

Informe 22/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: «Nuevos modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte), adaptados a la modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y a las previsiones de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, relativos a contratos de servicios de transporte escolar (procedimiento abierto, negociado con y sin publicidad), servicios de comedor y vigilancia y atención al alumnado en período intersesiones (procedimiento abierto y negociado sin publicidad), y contratos privados de patrocinio publicitario (procedimiento negociado sin publicidad) y privado de creación artística, literaria y de espectáculos a adjudicar por procedimiento negociado sin publicidad».

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, (en la actualidad Educación, Universidad, Cultura y Deporte) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 11 de julio de 2011, en el que solicita informe, respecto a las actualizaciones realizadas en los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para contratos de servicios de transporte escolar (procedimiento abierto, negociado con y sin publicidad), servicios de comedor y vigilancia y atención al alumnado en período intersesiones (procedimiento abierto y

negociado sin publicidad), y contratos privados de patrocinio publicitario (procedimiento negociado sin publicidad) y privado de creación artística, literaria y de espectáculos a adjudicar por procedimiento negociado sin publicidad), para su adaptación —principalmente— a las prescripciones 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).

Se acompañan al oficio del Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, los siete Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, informados favorablemente por la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón, con fecha 4 de julio de 2011, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 167/1985, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón por el que se regula la organización y funcionamiento de la misma.

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

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 a) 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, adoptan idéntica estructura que los modelos tipo de pliegos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón que ya fueron informados favorablemente por esta Junta en su Informe 13/2011 y, tal y como se puso de manifiesto en el mismo, responden a su necesaria adaptación 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 LCSP a través de sus disposiciones finales 16 y 55. Las modificaciones afectan a múltiples cuestiones, entre ellas, como más trascendente, la relativa al nuevo régimen jurídico de los modificados, en atención a las exigencias del Derecho de la Unión Europea, 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.

La mayoría de estas modificaciones se refieren a cuestiones cuya regulación se incorpora a los pliegos como documento que rige la licitación y, por lo tanto, la adecuación de los mismos a la actual regulación requiere de la introducción de múltiples cambios en los mismos.

b) La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. La adaptación de los pliegos a esta norma exige de la introducción de determinadas 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 su adaptación a la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y del procedimiento del recurso especial ante el mismo.

Además de la adaptación de los Pliegos a estas dos normas, se incluyen en los mismos modificaciones derivadas de la actual redacción del artículo 200.4 LCSP, operada por la Ley 25/2010, de 15 de julio, de modificación de la Ley 34/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad de las operaciones comerciales, así como otros ajustes que no responden a novedades legislativas, sino al objetivo de corregir ciertas disfuncionalidades detectadas en la práctica administrativa.

De igual modo, los modelos tipo de pliegos sometidos a informe, recogen diversas recomendaciones que esta Junta Consultiva ha realizado a la hora de informar los 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, a lo largo de los años de vigencia de la LCSP.

En el caso concreto del modelo tipo de pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para adjudicar contratos privados de patrocinio publicitario por procedimiento negociado sin publicidad ya fue objeto de reciente informe de esta Junta 8/2011, de 2 de marzo y en él, se puso de manifiesto la necesidad de adaptarlos a las mencionadas LES y Ley 3/2011.

III. Estructura y contenido de los Pliegos. Observaciones y recomendaciones

Como ya se ha indicado, la estructura de los Pliegos es idéntica a los ya informados por esta Junta en ocasiones anteriores (las últimas mediante Informes números 11, 13 y 14 de 2010, y 13 de 2011); es decir, constan de un cuadro resumen del contrato (CARATULA), una relación de Anexos y un índice del clausulado, incorporándose a los mismos nuevas cláusulas y anexos, nuevos subapartados en cláusulas existentes y se ha procedido a dar nueva redacción de determinadas cláusulas y anexos.

