

Informe 17/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: «Nuevos modelos de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del Ayuntamiento de Zaragoza, adaptados al texto refundido de Ley de Contratos del Sector Público y a la Ley de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, relativos a contratos de obras, servicios y suministros a adjudicar por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación».

I. ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 1 de julio de 2012, en el que solicita informe sobre los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para contratos de obras, servicios y suministros a licitar por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, adaptados a las prescripciones del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante Ley 3/2011).

Se acompañan al oficio del Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza, los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares informados favorablemente por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento y por la Intervención General con fecha 23 de marzo y 16 de mayo de 2012, respectivamente, así

como otros documentos que integran el expediente tramitado al efecto.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 19 de septiembre de 2012, 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.

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 g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, antes citado.

II. Aprobación de modelos de Pliegos tipo adaptados a las novedades legislativas recientes.

Se someten a informe de este órgano los modelos de pliegos elaborados para su aprobación por los órganos de contratación del Ayuntamiento de Zaragoza, haciendo uso de la posibilidad que ofrece el artículo 115.4 TRLCSP cuando prevé la elaboración de pliegos tipo para determinadas categorías de contratos

de naturaleza análoga.

Los modelos de pliegos de contratos de obras, suministros y servicios a adjudicar por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación se adaptan a las prescripciones del TRLCSP, así como a las previsiones contenidas en la Ley 3/2011.

De las novedades incorporadas por la Ley 3/2011 ya ha tenido ocasión esta Junta Consultiva de pronunciarse en informes anteriores, entre otros, en los informes 13/2011 y 14/2012. En virtud de la DA 8ª Ley 3/2011 su aplicación a las entidades locales es parcial y transitoria, hasta la aprobación de su legislación específica sobre contratación del sector público.

Por otro lado, con la aprobación del TRLCSP se integran, aclaran y armonizan el conjunto de disposiciones que con incidencia en la materia de contratación del sector público se han dictado desde la Ley 30/2007, hasta la fecha de su publicación, el 16 de noviembre de 2011.

Tal y como en el Preámbulo del texto refundido se señala:

«Efectivamente, la sucesión de leyes que han modificado por diversos motivos la Ley 30/2007 unido a la existencia de otras normas en materia de financiación privada para la ejecución de contratos públicos incluidas en otros textos legislativos, pero de indudable relación con los preceptos que regulan los contratos a los que se refieren, aconsejan la elaboración de un texto único en el que se incluyan debidamente aclaradas y armonizadas, todas las disposiciones aplicables a la contratación del sector público».

Con la aprobación del TRLCSP podemos intuir que culmina una etapa reformista en la contratación pública, marcada por el cumplimiento de las directivas comunitarias de 2004 —sobre coordinación de procedimientos— y de 2007 —de recursos—, si bien está pendiente que se complete con la aprobación de su reglamento de desarrollo.

Los pliegos sometidos a informe incorporan, de un lado, todas las actualizaciones legislativas vigentes y, de otro, «*ciertas modificaciones o*

ajustes derivados de la necesidad de completar el pliego con cláusulas que eviten ciertas confusiones u omisiones que se han detectado en la práctica en los utilizados anteriormente».

Durante los años de vigencia de la LCSP, esta Junta Consultiva ha informado favorablemente pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos y procedimientos utilizados habitualmente por los diversos órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y de la Universidad de Zaragoza. En ellos se realizaban diversas recomendaciones que han sido recogidas en los pliegos que se someten al presente informe.

III. Estructura y contenido de los Pliegos.

Los Pliegos sometidos a informe se estructuran en un índice de contenidos y ocho apartados que contienen las cláusulas aplicables, dedicados respectivamente a los elementos del contrato, forma de adjudicación, adjudicación, relaciones entre la Administración y el contratista, extinción y liquidación del contrato, régimen jurídico, cláusulas específicas e información.

Los pliegos de servicios y suministros se completan con siete Anexos que contienen el modelo de proposición económica, las distintas formas en que se puede consignar la garantía, la identificación de la documentación que puede ser considerada confidencial, y la autorización para cursar notificaciones electrónicas. En los pliegos del contrato de obras se incorpora además un octavo anexo destinado a conferir autorización a la Administración para ajustar las anualidades del contrato.

El presente informe va a adoptar la sistemática habitual en este tipo de análisis, comenzando en primer término por las cláusulas comunes aplicables a los tres pliegos, con independencia de la tipología contractual aplicable. En segundo lugar, se analizan las específicas incorporadas de diferente manera en función de la modalidad contractual. Finalmente se contemplan los ajustes que no responden a novedades legislativas, sino al objetivo de corregir

disfuncionalidades detectadas en la práctica vigente.

