

Informe 14/2009, de 15 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Revisión de las instrucciones de contratación de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión y sus sociedades participadas “Radio Autonómica de Aragón, S.A.” y “Televisión Autonómica de Aragón, S.A.”.

I. ANTECEDENTES.

El Director General de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión de Aragón se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante resolución de fecha 27 de mayo de 2009, por la que se acuerda la remisión de las instrucciones de contratación de la CARTV, recientemente revisadas, para recabar informe sobre las mismas antes de su aprobación.

En la citada Resolución el Director General expone los antecedentes de estas instrucciones remitidas, recordando la aprobación de las primeras y únicas en fecha 30 de abril de 2008; y explicando la revisión de las mismas como consecuencia del perfeccionamiento de las mismas propuesto por la Asesoría Jurídica de la Corporación, habiendo transcurrido ya desde la primera redacción el tiempo necesario para sopesar el resultado de la aplicación de las mismas.

Igualmente la citada Resolución aprueba la remisión de tales instrucciones revisadas tanto a la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón como a la Junta de contratación administrativa, en cumplimiento de un trámite preceptivo previo a su aprobación en el primer caso, y facultativo en el segundo.

Como consecuencia del carácter facultativo del informe de la Junta en el caso de instrucciones de contratación de entidades del sector público, de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público, las primeras instrucciones no fueron objeto de informe por esta Junta pero sí por la Dirección General de Servicios Jurídicos; de manera que aprobadas y en funcionamiento desde hace más de un año, procede en esta ocasión por la

Junta emitir el informe solicitado únicamente respecto de las modificaciones introducidas en las instrucciones ya en vigor y funcionamiento.

Con fecha 10 de junio de 2009 se emitió informe favorable sobre las mismas por la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón.

Aclarada esta cuestión, el Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 15 de julio de 2009, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

I.- Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El presente informe se emite con carácter de facultativo a petición del órgano de dirección de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, de conformidad con lo previsto en los artículos 3.2 y 4.b) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, que atribuye a ésta la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa y la función de velar por el debido y estricto cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos públicos y, especialmente, por el respeto de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia.

Por otro lado, la petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, tal y como exige el artículo 6.d) del citado Decreto.

II.- La necesidad de aprobar manuales de instrucciones que regulen los procedimientos de contratación de poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones públicas.

Esta Junta ya se pronunció en la Recomendación 1/2008, de 10 de junio, a la que nos remitimos íntegramente y en la cual a su vez recordaba el pronunciamiento de la Circular 1/2008- relativa al alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP- sobre la circunstancia de que a partir de esta nueva LCSP a los poderes adjudicadores que no son Administración pública, no les resulta de aplicación completa la LCSP, ni en los contratos sujetos a regulación armonizada ni en los no sujetos a regulación armonizada. Respecto de estos últimos, y de conformidad con el artículo 175 LCSP, la adjudicación deberá someterse a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, debiendo aprobar un manual de instrucciones en el que se regulen tales procedimientos de contratación garantizando la efectividad de dichos principios.

La Ley efectivamente sólo exige la garantía de los principios citados, pero no señala ni concreta cómo y cuando los mismos se consideran garantizados. Por ello, a este respecto, y para analizar si en el presente manual de instrucciones las normas establecidas sobre adjudicación y sus procedimientos son o no respetuosas con los citados principios mínimos y por lo tanto ajustadas a la legalidad, tenemos que tener en cuenta los criterios establecidos en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/CE, 179/02).

Precisamente ante la indeterminación legal del contenido mínimo de los citados manuales que permita garantizar los principios exigidos, y teniendo en cuenta la anterior comunicación de la Comisión, esta Junta acordó en fecha 10 de junio de 2008 la Recomendación 1/2008, referida anteriormente, sobre contenido de tales instrucciones.

III.- Estructura y contenido de las instrucciones revisadas.

Al amparo del contenido mínimo de las instrucciones de contratación que se determinó por esta Junta Consultiva en la citada Recomendación, se va a analizar la adecuación a derecho de las modificaciones y novedades introducidas por la CARTV en sus instrucciones revisadas.

Respecto del ámbito de la instrucción, mantiene la misma redacción originaria, la cual se adecúa al ámbito propio de estas normas de instrucción que conforme hemos visto anteriormente fija el artículo 175 de LCSP.

