

Informe 10/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de que en un acuerdo marco con varios empresarios, en el que todos los términos de los contratos derivados estén fijados previamente, se pueda prever un procedimiento de adjudicación de los mismos que no exija una consulta a todas las empresas.

I. ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica del Departamento de Presidencia y Justicia se dirige con fecha 13 de marzo de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dedica el Título II del Libro III a la Racionalización Técnica de la contratación y regula como uno de los sistemas de racionalización la figura del acuerdo marco, a la que dedica los artículos 196 a 198.

De conformidad con dicha regulación, para racionalizar y ordenar la adjudicación de sus contratos, las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, con uno o varios empresarios, con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva, o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

En la Administración de nuestra Comunidad Autónoma, la contratación centralizada está regulada en el Decreto 207/2008, de 21 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se distribuyen competencias en materia de contratación centralizada en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Organismos Autónomos. En el aspecto organizativo, la Disposición Final Primera del Decreto, «Creación de la Central de Contratación», establece la creación de un órgano administrativo especializado a quien se atribuirán las competencias propias de una central de contratación.

El Decreto se aplica a las obras, servicios y suministros que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas en el ámbito de la

Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Organismos Autónomos. En la actualidad, las competencias en materia de contratación centralizada corresponden al Departamento de Hacienda y Administración Pública, según el Decreto 320/2011, de 27 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Administración Pública, y dentro de éste, a la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización, en la que existe un Servicio de Contratación Centralizada que actúa como central de compras.

Ahora bien, el artículo 10 del Decreto 207/2008 permite a los Departamentos y Organismos Autónomos declarar la uniformidad de bienes, servicios y obras de utilización específica de sus unidades, cuando resulte justificado por el volumen de gasto que supongan y por la simplificación de la gestión que ello conlleve, previo informe favorable de la Comisión de Contratación Centralizada. En estos casos, la tramitación de los correspondientes acuerdos marco corresponderá al Departamento u Organismo que hubiera efectuado la declaración.

Sobre la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, el artículo 198.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dispone:

“Cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación.

Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

- a) Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato; no obstante, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos, por razón de su objeto y cuantía, a procedimiento armonizado, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no extender esta consulta a la totalidad de los empresarios que sean parte del acuerdo marco, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres de ellos.*
- b) Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta.*
- c) Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.*
- d) De forma alternativa a lo señalado en las letras anteriores, el órgano de contratación podrá abrir una subasta electrónica para la adjudicación del contrato conforme a lo establecido en el artículo 148.*
- e) El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco.*
- f) Si lo estima oportuno, el órgano de contratación podrá decidir la publicación de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 154”.*

En la tramitación de un concreto acuerdo marco que afecta a las competencias de este Departamento, se ha planteado la posibilidad de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regirlo se establezca un procedimiento ordinario para la adjudicación de contratos de escasa cuantía, por debajo de los 3.000 euros, IVA excluido, en los que sin necesidad de solicitar nuevas ofertas a todas las empresas homologadas, se adjudique el contrato directamente a una empresa, de acuerdo con un turno en el que participarían todas ellas.

El supuesto concreto se refiere a la homologación de agencias de publicidad, en la que mediante acuerdo marco se seleccionan aquellas agencias que prestarán servicios durante la vigencia del mismo, en orden a insertar la publicidad del Gobierno de Aragón.

Se pretende que el procedimiento para la adjudicación de los contratos derivados de este acuerdo marco sea distinto según la cuantía del contrato, de forma que cuando supere los 3.000 €, IVA excluido, el órgano de contratación consulte a todas las empresas homologadas, pero para aquellos contratos de importe inferior a dicha cifra, se adjudique el contrato directamente y de forma automática a la empresa a la que en ese momento le corresponda, de acuerdo con el turno previamente establecido, en el que participen todas las empresas homologadas.

Hay que reseñar que en el acuerdo marco de servicios de publicidad se concretarían todas las condiciones de los contratos derivados, en especial, los términos económicos, pues se fijan los descuentos sobre las tarifas oficiales de los medios que cada agencia de publicidad aplicará en las inserciones.

