

**Informe 16/2018, de 13 de junio de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Ayuntamiento de Zaragoza aplicables a contratos de servicios, en sus modalidades de procedimiento abierto, procedimiento abierto simplificado y procedimiento abierto simplificado abreviado.**

## **I. ANTECEDENTES**

El Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de 25 de abril de 2018, en el que solicita informe sobre nuevos modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que se han elaborado adaptados al contenido de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Se acompaña al escrito la propuesta de adaptación, entre otros, de los siguientes pliegos-tipo de cláusulas administrativas particulares:

1. Pliego de cláusulas administrativas particulares tipo para la contratación de servicios por procedimiento abierto
2. Pliego de cláusulas administrativas particulares tipo para la contratación de servicios por procedimiento abierto simplificado
3. Pliego de cláusulas administrativas particulares tipo para la contratación de servicios por procedimiento abierto simplificado abreviado

Se adjunta a la solicitud el informe favorable emitido por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento con fecha 18 de abril de 2018, común para todos los pliegos tipo presentados.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 13 de junio de 2018, 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, le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

El Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza, en cuanto Órgano de Gobierno de una entidad local aragonesa, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, g) del mencionado Reglamento.

**II.- Necesidad de adaptación de los pliegos utilizados por el Ayuntamiento de Zaragoza a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.**

El pasado 9 de marzo de 2018 entró en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), salvo la letra a) del apartado 4 del artículo 159 y la letra d) del apartado 2 del artículo 32, que lo harán a los diez meses de la publicación de la LCSP en el «Boletín Oficial del Estado»; los artículos 328 a 334, así como la disposición final décima, que lo hicieron al día siguiente de la referida publicación; y el tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 que entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo.

Por ello, como ya ha venido indicando esta Junta en los últimos informes elaborados a raíz de la entrada en vigor de la nueva Ley, todos los expedientes de contratación, sin excepción, que se inicien a partir del 9 de marzo —entendiendo por tales aquellos cuya convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato se publique en esa fecha o a partir de la misma; si bien hay que hacer la precisión de que, si se trata de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos— se regirán por la LCSP y sus Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares deberán estar adaptados a sus disposiciones.

Los recientes Informes de esta Junta 4/2018, 5/2018, 6/2018 y 7/2018, de 26 de febrero de 2018, informaron los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas administrativas particulares aplicables a contratos de obras, servicios y suministros —en sus modalidades de procedimiento abierto, procedimiento abierto simplificado ordinario y procedimiento abierto simplificado abreviado— para ser utilizados por la Comunidad Autónoma de Aragón y sirven de referencia para el examen de los pliegos tipo del Ayuntamiento de Zaragoza que ahora se informan.

En cuanto a la necesidad de adaptación de los pliegos del Ayuntamiento de Zaragoza a la nueva LCSP es necesario destacar que, como ya se puso de manifiesto en el informe 4/2018, de 26 de febrero, de esta Junta Consultiva, *«...por lo que se refiere a los pliegos para la contratación de servicios, la LCSP incluye novedades importantes fundamentalmente por lo que se refiere a la duración y prórroga del contrato, la fijación desglosada del presupuesto base de licitación, las condiciones especiales de ejecución, el cumplimiento de obligaciones sociales y laborales, la subrogación en contratos de trabajo, la cesión de contrato y la subcontratación. Además, obviamente habrá que tener en cuenta las disposiciones específicas de cada procedimiento de adjudicación»*

### **III.- Estructura y contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares sometidos a informe.**

Se someten a informe de esta Junta Consultiva los modelos de pliegos elaborados para su aprobación por los órganos de contratación del Ayuntamiento de Zaragoza haciendo uso de la posibilidad que ofrece el artículo 122.5 LCSP cuando prevé la elaboración de pliegos tipo para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de contratos de servicios por procedimiento abierto, procedimiento abierto simplificado y procedimiento abierto simplificado abreviado constan de:

