

Informe 12/2011, de 4 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: «Modificación de los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos de obras, suministros y servicios, a adjudicar por procedimiento abierto (único y varios criterios de adjudicación), procedimiento negociado sin publicidad y contrato de suministro mediante Acuerdo Marco del artículo 9.3.a) LCSP, a adjudicar por procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación, por la Universidad de Zaragoza».

I. ANTECEDENTES

La Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Universidad de Zaragoza, por delegación del Rector Magnífico de la misma de fecha 8 de abril de 2011 que se adjunta en la solicitud, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 13 de abril de 2011, en el que solicita informe, respecto de las modificaciones introducidas en los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para contratos de obras, suministros y servicios, a adjudicar por procedimiento abierto (único y varios criterios de adjudicación), negociado sin publicidad, y suministros del artículo 9.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, mediante Acuerdo Marco, a adjudicar por procedimiento abierto (varios criterios), para su adaptación a las prescripciones de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Se acompañan al oficio, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares correspondientes a los contratos indicados, informados favorablemente por la Letrada Jefe del Servicio Jurídico de la Universidad de Zaragoza.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 4 de mayo de 2011, acuerda Informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante.

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, así como sus modificaciones.

El informe ha sido solicitado por órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 h) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, antes citado.

II. Necesidad de adaptación de los Pliegos a las novedades legislativas recientes.

Los modelos de pliegos tipo sobre los que se solicita informe (ya adaptados a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras) responden a la necesaria adaptación de los mismos a las diferentes novedades que en materia de contratación se han incorporado desde entonces en las siguientes normas:

a) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES). Esta ley ha modificado la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –en adelante LCSP- a través de sus disposiciones finales 16 y 55. Las modificaciones afectan a múltiples cuestiones, entre ellas, como más trascendente, la relativa al régimen jurídico de los modificados, con la novedad de ampliar el ámbito de aplicación de éste régimen a todos los contratos del sector público y, por lo tanto, no sólo a los contratos administrativos.

Esta reforma viene motivada por la disconformidad con el derecho de la Unión Europea del derecho español, disconformidad formalmente comunicada por la Comisión Europea al Reino de España mediante carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2006 y posterior dictamen motivado de 2 de diciembre de 2008. Se trata por lo tanto de adecuar el régimen jurídico de la modificación al derecho comunitario, que en esta materia en realidad se trata de una construcción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en especial la STJCE de 24 de abril de 2004 (Asunto *Succhi di Frutta*), y la STJCE de 19 de junio de 2008 (Asunto *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*), avalada por las STJUE de 15 de octubre de 2009 (Asunto *Acoset*) y de 13 de abril de 2010 (Asunto *Wall AG*), de las que ya se dio cuenta en nuestro Informe 3/2009, de 15 de abril, donde se afirma – para un caso en que se aplicaba la normativa anterior a LCSP – que todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación.

La nueva regulación que sobre los modificados prevé la LCSP, incluye dos modelos: uno de carácter contractual, al estar prevista en los pliegos tal posibilidad (como previene la referida doctrina del TJUE), junto con un sistema de modificados por previsión legal, para los supuestos que no se hubieran previsto en el pliego.

Derivan de esta nueva configuración de la prerrogativa de modificación del contrato, otras consecuencias, tales como las relativas al contenido del valor estimado del mismo, incorporando a éste el importe de las modificaciones previstas, o la introducción como nuevas causas de resolución de la imposibilidad de continuar la prestación en los términos existentes, cuando no sea posible la modificación.

Además, esta Ley de Economía Sostenible incorpora novedades en otros aspectos, como en el contrato de colaboración público privada, el nuevo concepto del contrato de gestión de servicios públicos, que se extiende a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, con la limitación de que sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria, la sucesión de la persona del contratista, el régimen de las causas de resolución o la modificación del porcentaje de subcontratación obligatoria posible de determinadas partes del contrato, a título de ejemplo.