IV. Análisis de las cláusulas introducidas en todos los Pliegos.

1.- Un primer apartado aglutina las cláusulas relativas a los elementos del contrato y la legislación aplicable. En todo caso, los pliegos tipo se van remitiendo al contenido concreto que se establezca en los pliegos de cláusulas particulares específicas que se aprueben para cada contrato y cuyo contenido mínimo se detalla en el apartado VII de los pliegos sometidos a informe.

En relación con este contenido mínimo tan sólo cabe decir que no debe formar parte del mismo la garantía provisional que, de conformidad con el artículo 103 TRLCSP tiene carácter excepcional.

Deberá suprimirse la referencia a las posibles prórrogas para calcular el valor estimado en los contratos de obras y de suministro —excepto que se trate de entregas sucesivas vehiculadas mediante acuerdo marco del artículo 9.3.a) TRLCSP— puesto que puede inducir a error, si por ello se entiende que caben las prórrogas previstas en esta modalidad contractual.

2.- El segundo bloque del clausulado se refiere a la forma de adjudicación.

a) Para evitar confusiones que puedan llevar a los licitadores a desvelar parte de su oferta, en relación a la parte del contrato que tengan previsto subcontratar deberá aclararse que el «importe» estará referido al presupuesto de licitación o proyecto, en su caso.

b) La distribución de la documentación, y la propia denominación, de los sobres 2 «Requisitos técnicos» y 3 «proposición económica» no es adecuada, porque en el sobre nº 3 debe incluirse todo aquello que sea susceptible de valoración automática, mediante la aplicación de fórmulas o porcentajes, y no sólo la oferta económica (artículo 150.2 TRLCSP). En su virtud, *«la evaluación de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en*

que no concurra esta circunstancia».

El modo de actuar ha sido detallado mediante Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante RDPLCSP), que dispone textualmente:

«La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos» (artículo 26).

«En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado» (artículo 27.2).

«La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública» (artículo 30.3).

Estas correcciones deben hacerse extensivas a las cláusulas correlativas de las aperturas de los Sobres 2 y 3. Deberá corregirse asimismo la expresión *«se dará cuenta del resultado de la calificación de la documentación técnica en el acto de apertura del sobre 3»*, puesto que de lo que se da cuenta es, como se ha señalado, de la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor antes de abrir el sobre que contiene el resto de la documentación que integra la proposición.

c) Igualmente es aconsejable que el pliego exprese con claridad que quedarán excluidas y no serán objeto de valoración las ofertas que no cumplan con alguna prescripción técnica exigida, o incumplan alguna cláusula exigida en el pliego. Se echa de menos una cláusula dedicada a los criterios de valoración y órgano competente para efectuar la valoración de ofertas.

d) Los pliegos integran con acierto las previsiones de criterios de desempate entre ofertas de la DA 4ª TRLCSP y del artículo 12 Ley 3/2011. Respecto de este último precepto tuvo ocasión este órgano de pronunciarse recientemente mediante Informe 7/2012.

e) En cuanto a la apreciación de valores anormales o desproporcionados, conviene precisar que es la Mesa de contratación a quién corresponde tramitar el procedimiento previsto en el artículo 152 TRLCSP (artículo 22. 1.f) RDPLCSP). Es igualmente aconsejable que el pliego tipo indique el plazo que se otorgará al licitador cuya oferta haya sido identificada como anormal o desproporcionada para justificar su oferta, de modo que se normalicen los distintos procedimientos en este aspecto.

f) Es loable la decisión contenida en los pliegos de publicar en el perfil de contratante —que operará de este modo como tablón de anuncios— los resultados de los actos de calificación, admisión o exclusión de ofertas de las Mesas de contratación, aplicando voluntariamente de este modo la previsión contenida en el artículo 8.4 Ley 3/2011 para los órganos de la Administración Autonómica y de la Universidad de Zaragoza.

En relación con el régimen de recursos frente a los actos de las Mesas de contratación de exclusión de ofertas, en cuanto que actos de trámite cualificados que determinan la imposibilidad de continuar en el procedimiento, deberá corregirse la referencia al «*dies a quo*» del recurso especial en materia de contratación, ya que no viene determinado en este caso por el día siguiente al de la remisión de la notificación, sino por «*el día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción*», que será el de su recepción (artículo 44.2.b) TRLCSP).

Por otro lado, en el resto de contratos no susceptibles de recurso especial, el acto de exclusión de ofertas de la Mesa de contratación no es susceptible de recurso de reposición, sino de alzada ante el órgano de contratación al que asisten (artículo 8.5 Ley 3/2011).