- a) Un índice de contenidos que se compone de nueve grandes enunciados:
  - I. Legislación aplicable y procedimiento de adjudicación;
  - II. Elementos del contrato;
  - III. Cláusulas de licitación;
  - IV. Adjudicación;
  - V. Relaciones entre la Administración y el contratista;
  - VI. Extinción y liquidación del contrato;
  - VII. Régimen jurídico;
  - VIII. Información; y
  - IX. Cláusulas específicas de cada contrato. El contenido es similar en los tres modelos de pliego salvo en los epígrafes denominados «Cláusulas de licitación» y «Adjudicación» que recoge las reglas de licitación y adjudicación del

contrato, más completas en el «procedimiento abierto» y más sencillas en el «procedimiento abierto simplificado» y, sobre todo, en el «procedimiento abierto simplificado abreviado».

- b) Anexos que contienen modelos de declaración responsable, el modelo de proposición económica, el modelo de compromiso para la integración de la solvencia con medios externos, el modelo de designación como confidencial de informaciones facilitadas por la empresa y un modelo para notificaciones electrónicas.

En el caso de los pliegos tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto» y «procedimiento abierto simplificado» se incorporan también como anexos el modelo de garantía mediante valores anotados; el modelo de garantía mediante pignoración de participaciones en fondos de inversión; el modelo de aval; el modelo de certificado de seguro de caución y el modelo de garantía definitiva.

Finalmente, y sólo para los pliegos del «procedimiento abierto» se añade un anexo para la garantía provisional y se exige que la declaración responsable de los licitadores se realice mediante el documento europeo único de contratación (DEUC).

El presente informe va a adoptar la sistemática habitual en este tipo de análisis, examinando las cláusulas comunes así como las específicas aplicables a los tres pliegos.

#### **IV.- Análisis general de las cláusulas introducidas en los pliegos.**

Los tres pliegos tipo sometidos a informe, relativos al contrato de servicios, presentan aspectos comunes y otros bien diferenciados.

El primero de ellos, referido al «procedimiento abierto» supone una revisión y actualización del pliego de igual denominación hasta ahora existente que fue informado favorablemente por esta Junta Consultiva (Informe 17/2012, de 19

de septiembre), al objeto de ajustar sus cláusulas al contenido de la nueva LCSP.

Sin embargo, los pliegos relativos al «procedimiento abierto simplificado» y al «procedimiento abierto simplificado abreviado» tienen como objeto un procedimiento novedoso introducido por el artículo 159 LCSP, de manera que su clausulado es objeto de redacción «ex novo».

Parece adecuado abordar en primer lugar el análisis de las cláusulas comunes a los tres procedimientos, concretando a continuación aspectos específicos asociados a alguno de ellos.

#### **A) Cláusulas comunes**

a) Analizaremos, en primer lugar, diversas cuestiones comunes a los tres pliegos tipo que, como se ha indicado antes, estructuran su clausulado en 9 grandes apartados.

- Con carácter general se observa que las cláusulas de estos tres pliegos tipo se estructuran sobre la base del enunciado de los aspectos fundamentales que resultan de la LCSP y a partir de ello, realizan remisiones, por un lado, al articulado de la citada ley y, por otro, al contenido concreto que se establezca en los pliegos de cláusulas específicas que se aprueben para cada contrato y cuyo contenido mínimo se detalla en el apartado IX de los tres pliegos sometidos a informe.
- En general, el clausulado de los pliegos incide en pocos aspectos sobre una posible licitación por lotes del contrato, y cuando lo hace suele ser para efectuar una remisión al «*pliego de cláusulas administrativas particulares específicas*» (cláusula 34 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto»; cláusula 32 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto simplificado»; y cláusula 30 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto

simplificado abreviado»), y que tampoco contienen una cláusula concreta destinada a informar sobre los lotes.

