

Informe 7/2008, de 10 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: “Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros adjudicados mediante procedimiento negociado sin publicidad”.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 27 de mayo de 2008, en el que solicita se informen los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de obras, servicios y suministros adjudicados mediante procedimiento negociado sin publicidad, adaptados a las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), con el fin de que una vez sean informados por esta Junta Consultiva, puedan ser aprobados por todos los órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Se acompañan, al oficio del Secretario General Técnico del Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares correspondientes a los contratos indicados así como el Informe favorable evacuado por la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón con fecha de 26 de mayo de 2008, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 167/1985, de 19 de diciembre, de Diputación General de Aragón por el que se regula la organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 10 de junio de 2008, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

De conformidad con el artículo 3.1. f) 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, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

II. La necesidad de elaborar nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares adaptados a la LCSP.

Como se puso de manifiesto en el Informe 3/2008, de 13 de mayo, de esta Junta Consultiva, la entrada en vigor de la LCSP y la consecuente derogación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, hacen necesaria la aprobación de nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para su utilización por los distintos órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, de forma generalizada y homogénea, en aras de la mayor agilidad en la gestión administrativa, al tiempo que se facilita el mejor conocimiento de los pliegos de cláusulas por parte de los licitadores y contratistas.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa informó favorablemente los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros

adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de valoración (Informe 3/2008, de 13 de mayo) Dichos pliegos han sido redactados aceptando las sugerencias aportadas por la Junta en el Informe citado y aprobados por los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

III. Del fundamento y funcionamiento del procedimiento negociado

El procedimiento negociado tiene carácter excepcional (puesto que constituye una excepción a los principios de publicidad y concurrencia) de forma que los supuestos que seguidamente se analizarán son tasados y deben interpretarse de forma estricta (véanse al respecto los Considerandos 47 y 48 de la STJCE de 13 de enero de 2005, por la que se condena al Reino de España) Los motivos que permiten acudir a este procedimiento son, al margen del supuesto del importe, de carácter extraordinario, circunstancias que abocan al órgano de contratación de forma natural o necesaria, a negociar con uno o varios empresarios.: la existencia de un único empresario que pueda ejecutar el objeto contractual, la extrema urgencia, procesos de licitación previos que no han prosperado y en los que se recupera el contacto con los licitadores que se hubieran presentado anteriormente. En el supuesto de no existir publicidad,- supuesto que ahora se informa, deberá consultarse al menos a tres empresas. En cualquier caso, el número de candidatos seleccionados deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente y conseguir la máxima eficiencia de fondos públicos (art. 1 LCSP).

La razón que diferencia a este procedimiento con el abierto y el restringido es que en este procedimiento, la selección de la oferta económicamente más ventajosa se realiza mediante la negociación con los licitadores. El apartado 4 del art. 162 explicita la voluntad del legislador y se afirma que *los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados* .

La singularidad de la aceptación de la negociación en la contratación pública adquiere relevancia si se considera que, efectivamente, en los procedimientos abierto y restringido está prohibida cualquier negociación con los licitadores que entregan sus proposiciones en contenedores cerrados (sobre cerrado, sobre electrónico) y ya no tendrán más contacto ni relación con el órgano de contratación hasta el acto público de apertura de proposiciones y tampoco luego, en absoluto, durante todo el proceso valorativo de sus ofertas (artículos 141 y 146 LCSP).

Obviamente, y a efectos de garantizar el principio de igualdad de trato, la LCSP establece que antes de negociar con los licitadores, el órgano de contratación ya tiene que haber establecido previamente en el pliego de cláusulas administrativas, los elementos sobre los que se piensa negociar. Así se expresa el art. 160 LCSP que se titula «delimitación de la materia objeto de negociación». La finalidad es dar a conocer a los licitadores cuáles son los elementos de las ofertas, correspondientes con aspectos de la ejecución futura del contrato, que el órgano de contratación está dispuesto a negociar y perfilar con los licitadores.

IV. Estructura y contenido de los Pliegos. Observaciones y sugerencias.

Los pliegos presentados a Informe adoptan similar estructura y contenido que los aplicables a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de valoración. Los textos han incorporado las propuestas que la Asesoría Jurídica indicó en sus Informes de 30 de abril y 26 de mayo de 2008 y en lo aplicable, las observaciones que este órgano consultivo manifestó en su Informe 3/2008 ya citado:

- Incorporan un índice de contenidos con la finalidad de facilitar la lectura, comprensión y localización del clausulado.