No se considera oportuno que esos contratos de menor cuantía se adjudiquen con petición de mejora de oferta a todas las homologadas, en este caso del descuento aplicable, por entender que el art. 198.4 citado permite que en un acuerdo marco en el que todos los términos del contrato estén fijados, se establezca un procedimiento específico de adjudicación, que no necesariamente tiene que conllevar la consulta a todas las empresas. Por otra parte, las circunstancias concretas de este servicio, que a continuación se enumeran, aconsejan la posibilidad planteada.

En primer lugar, porque en contratos de escasa cuantía, la solicitud de mejora de precio con consulta a todas las empresas resulta ineficiente, puesto que exige a éstas realizar unos trabajos de maquetación previa y valoración de anuncios, al no tratarse de servicios estandarizados, y los costes que se derivan para las empresas son excesivos para las expectativas de negocio que se generan.

Por otro lado, tampoco interesa una adjudicación directa a la empresa o empresas homologadas que hayan realizado la oferta económica mas baja, pues con ello se podría producir una acumulación de contratos en una sola agencia, que repercutiría negativamente en la calidad en la prestación del servicio. Además, con este turno rotatorio se garantiza que todas las empresas tengan un mínimo volumen de negocio, que les compense de los gastos que supone la exigencia de los pliegos de que cuenten con unos medios personales y materiales adscritos al contrato.

Por último, señalar que este sistema de adjudicación de contratos derivados no conculca los principios de publicidad, objetividad y transparencia, ya que responde a unas condiciones previamente fijadas en los pliegos, conocidas por todos los licitadores y no deja margen a la discrecionalidad.

Por todo lo anterior, y de conformidad con los artículos 3.1 y 2, y 6 a) 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, se solicita informe sobre la posibilidad de que en un acuerdo marco con varios empresarios en el que quedan fijados todos los términos de los contratos derivados se pueda prever un procedimiento de adjudicación de los mismos que no exija una consulta a todas las empresas, siempre que existan razones de eficiencia o de otra índole que lo justifiquen».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 10 de abril de 2013, 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.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 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 no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades

de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Departamento de Presidencia y Justicia, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la posibilidad de que en un acuerdo marco con varios empresarios, en el que todos los términos de los contratos derivados estén fijados previamente, se pueda prever un procedimiento de adjudicación de los mismos que no exija una consulta a todas las empresas, siempre que existan razones que así lo justifiquen.

La Secretaria General Técnica del Departamento de Presidencia y Justicia es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Características y modalidades de los acuerdos marco. Consecuencias en la adjudicación de los contratos derivados.

Como es sabido, los acuerdos marco son uno de los sistemas de racionalización técnica de la contratación previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). De acuerdo con la consideración 11 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios:

«Procede establecer una definición comunitaria de los acuerdos marco así como normas específicas aplicables a los acuerdos marco adjudicados en relación con los contratos sometidos a la presente Directiva. Con arreglo a dichas normas, cuando un poder adjudicador celebre, de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva, un acuerdo marco relativo, en particular, a la publicidad, los plazos y las condiciones para la presentación de ofertas, podrá suscribir contratos basados en dicho acuerdo marco durante la vigencia del mismo bien aplicando las condiciones establecidas en el acuerdo marco, bien, si no se han fijado todas las condiciones por anticipado en dicho acuerdo marco, volviendo a convocar una licitación entre las partes en el acuerdo marco

sobre las condiciones no fijadas. La nueva licitación debe cumplir determinadas normas destinadas a garantizar la necesaria flexibilidad y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato. Por estos mismos motivos, debe limitarse la duración máxima de los acuerdos marco que no podrá ser superior a cuatro años, salvo en casos debidamente justificados por los poderes adjudicadores».