La mayoría de estas modificaciones se refieren a cuestiones cuya regulación se incorpora a los pliegos como documentos que rigen la licitación y, por lo tanto, la adecuación de los mismos a la actual regulación exige introducir múltiples cambios.

b) La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante Ley 3/2011). Esta norma dictada en el ejercicio de las competencias de desarrollo de la Comunidad Autónoma de la legislación básica de contratos, introduce determinadas medidas de fomento a la concurrencia, pero sobre todo medidas de simplificación administrativa, tanto en la fase de preparación de los contratos como en la fase de adjudicación y ejecución de los mismos, además de crear el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y establecer el procedimiento del recurso especial ante el mismo. La Universidad de Zaragoza se encuentra expresamente incluida (artículo 2.1) dentro del ámbito de aplicación de esta ley.

Casi todas son medidas que afectan a la totalidad de los procedimientos y alguna a supuestos especiales (como los contratos derivados del Acuerdo marco, o procedimientos negociados, o el nuevo procedimiento simplificado), y resulta por ello imprescindible su incorporación a los pliegos tipo, garantizando así su debida aplicación. Hay que recordar que la citada ley, publicada el 10 de marzo del 2011 tiene un periodo de *vacatio legis* de dos meses, excepto en lo relativo a la competencia del órgano para conocer del recurso especial del artículo 310 LCSP.

III. Estructura y contenido de los Pliegos.

La estructura de los Pliegos es idéntica a los ya informados por esta Junta en ocasiones anteriores (la última de ellas mediante Informe 7/2011, de 2 de marzo, referido a la última modificación de los pliegos de la Universidad de Zaragoza para la debida adaptación de los mismos a la Ley 34/2010, de 5 de agosto).

Constan de un cuadro resumen del contrato (CARATULA), una relación de Anexos y un índice del clausulado, incorporándose a los mismos un nuevo anexo, nuevas cláusulas y nueva redacción de algunas de ellas.

Por razones de economía procedimental, se emite un único informe respecto de las modificaciones introducidas en los diez Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares sometidos a esta Junta Consultiva, y limitado además a las modificaciones derivadas de la adaptación a los cambios normativos citados en el anterior apartado. En todo lo demás, tenemos que reiterar el contenido del Informe 7/2011, respecto de todas aquellas cuestiones que se sugirieron y no han sido objeto de modificación en los pliegos actualmente remitidos.

En aras de una mejor y más simple sistemática del presente informe, se analizan en primer término las modificaciones introducidas por la Universidad en sus pliegos, para en segundo lugar exponer cuestiones a juicio de esta Junta, pendientes de actualizar, derivadas igualmente de las modificaciones legislativas citadas.

IV. Modificaciones introducidas en los Pliegos.

En primer lugar, se da nueva redacción a la cláusula relativa a las modificaciones de los contratos. Pero se limita la modificación a remitirse a la posibilidad de «*modificar los contratos en los casos y en la forma previstos en el nuevo título V, Libro I de la LES, de acuerdo con las especificaciones señaladas en el Anexo XIII*». La adaptación en estos términos adolece de un carácter incompleto, ya que parece referirse únicamente, con la remisión al Anexo correspondiente, a las modificaciones previstas, sin cita alguna de las modificaciones legales posibles del artículo 92 *quater* LCSP. Por ello, será necesaria la incorporación dentro de esta cláusula de este segundo supuesto de modificaciones no previstas, o en su caso, añadir una nueva cláusula a continuación referida a las modificaciones legales, red denominando la primera como «modificaciones contractuales previstas».

La previsión de las modificaciones previstas va necesariamente vinculada a la concreción de tales previsiones en cada procedimiento concreto de licitación, mediante la cumplimentación del Anexo correspondiente en cada caso. El hecho de encontrarnos ante pliegos tipo impide la fijación de las circunstancias, condiciones, alcance o porcentajes concretos que exige la ley, y por ello parece adecuada la fórmula de incorporar la regulación actual de las modificaciones previstas, vinculando la virtualidad de las mismas a completar el Anexo referenciado. En este punto conviene insistir en la necesidad de adecuar correctamente, conforme a los parámetros comunitarios, la prerrogativa de los modificados, que deberán prever sus reglas de tramitación y los límites

cuantitativos, dado que no podrá afectarse al contenido esencial de la prestación.

