

Informe 14/2011, de 12 de mayo, 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 (en adelante CARTV), se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito de fecha 14 de abril de 2011, en el que solicita informe, respecto de las Instrucciones de contratación de la CARTV, recientemente actualizadas a los cambios legislativos.

En el escrito de remisión se declara que las Instrucciones se actualizan como consecuencia de los cambios normativos derivados de las Leyes 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante Ley 3/2011). Además, las Instrucciones se adaptan a las previsiones introducidas en la LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, (en adelante Ley 34/2010) de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, 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, en lo que le son de aplicación, aun cuando no se menciona expresamente esta reforma en el escrito de remisión.

Las Instrucciones que ahora se revisan fueron ya sometidas a informe de esta Junta Consultiva en 2009 (Informe 14/2009, de 15 de julio), recogiendo las mismas las consideraciones y sugerencias manifestadas en nuestro informe, cuyas consideraciones generales se dan por reproducidas.

Las Instrucciones revisadas se han sometido simultáneamente a la consideración de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón y a esta Junta Consultiva, en cumplimiento de un trámite preceptivo previo a su aprobación en el primer caso, y facultativo en el segundo.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 12 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 para solicitarle informe.

El presente informe se emite con carácter facultativo, a petición del órgano de dirección de la CARTV, 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 atribuyen 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 revisar y actualizar las instrucciones que, ex artículo 175 LCSP, regulen los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones públicas.

Tal y como ya se dijera en el informe de 2009, en virtud de la previsión del artículo 175 LCSP, a los poderes adjudicadores que no son Administración pública, en sus contratos no sujetos a regulación armonizada, no les resulta de aplicación completa la LCSP, ni en lo relativo al régimen jurídico del contrato, ni a los posibles procedimientos de adjudicación. 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.

En desarrollo de esta previsión legal se desarrollaron las Instrucciones de la CARTV. Sin embargo, los cambios legislativos recientes aconsejan una revisión y actualización de las mismas, tal y como de forma muy correcta se propone con la nueva versión que ahora se somete a informe.

Como ya se destacó en nuestra Circular 1/2010, de 22 de septiembre, y más recientemente en el Informe 13/2011, de 4 de mayo, los principales cambios normativos producidos desde la aprobación de las Instrucciones que ahora se revisan, sucintamente consisten en:

a) 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, 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. Su objeto es la reforma de las leyes 30/2007 y 31/2007 citadas para adaptarlas a la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Novedad importante es que desaparece la dualidad adjudicación provisional y definitiva, y que el contrato se perfeccionara con la formalización y no con la adjudicación (modificando en este punto las causas de resolución, dado que la no formalización, al no estar perfeccionado el contrato, no supone la resolución del mismo). En coherencia con este cambio legislativo, se ha modificado el artículo 135 LCSP, anticipando trámites que se exigían antes tras la eliminada adjudicación provisional.

b) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Esta ley ha modificado la LCSP a través de sus Disposiciones Finales decimosexta y quincuagésimo quinta. 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 la 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.

c) La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. 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 las fases 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.

III. Contenido de la revisión de las Instrucciones.

En tanto se trata de una versión actualizada de las Instrucciones ya analizadas por esta Junta en 2009, nada hay que decir sobre la estructura de las mismas. Corresponde ahora en exclusiva informar sobre los ajustes y novedades introducidas:

a) Es correcta la nueva referencia al valor estimado de los contratos que se introduce en la cláusula V.A).1º, ya que se incorpora adecuadamente la mención de que el mismo estará integrado, además, por el importe máximo de las modificaciones previstas en el contrato, de conformidad con la integración de este concepto en la nueva redacción del artículo 76 LCSP, operada por LES. Se sugiere, no obstante, que la referencia a las modificaciones previstas en el contrato se incorpore también en el apartado 3º de esta misma cláusula, destinado a la estimación del valor.

b) Las Instrucciones recogen las medidas de simplificación y eficiencia en materia de contratación electrónica que establecen los artículos 14 y 15 de la Ley 3/2011, en las cláusulas IX.3 y II.B.3º, aunque sin citar los preceptos concretos de los que traen causa. Sin embargo, no se recoge el contenido del artículo 16, en relación con la acreditación de la identidad de las personas físicas. Se recomienda que se exprese con claridad que las medidas a las que se refieren los artículos 15 y 16 se aplican a la contratación de la Corporación, pero no a la de sus empresas. Se sugiere, por otra parte, la incorporación en esta cláusula de un apartado destinado a recoger la posibilidad de solicitar aclaración de ofertas, prevista en el artículo 9 de la Ley 3/2011, con los requisitos y las condiciones previstos en el mismo.

c) Se adopta la decisión de referenciar el nuevo sistema de recursos de los artículos 310 y ss. LCSP –por ser de aplicación a unos determinados contratos objeto de estas Instrucciones, esto es, los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II LCSP, cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 € – pero se olvida realizar una mención expresa al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, como órgano competente para conocer del eventual recurso especial contra los mismos, y la doble posibilidad del lugar de presentación del recurso, recogida en el artículo 314.3 LCSP.