El artículo 1.5 de la Directiva dispone que *«un acuerdo marco es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas».*

Por su parte, el artículo 32 de la Directiva establece el régimen de los acuerdos marco y de los contratos que se adjudiquen como consecuencia de un acuerdo marco. Dispone que *«Los contratos basados en un acuerdo marco se adjudicarán según los procedimientos previstos en los apartados 3 y 4. Estos procedimientos sólo serán aplicables entre poderes adjudicadores y operadores económicos que sean originariamente partes en el acuerdo marco».*

El TRLCSP no define los acuerdos marco, pero establece en el artículo 196.1 que: *«Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada».*

En el artículo 198.1 TRLCSP, y de acuerdo con la Directiva, se establece que *«Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos, en particular en el caso previsto en el apartado 3 de este artículo, las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco».*

Como señaló la Dirección General de Mercados y Servicios de la Comisión Europea, en su Nota explicativa sobre los acuerdos marco de 14 de julio de 2005 (en adelante Nota explicativa) esta figura del acuerdo marco no es unitaria, sino que se refiere en realidad a dos situaciones diferentes: los acuerdos marco que establecen todos sus términos (y a los que, exclusivamente con fines explicativos, se pueden denominar «*contratos marco*»), y los que no establecen todos ellos (a los mismos fines, «*acuerdos marco en sentido estricto*»).

En el artículo 198 TRLCSP se pueden distinguir las dos modalidades señaladas, y las consecuencias que, en la forma de adjudicación de los contratos derivados, suponen las mismas:

Así, si el acuerdo marco ha concretado las obligaciones futuras de manera completa, los contratos derivados se considerarán una ejecución de los términos pactados, de forma que si existe un único empresario los contratos se ejecutarán con él, y si el acuerdo marco se celebró con varios empresarios no será necesaria una nueva licitación con ellos (artículo 198.3 y 4 TRLCSP).

Si por el contrario el acuerdo marco no definió de forma completa esas obligaciones, si existe un único empresario se podrá consultar con él a los efectos de que complete su oferta (artículo 198.3 TRLCSP), y si son varios los empresarios del acuerdo marco se procederá a una licitación convocando a los empresarios a tal efecto, y con el procedimiento que se señala (artículo 198.4 TRLCSP).

Como última consideración de carácter general, señalar que el procedimiento de adjudicación de los contratos derivados ha de estar contemplado, como el resto de las cuestiones que a ellos se refieren, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen el acuerdo marco, los cuales podrán establecer de forma detallada un procedimiento específico o remitir a la normativa aplicable, sea esta la regulación general de los contratos administrativos o una normativa específica si la hubiera. Por lo que habrá que

estar al caso concreto de cada acuerdo marco para precisar cual es el procedimiento de adjudicación aplicable a sus contratos derivados.

III. Posibilidad de que en un acuerdo marco con varios empresarios, en el que todos los términos de los contratos derivados estén fijados previamente, se pueda prever un procedimiento de adjudicación de los mismos que no exija una consulta a todas las empresas.

En el supuesto concreto que genera la consulta, nos encontramos ante un acuerdo marco —el de selección de agencias de publicidad que prestarán, durante la vigencia del mismo, el servicio de inserción de publicidad del Gobierno de Aragón— en el que, como expresamente se señala, «*se concretarían todas las condiciones de los contratos derivados, en especial, los términos económicos, pues se fijan los descuentos sobre las tarifas oficiales de los medios que cada agencia de publicidad aplicará en las inserciones*».

Se trata así de los que la Nota explicativa denomina «*Acuerdos marco múltiples que establecen todos los términos (contratos marco múltiples)*», y en los que la Directiva 2004/18/CE se limita a especificar, en su artículo 32, párrafo segundo, primer guión, que son adjudicados «*mediante la aplicación de los términos establecidos en el acuerdo marco, sin reapertura de la competencia*». Sigue señalando la Nota explicativa en este sentido que: «*La elección entre los diferentes operadores económicos para la ejecución de la orden específica no está, por otro lado, expresamente regulado por la Directiva. En consecuencia esta elección puede hacerse simplemente mediante el cumplimiento de los principios básicos, véase Artículo 2. Una forma de hacerlo es el método “cascada”, es decir, en primer lugar, contactar con el operador cuya licitación para la adjudicación de un acuerdo marco estableciendo todos los términos (contrato marco) se consideró la mejor y volviendo al segundo donde el primero no es capaz o no está interesado en el suministro de los bienes, servicios u obras en cuestión*».

