poder adjudicador, incluido cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de los contratos que figuren explícitamente en los pliegos de la contratación.»

Por ello se propone que se supriman estas referencias.

También resulta conveniente modificar la cláusula 3.1.5 relativa a «Existencia de crédito» que dice literalmente: «Existe crédito suficiente hasta el importe del valor estimado fijado por la Administración, descontado el importe de las posibles prórrogas, con cargo a la aplicación presupuestaria...», para precisar que tampoco está incluido el importe estimado de las modificaciones previstas.

Finalmente, recordar que como se viene señalando en los informes de esta Junta, la entrada en vigor en octubre de este año de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, obligará a revisar las referencias en el Pliego a preceptos concretos de la Ley 30/1992.

III. CONCLUSIÓN

Se informa favorablemente, con las observaciones y sugerencias manifestadas en este informe, la adaptación de los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de contratos de suministro, en la modalidad de suministro por precio unitario (artículo 9.3 a) TRLCSP), procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación, previa aprobación del órgano competente, al resto de Departamentos del Gobierno de Aragón.

Informe 13/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 20 de julio de 2016.