- Se recoge la referencia al precio del contrato distinguiéndole del presupuesto de licitación.

- En la adjudicación definitiva a favor de un licitador distinto al que hubiese resultado adjudicatario provisional se recoge la posibilidad de realizar una nueva adjudicación provisional al siguiente licitador “por el orden en que se hayan ordenado las propuesta”.

- En el pliego relativo al contrato de obras se recoge la obligación para el contratista de la gestión de las licencias y autorizaciones correspondientes.

- Se opta por la no utilización de la mesa de contratación recayendo la negociación en el órgano de contratación.

- Se determina un plazo de garantía por vicios ocultos de 15 años para las obras.

En todo caso, esta Junta Informa de los siguientes aspectos que podrían ser objeto de consideración:

a) La cláusula 2.2.2 deberá ser objeto de revisión pues, por la propia naturaleza y funcionamiento de este procedimiento, no debe existir proposición de los licitadores. Debe regularse el mecanismo de negociación que debe ser dinámico y no estático en cuanto a las ofertas a analizar. En consonancia con la cláusula 2.2.3, deberá adaptarse la indicación 12^a. Además la previsión 9^a de esa misma cláusula debería ser adaptada a la dicción del artículo 52 LCSP en lo relativo a la acreditación de solvencia con medios externos. En todo caso, el denominado sobre B de propuesta económico-técnica no debería aparecer en el pliego pues confunde con la mecánica del procedimiento abierto o restringido.

b) La cláusula 2.3.3 no parece correcta, quizá por error, al hablar de propuesta de adjudicación, que no puede existir ya que este procedimiento se caracteriza por la inexistencia de mesa de contratación. Esta observación es igualmente aplicable a la cláusula 2.3.4.

c) La cláusula 2.5.4 aconseja su matización en la medida en que la revisión de precios haya podido ser, como sería aconsejable, uno de los aspectos de negociación.

d) En la cláusula 2.6.15 debería advertirse expresamente la previsión del artículo 202 y sus consecuencias prácticas con el fin de evitar dudas interpretativas del pliego. La remisión a los preceptos del RGLCAP quizá debería desaparecer al no aportar mejoras al pliego.

e) La cláusula 2.10 (2.9 en suministros) no indica la legislación aplicable en el supuesto del recurso para contratos no armonizados, por lo que debe incorporarse esta previsión.

A juicio de esta Junta resultaría de interés introducir aclaración sobre el alcance del principio de confidencialidad tal y como ha aclarado el TJCE en su sentencia de 14 de febrero de 2008 (Varec): “el organismo responsable de los procedimientos de recursos previstos en dicho artículo 1, apartado 1, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.”

f) La LCSP determina que el pliego debe indicar que elementos o cláusulas tienen carácter contractual. Aunque existe un Anexo específico para ello debería analizarse la conveniencia de determinar de forma expresa algunas que siempre son parte del contrato: precio, aspectos de la negociación determinante de la adjudicación, plazo de ejecución, modificación y sistema de la misma, causas de resolución, prerrogativas del ente contratante, condiciones especiales de ejecución.

III CONCLUSIONES

I- Los Pliegos tipo de cláusulas Administrativas Particulares relativos a contratos de obras, servicios y suministros a adjudicar por procedimiento negociado sin publicidad, incluyen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes de los contratos y recogen el régimen jurídico, económico y administrativo, al que se ajustarán los contratos que celebre la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

II- Asimismo, contemplan las especificaciones contenidas en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 25 de abril de 2008 sobre contenido básico de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

III. Deberían ser objeto de revisión las observaciones anteriormente explicadas, especialmente las relativas al funcionamiento de este procedimiento, con el fin de evitar su confusión con la mecánica del procedimiento abierto y restringido.

IV- Informar en todo lo demás favorablemente los **Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros adjudicados mediante procedimiento**

negociado sin publicidad con las observaciones manifestadas, para su aprobación por los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Informe 7/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón adoptado en su sesión de 10 de junio de 2008.