Por otra parte, se incorpora de manera correcta tanto en la cláusula relativa a la notificación de los actos de exclusión de la Mesa de contratación, como en la relativa a la adjudicación del contrato, la referencia al nuevo órgano competente para el conocimiento del recurso administrativo especial del artículo 310 LCSP creado por la Ley 3/2011, esto es, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

También se incorpora una nueva cláusula en las obligaciones del contratista relativa a la sucesión del contratista, incorporando el tenor literal de parte del artículo 73 bis LCSP, en la redacción dada por la LES, esto es, la relativa a las consecuencias de la imposibilidad de continuidad del contrato en los supuestos de sucesión del contratista. La nueva regulación dada a esta materia por la LES determina la recomendación de reproducir la totalidad del artículo citado, porque su incorporación responde además de manera más adecuada al objeto de esta cláusula, que es precisamente los supuestos de sucesión del contratista, y no sólo las consecuencias de la imposibilidad de la misma.

Por último, en la cláusula relativa a la resolución del contrato se incorpora una referencia al artículo 13 de la Ley 3/2011, que regula el plazo máximo para resolver los procedimientos de resolución contractual. En todo caso, la precisión de «*cuando entre en vigor la misma*» resulta innecesaria, ya que evidentemente todo contrato que se rija por pliegos publicados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley queda sometido a la aplicación de la misma, de modo que en atención a las fechas no cabe duda de la publicidad del pliego siguiendo el modelo tipo, con posterioridad a la fecha de la entrada en vigor.

En el caso de los pliegos de los procedimientos negociados, el artículo 6 de la Ley 3/2011 permite para los procedimientos negociados en que no exista Mesa

de contratación que los licitadores sustituyan la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos por la presentación de una declaración responsable suscrita por el licitador, comprometiéndose a acreditarlos en caso de que vaya a ser propuesto adjudicatario. Esta posibilidad se ha incorporado a los pliegos de los contratos a adjudicar por procedimiento negociado sin publicidad, en un inciso final tras la relación de todos los puntos del apartado de la documentación del sobre uno, debiendo incorporarse a tal inciso la conformidad con la citada previsión legal expresa en este sentido.

El apartado segundo del citado artículo 6 prevé para estos supuestos *«que con carácter previo a la adjudicación del contrato, se requiera al que vaya a ser propuesto como adjudicatario para que aporte la documentación acreditativa de su capacidad, representación y solvencia en el plazo de cinco días hábiles»*. La cláusula 2.3.3 de los Pliegos ha incorporado esta previsión, pero con un error, al hablar de un plazo de cinco días naturales cuando son hábiles, de conformidad con la reproducida previsión legal. Por otra parte, resultaría conveniente prever la consecuencia jurídica de la no presentación de tal documentación, de la misma manera que se hace con la no presentación de la documentación que se requiere al propuesto como adjudicatario. Para ello, resultaría más conveniente requerir la presentación de la documentación a que se refiere el artículo 6.2 de la Ley 3/2011 en el mismo momento en el que se requiere al propuesto adjudicatario la restante documentación a que se refiere la cláusula 2.3.4; ya que su requerimiento anterior antes de la clasificación por el órgano de contratación, determinaría que la consecuencia de la no presentación sería su exclusión, convirtiéndose ésta en un nuevo acto susceptible de recurso, que dilataría el procedimiento.

V. Otras modificaciones requeridas por los Pliegos para completar su adaptación a las novedades legislativas.

Dentro de éstas podemos distinguir:

a) En la carátula y contenido de las cláusulas administrativas:

En el apartado de la carátula relativo a la subcontratación será necesario incorporar el nuevo porcentaje máximo autorizado de subcontratación obligatoria (50%, frente al 30% anterior) establecido en el nuevo artículo 210.7 LCSP en redacción dada por la LES.

La cláusula correspondiente al valor estimado del contrato, como consecuencia del cambio del régimen jurídico de las modificaciones y de la nueva redacción del artículo 76 LCSP deberá, en aras de una mayor claridad, incluir como un nuevo elemento integrante del mismo el importe de las modificaciones previstas.