- El apartado I.- «Legislación y procedimiento» establece en su cláusula 1.1 unas reglas comunes sobre la naturaleza y régimen jurídico de los contratos de servicios que se adjudiquen por el Ayuntamiento de Zaragoza. Resultaría adecuado introducir una referencia expresa a la aplicación, en su caso, de la legislación en materia de contratos administrativos de la Comunidad Autónoma de Aragón, constituida en la actualidad por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón, ya que esta normativa es aplicable a las entidades locales aragonesas y a sus organismos públicos y demás entidades vinculadas o dependientes en los términos que resultan del artículo 2.2 y Disposición Adicional 8ª de la misma.
- Dentro el apartado II.- «Legislación y procedimiento», la cláusula 2.3 sobre división del contrato en lotes hace uso de la previsión establecida en relación con las uniones de empresarios en el penúltimo inciso del artículo 99.4 LCSP que, a efectos de las limitaciones previstas en las letras a) y b) de dicho precepto (limitaciones en el número de lotes que se pueden ofertar por o adjudicar a un mismo licitador), permite que el pliego de cláusulas administrativas disponga que sean sus componentes -y no las uniones- los considerados candidato o licitador a estos efectos.
- En relación con las «Cláusulas de licitación» reguladas en el apartado III es oportuno realizar algunas observaciones.

El último inciso de la cláusula 7.4 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto» afirma que *«la retirada de una proposición será causa que impedirá al licitador contratar con las entidades que forman parte del sector público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.2 de la LCSP, conllevando la incautación de la garantía provisional, si ésta hubiere sido exigida. En el caso de que no se hubiese*

*exigido fianza provisional, se le impondrá una penalización del 3% del presupuesto del contrato, equivalente a la garantía provisional».*

La legislación de contratos prevé una doble consecuencia para los casos de retirada indebida de una proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación. Una primera consecuencia vendría regulada en sede de prohibiciones de contratar –art. 71.2.a) LCSP-. Y una segunda, configurada como penalidad, resultaría de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 150.2 LCSP conforme al cual *«de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido...»*. Ciertamente es que este precepto sólo contempla un supuesto aplicable al licitador propuesto ya como adjudicatario. Sin embargo entendemos que la exigencia de una penalidad podría ser extensible a cualquier caso de retirada injustificada de proposiciones por parte de los licitadores. Así resulta del diseño establecido en el art. 106.1 LCSP conforme al cual los licitadores, a través de la constitución de una garantía provisional, responden del mantenimiento de sus ofertas hasta la perfección del contrato y del carácter abierto con el que el art. 62.1 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, permite, en caso de retirada indebida de una proposición, proceder a la ejecución de la garantía provisional, siempre que ésta haya sido exigida en los pliegos.

Sin embargo, la LCSP sólo permite la exigencia de una garantía provisional de modo excepcional, por motivos de interés público y con justificación motivada en el expediente. Al ser excepcional esta exigencia en los expedientes de contratación, los pliegos tipo sometidos a informe establecen un régimen de penalidades equivalente en su importe a aquél

para el supuesto en que no se haya exigido tal garantía provisional. La previsión se debe considerar admisible por los motivos expuestos.

En todo caso, resultaría más adecuado al tenor del artículo 71.2 LCSP hacer referencia a la «*retirada indebida...*». También sería más ajustado utilizar el término «*garantía provisional*» y no «*fianza provisional*». En cuanto a la imposición en tales casos de una penalización del 3% del presupuesto del contrato, parece oportuno reconducir la referencia de tal porcentaje al presupuesto base de licitación del contrato, excluido el IVA, de modo acorde con lo que establecen el art. 106.2 LCSP para la garantía provisional, art. 150.2, segundo párrafo LCSP, para la retirada de oferta por el licitador propuesto como adjudicatario y art. 153.4 LCSP en relación con la imposición de penalidades por la no formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario.

En el mismo sentido cabe expresarse en relación con el último inciso de la cláusula 7.4 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto simplificado» y cláusula 7.3 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto simplificado abreviado», redactados en términos similares, aunque sin referencia alguna a la garantía provisional, dada su no pertinencia en estos procedimientos (arts. 159.4.b) y 159.6 LCSP).