En este punto incluye la Nota explicativa una nota a pie de página, la 24, cuyo contenido es oportuno reproducir:

«La decisión de con qué operador económico se va a hacer un pedido específico también puede tomarse según otros criterios, siempre que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios. Así, imaginemos una gran institución que, teniendo fotocopiadoras de diferentes marcas, ha concluido los acuerdos marco estableciendo todas las condiciones para el mantenimiento y la reparación de este equipo con una serie de operadores económicos, a fin de garantizar la presencia de al menos un especialista para cada marca de fotocopiadora en su parque de maquinaria. Para la adjudicación de los acuerdos marco, la autoridad contratante ha utilizado los criterios de adjudicación como el precio, la velocidad de intervención, la gama de marcas que pueden ser atendidas etc. Es evidente que una orden de servicio por ejemplo de una máquina “Rank Xerox” puede darse entonces al especialista de esta marca, incluso si la licitación para la “Canon” ha sido clasificada en primer lugar».

Resulta así que, en estos supuestos de acuerdo marco con varios proveedores en el que se definen todos los términos de los futuros contratos, el órgano de contratación dispondrá de varias ofertas «económicamente más ventajosas», aunque en cada una de ellas han podido ser valorados, aspectos o matices diferentes, que en una oferta pueden ser mas destacados respecto de otra u otras. Y para la elección entre ellas no tiene porque ser determinante únicamente el criterio precio (en este caso concreto, el descuento aplicable).

Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 43/2008, de 28 de julio, en cuyo considerando jurídico nº 5 afirma que: *«...Con ello resulta que es perfectamente posible, de conformidad con lo establecido en la Ley, que como consecuencia de la celebración de un acuerdo marco puedan haberse seleccionado varias ofertas de características similares, aunque no idénticas. En tales casos será discrecional para el órgano administrativo destinatario de la prestación en que consista el contrato elegir entre cualquiera de las seleccionadas. Naturalmente esta discrecionalidad puede estar condicionada por la existencia de normas de actuaciones propias del órgano destinatario o aprobadas con carácter general para toda la*

Administración de cara a establecer en que condiciones debe hacerse la elección entre las diferentes ofertas seleccionadas».

De acuerdo con lo anterior, a juicio de esta Junta es posible introducir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rijan el concreto acuerdo marco, un procedimiento ordinario para la adjudicación de contratos derivados de escasa cuantía, (en concreto se señala inferior a 3.000 euros, IVA excluido), en los que sin necesidad de solicitar nuevas ofertas a todas las empresas homologadas, se adjudique el contrato directamente a una empresa, de acuerdo con un turno rotatorio en el que participarían todas ellas. Ya que un criterio como el propuesto, además de justificado en las cuatro razones de oportunidad que se apuntan en el escrito de consulta, cumple los principios básicos de publicidad, objetividad, transparencia y no discriminación que operan como límite para la elección de los operadores económicos que ejecutarán los concretos contratos derivados. Además, esta interpretación aporta simplificación, eficiencia y normalización, principios básicos inherentes al derecho a una buena administración.

III. CONCLUSIONES

- I. El acuerdo marco no es un procedimiento de adjudicación, sino una técnica de racionalización de la contratación pública, en la que caben distinguir dos modalidades: «*contratos marco*» y «*acuerdos marco en sentido estricto*», en función de si establecen, o no, todos sus términos.
- II. En los acuerdos marco con varios proveedores («*contratos marco*»), en los que todos los términos de los contratos derivados estén fijados con anterioridad, es posible introducir los procedimientos de selección de los operadores económicos para la ejecución de los contratos derivados que, —respetando los principios básicos de publicidad, objetividad,

transparencia y no discriminación— considere el órgano de contratación, sin que sea necesaria la consulta a todas las empresas, y sin que el criterio precio deba prevalecer sobre otros que, objetiva y justificadamente, se fijen.

Informe 10/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 10 de abril de 2013.