En el caso concreto que nos ocupa, la totalidad de estos pliegos, salvo el relativo al contrato de servicios de comedor, vigilancia y atención al alumnado en el periodo intersecciones a adjudicar mediante procedimiento negociado sin publicidad, ya fueron objeto de informe anterior (Informe 17/2009, de 15 de julio, de transporte escolar, de comedor, vigilancia y atención al alumnado en el periodo intersecciones por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, 6/2010, de 12 de mayo, para contratos de servicios de transporte escolar, procedimientos negociado con y sin publicidad, 17/2010, de 1 de diciembre, contratos privados de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos, por procedimiento negociado sin publicidad, e Informe 8/2011, de 2 de marzo, contratos privados de patrocinio publicitario, por procedimiento negociado sin publicidad).

Por razones de economía procedimental, se emite un único informe respecto de las modificaciones introducidas en los siete Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares sometidos a esta Junta Consultiva, constatándose que las modificaciones introducidas en la totalidad de los pliegos analizados derivadas de los cambios normativos antes mencionados, son idénticas a las ya informadas favorablemente por esta Junta en Informe 13/2011, al cual nos remitimos.

Por otra parte la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vigente desde el 3 de agosto de 2011, en su artículo 18, introduce un nuevo artículo 70 bis a la LCSP, con la siguiente redacción:

«Los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos en que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes. A tal efecto y, en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas».

Ello supone que se debería de incorporar —en los pliegos de cláusulas en los que resulte de aplicación— esta nueva disposición, de tal manera que los licitadores tengan la obligación de introducir en el sobre correspondiente a la documentación administrativa (Sobre número UNO) este certificado, o en su defecto la copia de la declaración de excepcionalidad, junto con la declaración de las medidas adoptadas por el empresario, para que la Mesa de contratación pueda verificar el cumplimiento de las previsiones del artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI).

La cuestión de mayor interés se residencia, por lo que respecta a los pliegos de los contratos de servicios de transporte escolar, en las cláusulas correspondientes al «Contenido de las ofertas/proposiciones», dentro de la documentación administrativa que han de presentar los licitadores, figura el

documento nº 11, relativo a Manifestación por escrito a la Mesa de contratación de hallarse asistido por un derecho de preferencia para la adjudicación de la ruta, por encontrarse en alguno de los supuestos previstos en el artículo 5 del Decreto 24/2008, de 12 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas para el mantenimiento y mejora de los servicios de transporte interurbano de viajeros por carretera de la Comunidad Autónoma de Aragón. Caso de no hallarse asistido por el derecho de preferencia, deberá asimismo manifestarse por escrito a la Mesa de Contratación dicha circunstancia.

Con ocasión del Informe 6/2010, de 12 de mayo, emitido en relación con los modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares del Departamento de Educación, Cultura y Deportes, para contratos de servicios de transporte escolar, procedimiento negociado con publicidad y procedimiento negociado sin publicidad, esta Junta Consultiva ya manifestó que a pesar de que este derecho se fundamenta en legislación autonómica de carácter sectorial, existían dudas jurídicas sobre su adecuación a la normativa comunitaria vigente en materia de contratos públicos, por lo que se reservaba la posibilidad de emitir una recomendación específica.

En efecto, el Decreto 24/2008, de 12 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas para el mantenimiento y mejora de los servicios de transporte interurbano de viajeros por carretera de la Comunidad Autónoma de Aragón, reconoce el derecho preferente para la prestación de los servicios de transporte regular de viajeros de uso especial a las empresas transportistas que presten aquellos servicios de transporte público regular permanente de viajeros de uso general, con explotación deficitaria, en los que se cumpla alguna de las condiciones establecidas en su artículo 5.

El artículo 6 establece el procedimiento para su ejercicio, aplicándose los apartados 1 y 2, cuando nos encontremos en la anterior forma de adjudicación

«concurso» —actual procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación— debiendo recoger expresamente las cláusulas administrativas particulares la posibilidad de ejercer este derecho y la forma de acreditarlo, circunstancias que solo recoge el pliego en cuanto a la documentación a aportar, pero no cómo se articulará la forma de ejercitarlo. Por su parte el apartado 3, resulta de aplicación cuando nos encontremos en los restantes procedimientos de adjudicación, apartado que sería de aplicación a los pliegos de los procedimientos negociados objeto de este informe.