- Las consecuencias de la retirada indebida de la oferta por el licitador propuesto como adjudicatario así como de la no formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario son tratadas de manera matizadamente diferente en cada uno de los tres pliegos. Así en el caso del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto», el apartado B de su cláusula 12 se limita a prever la posible declaración de una prohibición de contratar ex art. 71.2.b) LCSP para el licitador propuesto como adjudicatario que retire indebidamente su oferta, pero nada se dice acerca de la posible imposición de una penalidad del 3 por ciento en los términos previstos por el art. 150.2 LCSP. Sin embargo, esta consecuencia

sí que está prevista en ambas cláusulas 12 de los pliegos para la contratación de servicios por «procedimiento abierto simplificado» y «procedimiento abierto simplificado abreviado».

En cuanto al caso de no formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario, el pliego correspondiente al «procedimiento abierto» lo regula en su cláusula 17 que establece, de acuerdo con lo que dispone el art. 153.4 LCSP la imposición de una penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, pero nada se dice sobre la posible declaración de una prohibición de contratar ex art. 71.2.b) LCSP. Sin embargo, ambas consecuencias (penalidad y prohibición de contratar) sí que están previstas en las cláusulas 14 in fine de los pliegos para la contratación de servicios por «procedimiento abierto simplificado» y «procedimiento abierto simplificado abreviado».

Se recomienda revisar la redacción de estas cláusulas a fin de dar un tratamiento homogéneo a estas cuestiones.

- La cláusula 7.8 del pliego correspondiente al «procedimiento abierto», dentro de la documentación a incluir en el sobre 1 relativo a documentación administrativa, exige la aportación del Documento Europeo Único de contratación (DEUC). Sin embargo, la cláusula 7.8 del pliego correspondiente al «procedimiento abierto simplificado» y la cláusula 7.7 del pliego para el «procedimiento abierto simplificado abreviado» sustituyen la exigencia del DEUC por la aportación por los licitadores de una de una declaración responsable. Ello resultaría amparado por el contenido del art. 159.4.c), LCSP, dentro de la regulación del procedimiento abierto simplificado, y conforme al cual *«La presentación de la oferta exigirá la declaración responsable del firmante respecto a ostentar la representación de la sociedad que presenta la oferta; a contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, la clasificación correspondiente; a contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la autoridad; a no estar incurso en prohibición de contratar alguna; y se*

*pronunciará sobre la existencia del compromiso a que se refiere el art. 75.2. A tales efectos, el modelo de oferta que figure como anexo al pliego recogerá esa declaración responsable».* Precepto que también resultaría aplicable al procedimiento abierto simplificado abreviado al amparo de la remisión que el último inciso del art. 159.6 LCSP, en todo lo no previsto expresamente, realiza a la regulación general del procedimiento abierto simplificado.

Debe destacarse que el art. 159.4.c) LCSP sólo exige una declaración responsable, pero no necesariamente que ésta tenga que ajustarse el formulario del DEUC que, sin embargo, se pide con carácter obligatorio en los procedimientos abiertos (art. 140.1.a) LCSP).

Esta Junta Consultiva ha venido recomendando desde hace tiempo la utilización del DEUC con carácter generalizado en todos los pliegos. Así, en nuestra Recomendación 2/2016, de 21 de junio de 2016, relativa a la utilización del Documento Único de Contratación Europeo, se manifestaba lo siguiente:

*«... para facilitar la gestión de los órganos de contratación, esta Junta recomienda generalizar la utilización del DEUC en todos los procedimientos de licitación, sujetos a regulación armonizada o no, independientemente de su importe o especialidad puesto que permite hacer una mejor valoración provisional de la idoneidad del candidato»*

- La cláusula 8 relativa a la Mesa de contratación establece los aspectos fundamentales de su estructura, constitución y funcionamiento. Se prevé la existencia de una «Mesa de Contratación Permanente del Ayuntamiento de Zaragoza» cuya composición aparece publicada en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Zaragoza, sin perjuicio de la posibilidad de constitución de mesas singulares y específicas, cuando la especialidad de los contratos así lo aconseje.