d) Como consecuencia de la nueva regulación de los modificados contractuales, y de forma acertada, se refiere en estas Instrucciones el nuevo marco normativo regulador, hasta ahora no aplicable a los contratos de naturaleza privada, como sucede con los de la Corporación. En todo caso, se quiere recordar la doctrina que se sostiene en nuestro Informe 13/2011: *«Es necesario insistir en la necesidad de ejercer correctamente, conforme a los parámetros comunitarios, la prerrogativa de modificación del contrato, que debe prever sus reglas de tramitación, los límites cuantitativos, y no afectar a ninguna condición esencial del contrato»*. Se sugiere que se incluya una mención expresa a la necesidad de recoger en el pliego, en el anuncio o en la solicitud de ofertas, el procedimiento de fijación de nuevos precios, si éstos se derivan de la modificación. Son correctas las previsiones de extensión de la obligatoriedad para el contratista de las modificaciones derivadas del artículo 92 *quater* – obligación legal inherente a los contratos administrativos ex artículo 202 LCSP–, y la de resolución del contrato ante modificados no previstos sin que concurren las circunstancias del 92 *quater*, con fijación de indemnización en un tres por ciento de la parte del contrato que se deja sin ejecutar.

e) Se incluye correctamente el sistema de concurrencia en los contratos menores que superan ciertos importes, en los términos señalados en el artículo 4 de la Ley 3/2011. Se sugiere que una mención a la solicitud de ofertas en

estos casos se incorpore en la cláusula VIII.C.4º, junto con la aprobación del gasto y la factura correspondiente.

f) Se da nueva, y adecuada, redacción a la cláusula VIII.A. para ajustarla al actual régimen de perfección de los contratos públicos con la formalización de los mismos, previsto en el artículo 27 LCSP, en redacción dada por Ley 34/2010. Pero se introduce en el apartado B una dualidad de formalización-perfección de los contratos diferenciada, según se trate o no de contratos susceptibles de recurso especial. En el segundo caso se opta por la identidad de los trámites de notificación de la adjudicación –con la debida concreción de todas las circunstancias esenciales– y formalización (y, por ello, perfección), difiriendo a otro momento la denominada “plasmación” en contrato.

Sobre esta dualidad, la Junta se pronuncia desfavorablemente, ya que la regla contenida en el artículo 27 LCSP es aplicable a los contratos que celebren todos los poderes adjudicadores, y no sólo a la Administración Pública, y la previsión desvirtuaría la regla de la perfección de los contratos con su formalización, posibilitando el inicio de su ejecución sin el cumplimiento de un trámite esencial. Cuestión distinta es prever un sistema de formalización mas sencillo, reservado a unos supuestos limitados cualitativa y/o cuantitativamente, en el propio pliego, de forma análoga a la previsión contenida en el artículo 11 de la Ley 3/2011, para un supuesto determinado.

g) En lo relativo a la motivación de las adjudicaciones, se limita la aplicación del artículo 135.4 LCSP a los contratos susceptibles de recurso especial, mientras que para el resto de los contratos la información sobre la motivación de la adjudicación parece condicionarse a la previa solicitud de los interesados. Tal previsión no es correcta, por cuanto la exigencia del referido requisito de motivación resulta de aplicación para todo contrato, independientemente de su importe, ya que su fundamento es garantizar la eficacia de una eventual reclamación, de tal manera que la notificación de la adjudicación deberá tener

un contenido equivalente al que dispone el artículo 135.4. En este sentido conviene recordar –en aplicación del artículo 3 de la Ley 3/2011–, la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 3/2011, de 7 de abril, al indicar en cuanto a la notificación de la adjudicación que debe realizarse a los licitadores, que la finalidad de dicha notificación es que se comunique, «*con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación, y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido, tal y como recoge expresamente el Preámbulo de la Ley*». Por ello, en este punto deben ser objeto de corrección estas Instrucciones.

h) Por último, resulta correcta la inclusión de la última cláusula, relativa a la revisión automática de las cuantías de los procedimientos cuando se altere la normativa vigente de la que traen causa directa.

IV. CONCLUSIONES.

I. Las Instrucciones de contratación de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión y de sus sociedades, actualizadas a los cambios legislativos recientes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 175 b) LCSP, contienen la regulación de los procedimientos de contratación de contratos que no están sujetos a regulación armonizada, de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

II. Deberán ser objeto de revisión las observaciones anteriormente realizadas, especialmente en lo relativo a la perfección de sus contratos y la necesaria motivación de toda adjudicación, de modo equivalente al establecido en el artículo 135.4 LCSP, independientemente de su importe.

III. Informar, en todo lo demás, favorablemente las Instrucciones de contratación de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión y de sus sociedades.

Informe 14/2011, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su sesión del día 12 mayo de 2011.