3.- El tercer apartado se dedica a la adjudicación del contrato.

a) Entre la documentación que se requerirá al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa figura la *«justificación por el contratista que se ha cubierto la responsabilidad civil y daños a terceros»*. Sin embargo, hasta ese momento no se ha efectuado ninguna mención previa a la exigencia de una póliza de seguros que cubra este tipo de riesgos, por lo que deberá aclararse lo que proceda.

b) Se ha recogido adecuadamente la previsión del artículo 12 ter Ley 3/2011, adicionado mediante Ley 3/2012, de ampliación del plazo a veinte días hábiles en el supuesto de que deban constituirse Uniones Temporales de Empresarios.

c) Se sugiere incorporar un apartado con los efectos de no cumplimentar adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado (151.2 TRLCSP). En este sentido puede consultarse el Informe 18/2011 de este órgano consultivo.

d) En la cláusula dedicada a los efectos de la falta de formalización del contrato se contienen dos previsiones que esta Junta considera no ajustadas a derecho, por considerar que se extralimitan de las previsiones legales. Son las dos siguientes:

- La primera de ellas hace referencia a que no se produzca la formalización del contrato en plazo por causas imputables al adjudicatario. El artículo 156.4 TRLCSP dispone expresamente que *«la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido»*. Lo cual, dado el carácter excepcional de la garantía provisional, hace prácticamente inaplicable esta previsión. Sin duda por ello, los pliegos sometidos a informe prevén este efecto *«la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe del 3% del contrato equivalente a la garantía provisional»*. Sin embargo, a la vista de las responsabilidades a las que están afectas las garantías definitivas (artículo 100 TRLCSP) no se puede informar favorablemente este aspecto.

- La segunda cuestión que introducen los pliegos se refiere a la opción que correspondería a la Administración en caso de que no se produjera la

formalización del contrato, de adjudicar el contrato al licitador o licitadores siguientes por orden de calificación de sus ofertas o convocar nueva licitación.

Nuevamente se trata de una opción no prevista expresamente en la legislación vigente, que no puede informarse favorablemente, por entender que el pliego en este punto no se ajusta a derecho, pues dejar a voluntad del órgano de contratación la decisión de declarar desierto el contrato o adjudicarlo al siguiente licitador clasificado es contrario al principio de igualdad de trato y puede producir discriminación.

En este punto entendemos que con arreglo a los principios de transparencia y eficacia, dado que el contrato no ha sido todavía perfeccionado, resulta aplicable por analogía lo previsto en el artículo 151.2 TRLCSP, debiendo acudir necesariamente al siguiente licitador clasificado, a quién deberá requerírsele en los términos del artículo citado, sin que quepa declarar desierta la licitación siempre que exista una oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego (151.3 TRLCSP).

4.- Se ha incorporado un cuarto apartado dedicado a las relaciones generales entre la Administración y el contratista.

a) Se dedica una cláusula al responsable del contrato y a la comunicación de su designación al contratista. Se contiene referencia expresa a la posible cesión del contrato y a la subcontratación.

b) Mención aparte merece la referencia a la modificación del contrato. Se han incorporado las previsiones del TRLCSP distinguiendo entre modificaciones previstas y no previstas, y las de la Ley 3/2011 (artículo 12 bis), en su redacción dada por Ley 3/2012, exigiéndose la publicidad de los modificados y la notificación a los licitadores que fueron admitidos al procedimiento. Sobre este aspecto este órgano ya se manifestó en su Circular 1/2012: *«hay que tener en cuenta que el nuevo artículo 12 bis establece una obligación para los poderes adjudicadores, la de dar publicidad a los acuerdos de modificación con el objetivo de cumplir con el principio de transparencia que establece el artículo 1 TRLCSP, pero este nuevo trámite en nada afecta a las condiciones, y*

régimen jurídico de los modificados a los que se aplicará la normativa que corresponda».

c) La cláusula 22 recoge una enumeración de los derechos del contratista, que no debiera ser taxativa puesto que el contratista posee otros derechos no citados en el elenco como, por ejemplo, el derecho a transmitir su derecho de cobro que tenga frente a la Administración (artículo 218 TRLCSP).

d) Lo mismo cabe apuntar con respecto a las obligaciones del contratista recogidas en la cláusula 23, que deberán alcanzar todas las que la legislación y los pliegos le imponen. En este sentido se aprecia una importante omisión en el contrato de servicios a la obligación del contratista de subrogarse como empleador en los contratos de trabajo cuando así lo exijan los pliegos que rijan la licitación.