Esta cláusula, en su inciso segundo, establece que todos los miembros de la Mesa de contratación tendrán voz y voto, excepto el Secretario, que

actuará con voz, pero sin voto. La solución es acorde con el marco definido por la nueva LCSP, cuya regulación en materia de mesas de contratación es aplicable a los entes locales aragoneses en los términos que resultan de las Disposiciones Adicionales segunda y tercera LCSP. Y en este sentido la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su reciente informe 3/2018, de 2 de marzo, ha recordado lo siguiente:

*«la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público no ha variado el régimen jurídico propio del secretario de la mesa de contratación en este aspecto. La Disposición derogatoria de la ley establece que queda derogado el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley pero esto no supone, per se, la derogación de las reglas del RD 817/2009, de 8 de mayo, siempre y cuando las normas que contenga no se opongan a lo establecido en la nueva ley, que como bien señala la consulta, no regula esta cuestión.*

*Pero incluso si considerásemos a los meros efectos dialécticos que se ha producido la derogación de este precepto, lo que existiría en la norma legal es una laguna que debería ser integrada con las reglas de aplicación supletoria que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público contiene en su artículo 19, precepto que establece la regla general de que el Secretario actuará con voz pero sin voto».*

- Las cláusulas 11 (procedimiento abierto) y 13 (procedimiento abierto simplificado y abierto simplificado abreviado) regulan de forma idéntica las actuaciones a realizar en caso de modificación de la personalidad jurídica de la empresa licitadora. Sin embargo tienen una diferente forma de inserción en la estructura de los pliegos. Así en el caso del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto» su cláusula 11 está incluida en el apartado III «Cláusulas de licitación» mientras que en el caso de los pliegos para la contratación de servicios por «procedimiento abierto simplificado» y «procedimiento abierto simplificado abreviado», sus cláusulas 13 aparecen en el apartado IV «Adjudicación». Parece más adecuado llevar estas últimas al apartado III «Cláusulas de licitación» de sus respectivos pliegos, dado su carácter más general.

- La cláusula 12 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto», relativa a requisitos previos a la adjudicación del contrato, indica que el Servicio de Contratación clasificará por orden decreciente las ofertas. Se trata de una competencia propia del órgano de contratación o de la mesa de contratación, a pesar de la complicada redacción que da el artículo 150.1 LCSP. Por tanto, deberá corregirse la redacción en este sentido, puesto que la actuación del servicio gestor se limitará al requerimiento de documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos.
- La misma cláusula 12 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto», en su apartado A), 10º establece la obligación del licitador propuesto como adjudicatario de aportar el justificante de la constitución de la garantía definitiva «...por un importe del 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido...». Sin embargo, no siempre la garantía definitiva se fija en un porcentaje sobre el importe de adjudicación del contrato. Así, de acuerdo con el art. 107 LCSP, en el caso de contratos con precios provisionales, el porcentaje se calcula con referencia al precio máximo fijado y en el caso de contratos con precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación, IVA excluido.
- El apartado V de los tres pliegos, relativo a «Relaciones generales entre la Administración y el contratista» regula diversos aspectos relativos a la ejecución del contrato (responsable del contrato, ejecución, cesión, subcontratación, modificación, pago, derechos del contratista, obligaciones y responsabilidades del mismo), reproduciendo en lo sustancial el contenido de la LCSP.
- Dentro de este apartado, debe significarse que todos los pliegos comparten el contenido establecido para la modificación de los contratos. Por error se incluye la referencia al artículo 242 LCSP en sede del contrato de obras.

