

Informe 23/2018, de 31 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Modelo tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aplicable a contratos de suministros en su modalidad de procedimiento negociado sin publicidad.

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 oficio, de fecha 14 de septiembre de 2018 con el fin de solicitar informe sobre el modelo tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de suministros mediante procedimiento negociado sin publicidad 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 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.

Se acompaña al escrito la propuesta de adaptación del pliego tipo de cláusulas administrativas particulares, junto con el informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos de 14 de septiembre de 2018.

“Asunto: Pliegos de suministros procedimiento negociado sin publicidad adaptados a la nueva ley de contratos.

Con objeto de disponer de pliego tipo para los contratos de suministros tramitados por procedimiento negociado sin

publicidad, se solicita informe sobre el pliego que adjunto se remite 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.

El texto propuesto para su informe supone una ligera adaptación al ya informado y disponible en el Portal del Empleado para el contrato de servicios negociado sin publicidad, básicamente en lo dispuesto en la cláusula 3.1- Abonos al contratista.

Asimismo, y dada la falta de obligación legal de constitución de mesa de contratación para el contrato negociado sin publicidad, se añade la unidad de valoración como alternativa a aquella en el cuadro-resumen y en el mismo anexo XVII.

Se adjunta, asimismo, informe favorable de la Dirección General de Servicios Jurídicos de 14 de septiembre de 2018.»

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 31 de octubre 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 activa del solicitante.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 1 letra f) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón,

por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 letra d) del citado Decreto 81/2006.

II.- Necesidad de adaptación de los pliegos tipo utilizados por la Comunidad Autónoma de Aragón, 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. (LCSP)

Se someten a informe de este órgano el modelo de pliego elaborado para su aprobación por los órganos de contratación correspondientes, haciendo uso de la posibilidad que ofrece el artículo 122.5 LCSP sobre la elaboración de pliegos tipo para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga.

Recientemente fue informado por esta Junta el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares tipo del procedimiento negociado sin publicidad para contratos de servicios, a través del Informe 11/2018, de 30 de mayo. En dicho informe, se recordaban las principales novedades que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público el día 9 de marzo de 2018 (LCSP en adelante) introduce en cuanto a los supuestos de aplicación y forma de tramitación de los procedimientos negociados, garantizando el cumplimiento de los principios de igualdad y libre concurrencia.

Conviene insistir en cuestiones ya analizadas en nuestra Recomendación 1/2016, de de 20 de abril, relativa a la utilización del procedimiento negociado, especialmente en la propia utilización del procedimiento. Los procedimientos negociados deben ser usados con carácter excepcional, pues, *«suponen una excepción del principio de concurrencia y en buena medida, del de publicidad*

(principios básicos y fundamentales del derecho de la contratación pública) [...]. El procedimiento negociado es, por tanto, de utilización extraordinaria y restrictiva, limitada a los supuestos expresamente tasados por la Ley».

III.- Estructura y contenido formal del pliego de cláusulas administrativas particulares sometido a informe.

El pliego de cláusulas administrativas particulares de contratos de suministros en su modalidad de procedimiento negociado sin publicidad, consta de:

a) Un cuadro-resumen con los principales datos relativos al poder adjudicador, definición del objeto del contrato, posibilidad de reserva del mismo, presupuesto base de licitación y sistema de determinación del precio, valor estimado, régimen de financiación, anualidades, plazos de duración del contrato y de la garantía, admisibilidad de variantes, condiciones especiales de ejecución del contrato, revisión de precios, garantías provisional, definitiva y complementaria, adscripción obligatoria de medios, posibilidad de subcontratación, modificaciones contractuales previstas, datos de facturación, régimen de recursos contra los pliegos e índice de Anexos. Posiblemente, por error, se mantiene un apartado para la subrogación en contratos de trabajo propia del contrato de servicios más de suministros.