Se incorpora en los tres pliegos como responsabilidad u obligación del contratista el no efectuar suministros o ejecutar trabajos o unidades de obra no incluidos en el contrato *«sin conocimiento previo de haber sido autorizados por el órgano de contratación»*. Esta previsión deberá matizarse dado que, excepto en el régimen especial de los excesos de medición en obras, cualquier variación previsible en el objeto del contrato deberá reconducirse a través del régimen de las modificaciones previstas fijando en el pliego sus circunstancias, alcance, condiciones y límites. Abundando en este apartado, el pliego de suministros prohíbe expresamente incorporar vía modificación del contrato suministros complementarios (cláusula 23), por lo que se produce una aparente contradicción entre ambas cláusulas.

e) En cuanto a las causas de resolución del contrato, los pliegos tipo optan por consignar algunas previsiones, permitiendo que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporen otras, si así lo estiman conveniente. Sin embargo, en el apartado correspondiente a las cláusulas específicas del contrato no figura mención alguna a otras causas de resolución, por lo que debe añadirse esta referencia.

V.- Análisis de los pliegos según la modalidad contractual.

1.- Se ha incorporado adecuadamente al precio del contrato de obras lo señalado por este órgano en su Recomendación 1/2011, en relación con los costes imputables al contratista.

2.- En el Pliego de obras se ha incorporado un apartado relativo a la aptitud y capacidad, donde se detalla acertadamente la prohibición de concurrir a la licitación que afecta a las empresas adjudicatarias de contratos de redacción de proyectos, dirección facultativa, supervisión y/o control de las obras que son objeto de licitación o empresas vinculadas a éstas.

Podría incorporarse este apartado genérico relativo a la aptitud en las otras dos modalidades contractuales objeto de informe, para que los pliegos guarden el mismo cuerpo común.

Con relación a la recepción parcial de las obras y la previsión de que, en este caso, el contratista podrá solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía correspondiente a tales obras, deberá especificarse que esa circunstancia se producirá una vez haya transcurrido el plazo de garantía previsto.

3.- En el pliego de suministro se ha incorporado una descripción detallada de los elementos que debe incluir la factura, facilitándose la identificación de la prestación contratada.

En este mismo pliego, se considera contenido necesario y no opcional de los pliegos de cláusulas administrativas particulares el establecimiento del tiempo y lugar de entrega de los suministros.

VI. Otras previsiones incorporadas en el clausulado de los pliegos.

Como ya se ha señalado, éstas se destinan al objetivo de evitar ciertas confusiones u omisiones que se han detectado en la práctica en los utilizados anteriormente, así:

1.- Se incorpora acertadamente como causa de resolución contractual la falsedad de la declaración responsable de no estar la empresa incurso en prohibición de contratar, a cuyo efecto la Administración podrá comprobar, en cualquier momento, la veracidad y exactitud de esa declaración. En este sentido ya se pronunció este órgano en Informe 16/2010 señalando:

«Conviene recordar que el criterio general es que las prohibiciones se constatan al momento de adjudicación y que las causas de las mismas en fase posterior no se proyectan sobre el contrato que se ejecuta. Para conseguir que dicho incumplimiento operase como causa de resolución sería necesario que tal previsión se incorporase de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, señalando tal incumplimiento como causa de resolución del contrato».

2.- Se incorpora una cláusula relativa a la custodia de la documentación presentada una vez culminado el expediente, advirtiéndose expresamente que una vez transcurrido un plazo de 6 meses, si no se ha interpuesto recurso alguno, la documentación puesta a disposición de los interesados que no haya sido recogida, podrá ser destruida. Es habitual que los órganos gestores no sepan que hacer con la voluminosa documentación aportada en los procesos de contratación cuando los interesados no acuden a retirarla, por lo que esta previsión de orden práctico parece sin duda acertada.

3.- En los contratos de obras y servicios, se prevé un sistema de penalidades y resolución contractual específico frente al incumplimiento por parte del contratista de la obligación que imponen los pliegos de presentar, en el plazo otorgado al efecto tras la formalización del contrato y antes del inicio de la actividad, la documentación acreditativa de tener a sus trabajadores afiliados o dados de alta en la Seguridad Social. Se trata de una previsión positiva en el ámbito del cumplimiento de la legislación social.

4.- El pliego de obras incorpora un anexo por el que el licitador confiere con carácter previo autorización a la Administración para ajustar las anualidades del contrato, que contraviene el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 96 del RGLCAP, por lo que no procede informarlo favorablemente.

III. CONCLUSIÓN

Informar favorablemente, con las excepciones, observaciones y sugerencias manifestadas en el presente informe, los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos de obras, servicios y suministros a adjudicar por los órganos de contratación del Ayuntamiento de Zaragoza mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, a los que resulta aplicable el TRLCSP y la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Informe 17/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 19 de septiembre de 2012.