- Por último, entre los derechos del contratista (cláusula 24.1 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto»; cláusula 22.1 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto simplificado»; y cláusula 21.1 del pliego tipo para la contratación de servicios por «procedimiento abierto simplificado abreviado»), en el apartado i) de las tres citadas cláusulas figura una referencia a un informe previo de la Dirección Técnica, que parece más propio del contrato de obras.
- El apartado VI de los pliegos contiene reglas sobre «Extinción y liquidación del contrato». Dentro de ellas cabe citar la cláusulas 29 (procedimiento abierto) y 27 (procedimiento abierto simplificado) relativas a la «devolución y cancelación de la garantía». Con idéntica redacción en ambas (procedente del art. 110 e) LCSP), se afirma en su apartado 1.e) que *«además en los contratos de servicios, la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes construidos o suministrados o de los servicios prestados...»*. Debe eliminarse la referencia a bienes construidos o suministrados, ya que se trata de un pliego para contratos de servicios.
- Asimismo se incurre en un error en el apartado 2 de estas mismas cláusulas 29 (procedimiento abierto) y 27 (procedimiento abierto simplificado) al transcribir el contenido del art. 111.5 LCSP sobre reducción a seis meses del plazo para devolución o cancelación de garantías. Los pliegos señalan que esta reducción procede en contratos con importe inferior a un millón de euros. Sin embargo, de acuerdo con la LCSP, en caso de contrato de servicios procede esta reducción de plazo en contratos con valor estimado inferior a 100.000 euros. La cifra del millón de euros está prevista para contratos de obras.
- Dentro del apartado VII de los pliegos relativo a «Régimen jurídico» resulta necesario referirnos a la cláusula 32 correspondiente al pliego para el «procedimiento abierto» y a la cláusula 30 correspondiente al pliego para el

«procedimiento abierto simplificado». Ambas cláusulas relativas a «Jurisdicción y recursos» permiten la interposición contra los pliegos del recurso especial regulado en el artículo 44 LCSP *«en el supuesto de contratos de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros»*. Por otra parte, la cláusula 32 (procedimiento abierto), de forma contradictoria añade a continuación que *«dicho recurso también podrá interponerse, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 5/17 de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas que modifica la ley 3/11, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, en aquellos contratos de servicios cuyo valor estimado supere 60.000 euros»*. Esta previsión no se contiene sin embargo en la cláusula 30 (procedimiento abierto simplificado).

La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón establece en su art. 2.2 que las disposiciones contenidas en misma referentes al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón serán aplicables igualmente a las entidades locales aragonesas y a sus organismos públicos y demás entidades vinculadas o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador. Y el artículo 17.2<sup>a</sup>) de la misma Ley atribuye al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón competencia para conocer y resolver recursos especiales en materia de contratación para los contratos de servicios de valor estimado superior a 60.000 euros. Parece necesario ajustar la redacción de ambas cláusulas a este contenido, eliminando las menciones a la cifra de 100.000 euros.

b) Como antes hemos expuesto, las cláusulas de los tres pliegos tipo se estructuran sobre la formulación de un contenido común desarrollado en los 8 grandes apartados que hasta ahora hemos examinado, remitiéndose para completar la regulación aplicable cada contrato al contenido concreto que se establezca en los pliegos de cláusulas específicas que se aprueben para cada

expediente de contratación. El contenido mínimo de estos pliegos específicos se detalla en el apartado IX de los tres pliegos sometidos a informe.

Si bien sólo se establece una previsión de las cláusulas obligatorias que han de contener cada uno de los tres tipos de pliego para cada contrato y una relación de posibles cláusulas específicas adicionales a incluir, en su caso, cuando proceda, resulta pertinente proponer alguna corrección así como realizar ciertas observaciones acerca de la sistemática utilizada.