b) Un índice que divide el contenido del pliego en ocho grandes enunciados: régimen jurídico del contrato y procedimiento de adjudicación; cláusulas administrativas; derechos y obligaciones de las partes; ejecución del contrato; recepción y liquidación, resolución del contrato; prerrogativas de las Administración y régimen de recursos contra la documentación que rige la contratación

c) Anexos que contienen las limitaciones en los lotes, el desglose del presupuesto base de licitación, las instrucciones para cumplimentar el documento europeo único de contratación (DEUC), el modelo de declaración relativa al grupo empresarial, requisitos de solvencia económica y financiera, y técnica o profesional exigidos a los licitadores, adscripción obligatoria de

medios al contrato, subcontratación y cesión, modelo de oferta económica para los licitadores, en sus distintas variantes: general, lotes y precios unitarios, admisibilidad de variantes, aspectos económicos y técnicos objeto de negociación y criterios de adjudicación de las ofertas, condiciones especiales de ejecución del contrato, penalidades, obligaciones esenciales del contrato, modificaciones contractuales previstas, causas específicas de resolución del contrato, posibilidad de renuncia y/o desistimiento a la celebración del contrato y composición de la mesa de contratación en su caso.

IV. Análisis general de los pliegos tipo sometidos a Informe.

Los pliegos tienen, en general, un contenido adecuado y recogen las novedades de la LCSP, de conformidad con el pliego ya informado para procedimiento negociado sin publicidad para contratos de servicios. No obstante, se realizan las siguientes apreciaciones, algunas de ellas derivadas de error de transcripción, al partir el pliego de un contrato de servicios, y que, por tanto, no parecen adecuadas para un contrato de suministros:

- 1) Se mantiene en el cuadro-resumen como apartado P - Subrogación en contratos de trabajo. En el informe 13/2018, de 30 de mayo, ya advertimos que en el ámbito de un contrato de suministros las obligaciones y responsabilidades del contratista en el ámbito social no desaparecen, pero la subrogación de trabajadores resulta propia de un contrato de servicios. Por tanto, conviene revisar las obligaciones del contratista en materia laboral para adecuar su posible incidencia en los contratos de suministros.
- 2) En el informe 11/2018 se hizo una recomendación en cuanto a la precisión del régimen jurídico sustantivo aplicable al contrato, que podría redactarse del siguiente modo: *“El contrato que se adjudique siguiendo*

el presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares tendrá carácter administrativo, y se regirá por lo establecido en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado". Se aconseja nuevamente incorporar esta redacción a la cláusula 1.

- 3) En la cláusula 2.2.2, se recoge la recomendación realizada por esta Junta en cuanto la necesidad de incluir en el expediente administrativo constancia de las invitaciones cursadas. No obstante, se recuerda que, además, habrá que incorporar también, a todos los efectos, las ofertas que se hayan podido recibir, a pesar de la ausencia de publicidad o invitación expresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.4 in fine de la Ley 3/2011, de 24 de noviembre, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.
- 4) La cláusula 2.2.4 relativa a la confidencialidad de los documentos y datos de los licitadores, adquiere una especial relevancia en este procedimiento, ya que, en el transcurso de la negociación, la mesa o el órgano de contratación deben velar por la igualdad de trato entre licitadores, no facilitando información que pueda dar ventaja en la licitación o revelando datos en el ámbito del secreto empresarial. Así se desprende de la cláusula 2.3.2, en la que se establece aclara el contenido de la comunicación a los licitadores.
- 5) La cláusula 2.3 sobre negociación y adjudicación, con expresa remisión al Anexo X, se refiere a los aspectos económicos y técnicos objeto de negociación, y criterios de adjudicación de las ofertas. En la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, se señalaba la importancia sobre la determinación de los criterios y fases del procedimiento negociado desde la perspectiva de la Directiva 2014/24/UE citada, con la finalidad

de garantizar la igualdad y transparencia dentro de un proceso con trámites deliberadamente velados por los especiales supuestos en los que se puede aplicar. En todo caso, el artículo 169.5 LCSP recuerda que no se negociarán los criterios de adjudicación, y tampoco los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato, requisitos que convendría delimitar para evitar dudas sobre la modificación indebida de alguno de los elementos esenciales que configuran el contrato a través de la negociación, en el Anexo X.