Nada que objetar tampoco a la delimitación del objeto de la instrucción, que igualmente se ajusta al exigido por la LCSP.

Dentro del título “Normas generales”, se regulan varios apartados:

En primer lugar, la naturaleza jurídica de los contratos, privada de lo conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de LCSP.

A continuación se regula la entidad contratante y capacidad de los contratistas. En este apartado se ha añadido respecto de las primeras instrucciones la regulación de la entidad contratante. Así se vino a exigir por esta Junta Consultiva en la recomendación 1/2008, de 10 de junio, relativa al contenido de estos manuales, exigiendo una referencia expresa a la consideración de la entidad contratante como no Administración Pública. Se delimita también quien actuará como órgano de contratación, adecuándose a las normas de organización y funcionamiento de la corporación, artículo 10 d) de la Ley 8/87, de creación de la CARTV. También la capacidad de los contratistas se adecúa a las normas de la LCSP. Son aplicables a estas entidades las normas generales sobre capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar de la LCSP que se refieran al “sector público”.

En la regulación del objeto de los contratos, este apartado, que mantiene su redacción anterior, resulta minucioso y acorde con el objetivo a garantizar por unas instrucciones de contratación fijadas por la ley, como es el principio de transparencia. Este principio se consigue, según ha delimitado la Comisión Europea, con una adecuada y concreta delimitación del objeto del contrato.

Entre las modificaciones introducidas en estas normas revisadas está el apartado IV que, tratando de aclarar términos, distingue entre los conceptos ‘valor estimado’, ‘importe de licitación’ y ‘precio de los contratos’. De modo que se viene a detallar el concepto de valor estimado en el sentido del artículo 71 de la LCSP; y se añade para distinguirlo bien el concepto de ‘presupuesto o importe de licitación’.

El apartado V regula la duración de los contratos de manera adecuada, vinculándola a las peculiaridades de cada contrato.

El apartado relativo a la regulación de las garantías opta por el carácter no perceptivo de las mismas, establecido en la LCSP, reservándose la facultad de exigir las cuando así se considere necesario.

El apartado VII relativo a la perfección y formalización de los contratos ajusta sus reglas a la garantía de los principios básicos de publicidad y transparencia.

El apartado VIII regula los medios de comunicación exigiendo los requisitos mínimos de la LCSP que permitan constancia de la expedición y recepción de la solicitud de la oferta, así como de la consistencia de la misma. La fijación de los plazos en cada procedimiento es otro de los elementos determinados por esta junta en la citada recomendación 1/2008 como de contenido obligatorio en los manuales de instrucciones, por cuanto es uno de los elementos cuyo conocimiento por los licitadores aporta la debida transparencia al procedimiento.

No obstante, el punto segundo del apartado VIII introduce la siguiente posibilidad:

“en la solicitud de la oferta, anuncio o pliego, se podrá determinar uno o varios medios de comunicación a través de los que obligatoriamente se deberá de cursar la oferta o cualquier comunicación relativa a la contratación. Será utilizado preferentemente el correo electrónico.”

La amplitud con que se está contemplando esta delimitación en cuanto al medio de comunicación a utilizar habrá que entenderla, en todo caso, limitada por la exigencia de publicidad del artículo 175.1.c de LCSP que en ningún caso podrá ser incumplida a través del establecimiento de otro medio de publicidad que no sea un perfil del contratante con las características técnicas que la ley exige para éste.

Además, en los procedimientos de contratación derivados del artículo 175 b) LCSP deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la Disposición Adicional decimonovena.

Analizamos a continuación el apartado que regula los procedimientos de contratación. Las primeras instrucciones establecían la siguiente clasificación:

- Contratos menores
- Contratos de suministros y servicios superiores a 18.000€ sin superar 50.000€.
- Obras, servicios y suministros superiores a 50.000€.

Para el primer grupo establecía un sistema de adjudicación directa; para el segundo, un procedimiento negociado sin publicidad, solicitando un mínimo de tres ofertas; y para el último grupo se opta por un procedimiento negociado con publicidad con una negociación más o menos amplia atención a dos márgenes cuantitativos previstos.