Deberá incorporarse también la posibilidad prevista en el artículo 5 de la Ley 3/2011 de presentación de la documentación administrativa mediante fotocopias simples, estando obligado posteriormente el propuesto adjudicatario a la presentación de la documentación original. Esta presentación debería exigirse con el resto de documentación que se exige al propuesto adjudicatario, incorporándola por lo tanto a la cláusula relativa a la «presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa».

Entre las cláusulas administrativas especiales, la cláusula relativa a la Mesa de contratación debería introducir la cita a la regulación contenida en el artículo 8 de la Ley 3/2011, y específicamente en cuando a la publicidad de su composición, que de conformidad con el apartado dos del citado artículo deberá tener lugar con carácter previo a su constitución, sin que sea necesario por lo tanto el plazo mínimo de 7 días de antelación establecido en el artículo 21.4 del RD 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP.

Además, de conformidad con ese mismo artículo 8 de la Ley 3/2011, será necesario incorporar la previsión de publicidad en el perfil de los actos de las Mesas de calificación, admisión o exclusión, sin perjuicio de la necesaria notificación a los licitadores afectados.

Otra de las previsiones novedosas de la Ley 3/2011 es la fijación, para las notificaciones electrónicas, del plazo en el que se entenderán rechazadas las mismas. La previsión expresa que encontramos en su artículo 16, viene con ello a aclarar el alcance global –para todas las notificaciones electrónicas en el seno del procedimiento de contratación– de la previsión de este plazo, que ya había establecido la LCSP, pero de una manera parcial, solo referida a la notificación de la adjudicación. En este punto tenemos que recordar que esta Junta en su informe 7/2011 ya resaltó la falta de previsión de las notificaciones electrónicas en los pliegos de la Universidad. A la vista de la no incorporación de la misma en los pliegos actuales, se reitera nuestra observación, con la recomendación, en el caso de que se prevean, de incorporar expresamente la regulación específica de la Ley 3/2011.

Igualmente debería introducirse en los pliegos una cláusula después de la relativa a la valoración de las ofertas, incorporando el tenor literal del artículo 9 de la Ley 3/2011, que prevé la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas. Si bien es cierto que no es estrictamente necesaria la previsión de esta cuestión en el pliego, siendo de aplicación directa la ley y por lo tanto esta posibilidad, sin embargo la novedad que representa hace conveniente su incorporación expresa al pliego, garantizando así la aplicación de la Ley 3/2011.

b) En materia de derechos y obligaciones de las partes.

Será necesario en la cláusula relativa a los abonos al contratista incorporar los plazos de pago a los que se haya sujeta la Universidad de Zaragoza, de conformidad con la nueva redacción dada a la artículo 200.4 LCSP por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004 por la que se

establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y cuyas previsiones son de obligado cumplimiento. Esta observación ya fue realizada en el anterior informe 7/2011 de esta Junta, sin que, al parecer, se haya corregido.

c) Régimen jurídico del contrato

Debería incorporarse al sistema de fuentes la referencia a la reciente Ley de Aragón 3/1011; y de manera concreta en este apartado introducir la previsión del silencio negativo incorporada en la nueva Disposición Final octava de la LCSP en redacción dada por la LES.

III. CONCLUSIONES

I. Los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares objeto del presente informe, con las modificaciones realizadas, 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 Universidad de Zaragoza, y se ajustan a la LCSP y normativa de desarrollo.

II. Informar favorablemente, en tanto se incorporen las observaciones formuladas en el presente Informe y, en su caso, las sugerencias, las modificaciones introducidas en los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos de obras, suministros y servicios, por procedimiento abierto (único y varios criterios de adjudicación) negociados sin publicidad y suministros del artículo 9.3.a) LCSP mediante

Acuerdo Marco, a adjudicar por procedimiento abierto (varios criterios), adaptados a las prescripciones de la LES, así como a la Ley 3/2011.

Informe 12/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 4 de mayo de 2011.