- 6) Se reitera lo manifestado en el informe 11/2018 en relación con la cláusula 2.3.2. relativa a la presentación de las ofertas finales, una vez finalizada la fase de negociación, *«pues las invitaciones remitidas a los licitadores podrían contener fechas diferentes, y en cambio, tal como regula el Artículo 169.8 de la LCSP, el plazo debe ser igual para todos los licitadores para la remisión de la oferta final, “Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas»*.
- 7) Se reitera asimismo la necesidad de precisión relativa a la cláusula 2.3.7. sobre la adjudicación del contrato, ya que la resolución, de acuerdo con el artículo 150.3. LCSP deberá concretar los términos definitivos del contrato negociados debido a la diferencia entre los originarios previstos en fase de licitación y los finalmente negociados.
- 8) El pliego mantiene la posibilidad de constitución de mesa de contratación como parece deducirse del anexo XVII y del propio clausulado en donde se mantiene referencias a la misma (apartado 2.3.3 párrafo 3º). Sin embargo, sus funciones se ven comprometidas por la existencia de una unidad de valoración, cuya composición y competencias no están delimitadas en el pliego y tampoco en la ley, así como por las funciones

que se suponen, puesto que indistintamente se atribuyen en el pliego al servicio técnico, proponente o gestor. El artículo 326 LCSP mantiene la constitución potestativa de la mesa de contratación para los procedimientos negociados sin publicidad, salvo cuando se trate del supuesto previsto en el artículo 168.b) 1º LCSP. Esta situación implica que el órgano de contratación deberá asumir directamente las funciones de la mesa contando con la colaboración del servicio gestor del expediente, así como de la asistencia técnica que requiera para llevar a cabo la negociación.

El mismo precepto establece en el apartado 5 que, en su caso, si la mesa de contratación requiere asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato, el órgano de contratación tendrá autorizarla expresamente, con referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional. Aunque se trata de una previsión que afecta a la mesa de contratación, el artículo 326.5 LCSP trata de canalizar la asistencia cualificada al órgano que debe tomar una decisión relevante en la valoración de ofertas, funciones que parece asumir la unidad de valoración.

En nuestra Recomendación 1/2016 se advertía que *«a la mesa de contratación, aun cuando se constituya, no le corresponde negociar las ofertas, por ello, es recomendable residenciar la negociación en una unidad de asistencia, unipersonal o colegiada, distinta al órgano de contratación, y que las personas encargadas de tramitar la negociación tengan la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarias para negociar un buen acuerdo con los proveedores o contratistas. También es recomendable dar publicidad a la composición de esa unidad que va a realizar la negociación»*. Por tanto, parece adecuada su existencia, aunque se debe aclarar en el

pliego la forma de actuación de la unidad de valoración, si asiste a la mesa de contratación en su caso o al órgano de contratación, y como se relacionará con el servicio técnico, proponente o gestor.

Se recomienda considerar de nuevo la redacción de la cláusula 2.3 en su totalidad, puesto que es la fase del procedimiento de licitación más relevante, y en la que las competencias para la toma de decisiones, tales como la calificación de la documentación, negociación, valoración de ofertas, entre otras, está indeterminadas o atribuidas indebidamente, sin que se encuentre en ninguna cláusula cómo se compondrá la unidad de valoración y cuáles serán sus funciones, en coordinación con las propias del órgano de contratación en los supuestos en los que no cuenta con el apoyo técnico de la mesa de contratación.

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 de suministros en su modalidad de procedimiento negociado sin publicidad, al contenido de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, pudiendo ser extensivos, previa aprobación del órgano competente, al resto de Departamentos y organismos públicos del Gobierno de Aragón.

Informe 23//2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 31 de octubre de 2018.