- Así, dentro del contenido mínimo obligatorio, la cláusula 34.1 (procedimiento abierto) la cláusula 32.1 (procedimiento abierto simplificado) y la cláusula 30.1 (procedimiento abierto simplificado abreviado) hacen referencia en sus respectivos apartados k) al «porcentaje para presumir las bajas como anormales o desproporcionadas». El art. 149.2 LCSP señala que los pliegos deberán contemplar los *«parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal»*. La enunciación del epígrafe de los pliegos debería reconducirse a los términos de la Ley, evitando el empleo de términos como el de «porcentaje» o «baja desproporcionada».
- Por otra parte, las mismas cláusulas incluyen en sus respectivos epígrafes f) referencia a la «fórmula de revisión de precios». Si tenemos en cuenta que, de acuerdo con el art. 103.2 LCSP, en el caso de contratos de servicios, la revisión periódica y predeterminada de precios sólo se podrá llevar a cabo en contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a 5 años y previa justificación en el expediente, podemos concluir que la revisión de precios en contratos de servicios tendrá carácter excepcional por lo que esta cláusula podría ser trasladada al apartado 2, para incluir sólo en los pliegos específicos cuando proceda.

- Por el contrario, algunos de los epígrafes incluidos en la cláusula 34.2 (procedimiento abierto) la cláusula 32.2 (procedimiento abierto simplificado) y la cláusula 30.2 (procedimiento abierto simplificado abreviado) como posibles cláusulas específicas adicionales, tienen características de generalidad que hacen aconsejable su traslación a los respectivos apartados 1, como contenido mínimo obligatorio. Tal es el caso de los epígrafes b) sobre «subcontratación», e) sobre «condiciones especiales de ejecución» y h) «protección de datos».
- Así en el caso de la subcontratación, y dentro del objetivo de las nuevas Directivas europeas de incrementar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, el art. 215 LCSP define un modelo abierto que sólo excluye la subcontratación en circunstancias muy tasadas.
- De igual modo, dentro del objetivo de incorporar en toda contratación pública de manera transversal y preceptiva aspectos sociales y medioambientales y de innovación, y referido a las «condiciones especiales de ejecución», el art. 202.1 LCSP señala que *«en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente»*, condiciones que podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. Este carácter obligatorio de la inclusión, en todo caso, de una condición especial de ejecución hace aconsejable trasladar este epígrafe al apartado 1, referido al contenido mínimo obligatorio.
- El epígrafe h) sobre «protección de datos» merece especial consideración, que se realiza en el siguiente apartado.

c) Desde el día 25 de mayo de 2018 resulta plenamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de

abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD), que es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. Dado el tenor de la Disposición Adicional vigésima quinta LCSP, relativa a «protección de datos de carácter personal» esta Junta Consultiva considera oportuno efectuar algunas consideraciones al respecto.

El RGPD se aplica a todos los tratamientos total o parcialmente automatizados de datos de carácter personal y también a los tratamientos no automatizados de datos contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

Cabe entender que la legitimación para el tratamiento de los datos será la establecida en el art.6.1.e) RGPD: el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. En concreto, en el caso de la contratación pública, la legitimación resulta de la propia LCSP.

En relación con el contenido hasta ahora establecido por la LOPD, existe un notable incremento en las obligaciones de información a los interesados que el nuevo RGPD impone al responsable del tratamiento en el momento en el que se obtengan los datos (los datos se deben facilitar «*en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo*» -art. 12- y con el contenido y extensión que se detallan en los arts. 13 y 14 RGPD).

Con independencia de lo anterior, interesa ahora destacar que, en el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquel tendrá la consideración de **encargado del tratamiento** (DA 25ª LCSP). El RGPD contiene novedades respecto al encargado: En determinadas materias los encargados tienen obligaciones propias que establece el RGPD, que no se circunscriben al ámbito del contrato que los une al responsable, y que pueden

ser supervisadas separadamente por las autoridades de protección de datos. Por ejemplo, deben mantener un registro de actividades de tratamiento, deben determinar las medidas de seguridad aplicables a los tratamientos que realizan, deben designar a un Delegado de Protección de Datos en los casos previstos por el RGPD o pueden adherirse a códigos de conducta o certificarse en el marco de los esquemas de certificación previstos por el RGPD.