En las instrucciones revisadas se regulan los mismos procedimientos, pero se añade uno novedoso bajo la denominación de “participación competitiva”. Viene a ser reproducción, en términos generales, del procedimiento de diálogo competitivo, habiendo seguido en este sentido la recomendación de la Junta en cuanto a la atribución de nuevas denominaciones en los manuales de instrucción a los procedimientos que se establezcan en los mismos, evitando las coincidencias de las denominaciones con las de la LCSP para eliminar confusiones. En este sentido tenemos que decir que a lo largo de las normas y de los diversos procedimientos se habla siempre de obras, servicios o suministros como objetos posibles de los contratos de la entidad. En la LCSP este procedimiento se prevé para una modalidad especial y novedosa de contrato, el llamado contrato de colaboración público-privada y contratos de naturaleza compleja. Sin embargo aquí sólo se regula el procedimiento, debiendo entender que se prevé su aplicación para los contratos ordinarios regulados por estas instrucciones cuando se aprecien en ellos los elementos exigidos de especial complejidad. Existe una delimitación concreta en las instrucciones de los supuestos en que resulta de aplicación este procedimiento particular, y por lo tanto desde ese punto de vista se respeta el principio de objetividad y transparencia de los procedimientos a seguir en los contratos de cara a su conocimiento por los licitadores.

Frente a esta delimitación procedimental, que es la que permite según lo expuesto entender garantizados los principios de objetividad y transparencia en la contratación, en la revisión de las instrucciones a este apartado se le ha

añadido antes de la clasificación anteriormente descrita, y con carácter introductorio, la siguiente previsión:

“Sin perjuicio de los trámites que se puedan requerir por las directrices o instrucciones internas de contratación en orden a la distribución de funciones y atribución de competencias a los distintos órganos y estructuras, respecto a los interesados y con relevancia para éstos, se pueden señalar los pasos y actos que se relatan agrupados según la clase de procedimiento en atención a las cuantías previstas en la LCSP.”

Esta previsión, además de su redacción confusa, resulta contraria a la exigencia por la LCSP (artículo 175) de la delimitación clara en las instrucciones de los procedimientos que para sus contratos van a aplicar estas entidades no Administración pública, habiéndose entendido por la Comisión Europea que con su conocimiento por parte de los licitadores se garantizan los principios de publicidad, transparencia y objetividad. Sin embargo, esta garantía se desvirtúa si pese a las previsiones procedimentales del manual de instrucciones, se pueden modificar trámites o requisitos por unas directrices o instrucciones internas, distintas de las publicadas o conocidas por lo licitadores, como parece deducirse de la previsión de este párrafo.

El subapartado C del apartado XI utiliza la clasificación de “contratos ordinarios con publicidad: de obra, servicio y suministro mayores de 50.000€, no sujetos a regulación normalizada”. En esta delimitación, el último inciso, es decir “no sujetos a regulación armonizada”, podría ser eliminado por cuanto resulta una apreciación obvia si tenemos en cuenta que los contratos sujetos a regulación armonizada en ningún caso forman parte del objeto del presente manual de instrucciones.

Para estos contratos calificados como de ordinarios, por superar su importe los 50.000 euros, establece el artículo 175.c) LCSP como norma taxativa derivada de la exigencia del principio de publicidad, la inserción de la información relativa a estas licitaciones en el perfil del contratante. De modo que para estos contratos, con independencia de que se utilice el procedimiento negociado, en ningún caso puede exceptuarse la publicidad, sin que resulten de aplicación las excepciones a la misma que las instrucciones de contratación han previsto en el punto 5º de este apartado C.

III. CONCLUSIONES.

I.- El Manual de Instrucciones de contratación de la CARTV establece, de acuerdo con lo previsto en el artículo 175 b) LCSP, la regulación de los procedimientos de contratación de contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

II.- Asimismo contempla las especificaciones de la Recomendación 1/2008, de esta Junta consultiva relativa a la “preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración pública en contratos no sujetos a regulación armonizada.”

III.- Deberían ser objeto de revisión las observaciones anteriormente realizadas, especialmente en lo relativo a la necesaria publicidad de la celebración de todos los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros, sin posibilidad de excepciones a la citada regla.

IV.- Informar en todo lo demás favorablemente el Manual de Instrucciones de contratación de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión y de sus sociedades.

Informe 14/2009, adoptado por la Junta Consultiva de contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su sesión del día 15 de julio de 2009.