Respecto a este derecho de preferencia, que en realidad se asemeja a un derecho de tanteo, reconocido en la legislación sectorial de transportes a nivel autonómico, ha sido objeto de fallo por parte de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencia 1319/2010, de 17 de marzo, y en él se dirime la procedencia o no de reconocer a favor de la demandante un derecho de preferencia a la adjudicación fundado en normas autonómicas. Así en su fundamento de derecho cuarto se señala que:

«En todo caso, esta observancia prioritaria de las normas sobre contratación supone la entrada en juego, en toda su plenitud, de los principios de concurrencia y de igualdad y no discriminación que proclama el artículo 11.1 del Texto Refundido precepto que tiene carácter básico. Estos principios, con el de transparencia, son requisitos ineludibles en la contratación de las Administraciones Públicas, como ha declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de junio de 2005.

Habida cuenta de lo que se acaba de indicar, cabe sostener que un derecho de preferencia no se compadece con dichos principios, especialmente con los que declaran la libertad de concurrencia y la adjudicación al mejor postor, en los términos utilizados por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 8 de abril de 2008 y de 24 de abril de 2009, y más si cabe cuando, como aquí ocurre, las ofertas no son equivalentes, estando acreditada que la más ventajosa era la de la entidad que resultó adjudicataria.

De hecho, la normativa estatal ha suprimido el derecho de preferencia en la normativa específica sobre transportes. Así, en la modificación del artículo 108 del

Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, llevada a cabo por el Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, ha dado una nueva redacción al citado precepto eliminando la referencia existente a tal preferencia, lo que ha de compaginarse con las explicaciones contenidas en la exposición de motivos, de que, con las reformas, «se intenta facilitar e incentivar la competencia a través de una mejora de la estructura empresarial, eliminando o reduciendo todas aquellas exigencias normativas que, sin resultar imprescindibles para la adecuada ordenación del mercado, suponían trabas para ello», añadiendo que, «asimismo, se pretende mejorar las condiciones de competencia, a través del refuerzo y equiparación de las condiciones de acceso al mercado».

Por consiguiente, no se trata de que, en la licitación en cuestión, deba respetarse una normativa autonómica dictada en el ejercicio de competencias exclusivas, sino de que han de aplicarse otros preceptos con los que resulta incompatible el derecho de preferencia, de ahí que no puedan compartirse las alegaciones que al respecto se contienen en la demanda».

Esta Junta comparte esta interpretación, por lo que entiende que este derecho de preferencia reconocido por la legislación autonómica de transporte, en tanto que resulta incompatible con los principios de publicidad, transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre candidatos que proclama el artículo 1 LCSP, no debería de aplicarse en las adjudicaciones que se efectuaran por parte del Gobierno de Aragón y consecuentemente con ello, debería de eliminarse de los modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares la necesidad de aportar la documentación que acredite la posesión de dicho derecho.

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 LCSP, los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes y recogen el régimen jurídico, económico y administrativo al que se ajustarán los contratos que celebre el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte.

II. Informar favorablemente, con las observaciones y sugerencias manifestadas en el presente informe, las modificaciones introducidas en los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos de servicios de transporte escolar (procedimiento abierto, negociado con y sin publicidad), servicios de comedor y vigilancia y atención al alumnado en período intersecciones (procedimiento abierto y negociado sin publicidad), y contratos privados de patrocinio publicitario (procedimiento negociado sin publicidad) y privado de creación artística, literaria y de espectáculos a adjudicar por procedimiento negociado sin publicidad), para su adaptación — principalmente— a las prescripciones de las Leyes 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de modificación de la LCSP, y 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para su aprobación por el órgano de contratación, pudiendo ser extensivo, previa aprobación del órgano competente, al resto de Departamentos del Gobierno de Aragón.

III. El derecho de preferencia reconocido en el Decreto 24/2008, de 12 de febrero, del Gobierno de Aragón, en tanto que resulta incompatible con los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre candidatos que proclama el artículo 1 LCSP, no debería de aplicarse en las adjudicaciones que se efectuaran por parte del Gobierno de Aragón.

Informe 22/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 12 de septiembre de 2011.