Según el RGPD, el responsable deberá adoptar medidas apropiadas, incluida la elección de encargados, de forma que garantice y esté en condiciones de demostrar que el tratamiento se realiza conforme el RGPD. Los responsables habrán de elegir únicamente encargados que ofrezcan garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del Reglamento. Esta previsión se extiende también a los encargados cuando subcontraten operaciones de tratamiento con otros subencargados.

En el caso de que el contratista sea encargado de tratamiento de datos, los Pliegos deben recoger lo establecido en el artículo 28 del RGPD, que impone la obligación de que el tratamiento de los datos por el encargado se rija por un contrato u otro acto jurídico, *«que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable»*. Ese contrato, que ya estaba previsto en el artículo 12 de la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos, debe contar con un extenso contenido mínimo que se recoge en el mismo artículo 28 del RGPD.

Por todo ello, sería recomendable introducir en los pliegos tipo una cláusula, *«Confidencialidad»*, con una redacción similar a la siguiente:

*«En el supuesto de que la ejecución de la prestación objeto del presente Pliego conlleve la necesidad de acceder a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, el licitador que*

*resulte adjudicatario tendrá la consideración de Encargado del Tratamiento de dicho datos, habida cuenta de lo dispuesto en Disposición adicional vigésima quinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y deberá cumplir con las obligaciones impuestas por la normativa de Protección de Datos de Carácter Personal. El tratamiento de datos de carácter personal por cuenta de terceros solo podrá realizarse cuando haya sido especificado en el presente contrato, y de acuerdo con las instrucciones determinadas en las cláusulas de confidencialidad preceptivas.*

*Los modelos de documentos a completar por el adjudicatario se anexan al presente Pliego, en el Anexo XX.*

*Cuando finalice la prestación contractual los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos a la entidad contratante responsable, o al encargado de tratamiento que esta hubiese designado».*

## **B) Procedimiento abierto simplificado y procedimiento abierto simplificado abreviado**

Como ya se ha dicho antes los pliegos tipo relativos al «procedimiento abierto simplificado» y al «procedimiento abierto simplificado abreviado» tienen como objeto un procedimiento novedoso introducido por el artículo 159 LCSP, de manera que su clausulado es objeto de redacción «ex novo». Ciertamente es que la Comunidad Autónoma de Aragón, anticipándose a la legislación estatal, ya reguló por Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón una tramitación simplificada del procedimiento abierto. La nueva LCSP regula ahora con carácter básico en su artículo 159 una modalidad simplificada del procedimiento abierto que presenta algunas diferencias con la regulación aragonesa. El régimen general del «procedimiento abierto simplificado» se desarrolla en los cinco primeros apartados del citado artículo. Pero además se incluye un último apartado, el 6º, que introduce una segunda modalidad, de naturaleza sumaria, a la que el pliego tipo denomina «procedimiento abierto simplificado abreviado», que contiene importantes especialidades de tramitación frente al régimen general.

En general los pliegos tipo establecen los dos nuevos procedimientos adaptándose a lo dispuesto en el artículo 159 LCSP y de conformidad con lo ya

manifestado por esta Junta en los informes sobre los pliegos tipo de la Comunidad Autónoma de Aragón. En este sentido, el pliego tipo de servicios por «procedimiento abierto simplificado abreviado», contempla su posible tramitación en papel, además de la tramitación electrónica, siendo potestativa la constitución de la mesa de contratación.

No obstante, al tratar la documentación que debe presentar el licitador en la cláusula 7 de los pliegos de ambos procedimientos, sería aconsejable señalar que las proposiciones deberán presentarse «*necesaria y únicamente*» en oficina administrativa indicada en el anuncio de licitación.

### **III. CONCLUSIÓN**

Se informan favorablemente, con las observaciones y sugerencias manifestadas en este informe, los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares aplicables a los contratos de servicios a adjudicar por los órganos de contratación del Ayuntamiento de Zaragoza mediante procedimiento abierto; procedimiento abierto simplificado; y procedimiento abierto simplificado abreviado, adaptados al contenido de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

**Informe 16/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 13 de junio de 2018.**