

Informe 3/2010, de 17 de marzo de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: “Manual de instrucciones en materia de contratación de la Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón”

I. ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica del Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio de fecha 15 de febrero de 2010, en el que se solicita que se informe el Manual de instrucciones en materia de contratación de la Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón (ACPUA).

Al oficio se acompaña el texto del manual de instrucciones objeto de informe y el informe preceptivo de la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón evacuado con fecha 28 de enero de 2010. Se han incorporado al texto del manual la mayor parte de las sugerencias efectuadas por la letrada de los Servicios Jurídicos en su informe.

El pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 17 de marzo de 2010, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

El presente informe se emite con carácter de facultativo, 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 atribuye 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 de la Administración 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 aprobar manuales de instrucciones que regulen los procedimientos de contratación de poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones Públicas.

Como se puso de manifiesto en la Circular 1/2008, de 3 de marzo, de esta Junta Consultiva, sobre “alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable”, la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP), ha modificado el ámbito subjetivo de aplicación con respecto a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, estableciendo que los entes instrumentales que no sean Administración Pública pero reúnan los requisitos de poder adjudicador, se someterán, en la preparación de contratos que no estén sujetos a regulación armonizada a lo dispuesto en el artículo 121 LCSP y, para su adjudicación, deberán seguir las prescripciones a que se refiere el artículo 175 LCSP.

De conformidad con el citado artículo 175 LCSP, la adjudicación deberá someterse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, debiendo aprobar un manual de instrucciones en el que se regulen los procedimientos de contratación, garantizando

la efectividad de dichos principios y que el contrato es adjudicado a quién presente la oferta económicamente más ventajosa.

Con el fin de suplir la indeterminación legal del contenido mínimo de los citados manuales de instrucciones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su sesión de 10 de junio de 2008, acordó la adopción de la Recomendación 1/2008 relativa a “preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración Pública en contratos no sujetos a regulación armonizada”, dedicando su apartado segundo al contenido de los manuales de instrucciones.

Habida cuenta de que la ACPUA es una entidad de derecho público, dotada de personalidad jurídica propia y plena autonomía funcional y patrimonial, creada por Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón, que ostenta la condición de poder adjudicador no Administración Pública, debe aprobar las instrucciones por las que se establezcan los procedimientos de contratación aplicables a sus contratos cuando éstos no estén sujetos a regulación armonizada con el fin de cumplir con lo previsto en el artículo 175 LCSP.

III. Estructura y contenido del manual de instrucciones. Observaciones y sugerencias.

El manual de instrucciones sometido a informe se estructura en cuarenta apartados o “instrucciones”, integrados en seis títulos – relativos a ámbito de aplicación, disposiciones generales, procedimientos de contratación, racionalización de la contratación, ejecución y disposiciones finales- precedidos de una introducción y un índice.

La introducción presenta un innegable interés por cuanto en ella se contiene la calificación de la ACPUA como poder adjudicador no Administración Pública a los efectos de la LCSP.

En cuanto al contenido material,

- a) En el apartado 2 “naturaleza jurídica y jurisdicción competente” debe introducirse un nuevo subapartado que recoja la especialidad de los contratos de servicios de las categorías 17-27 de cuantía igual o superior a los umbrales comunitarios (actualmente 193.000 euros) y la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación contra las decisiones y en los términos previstos en el artículo 37 LCSP, haciendo referencia expresa a la competencia de la jurisdicción contencioso- administrativa para resolver los litigios que se puedan plantear contra la resolución del recurso especial.

- b) La previsión del apartado 5 de existencia de una Comisión de contratación que asista al órgano de contratación en todos los contratos que la ACPUA celebre, excepto para los menores (fijados en los de cuantía inferior a 50.000 € en obras y a 18.000 € en servicios y suministros) sin duda favorece el cumplimiento del principio de transparencia y de lo establecido en el apartado segundo A) de la recomendación 1/2008 de esta Junta Consultiva. No obstante, conviene sopesar desde la óptica de la gestión eficaz de la contratación las consecuencias derivadas de la exigencia de la constitución de la citada Comisión en todos los contratos que celebre la Entidad excepto en los citados menores, sobretodo cuando una de las principales misiones que se le encomienda es el análisis de la documentación presentada por los licitadores para verificar si se ajusta a las previsiones contenidas en el pliego de condiciones, pliego que no es obligatorio en contratos de cuantía igual o inferior a 50.000 € (apartado 11 de la instrucción, en consonancia con el art. 121.2 LCSP). En este sentido, se hace constar que en los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares para la contratación de obras, servicios y suministros mediante procedimiento negociado sin publicidad en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, informados por esta Junta Consultiva (Informe 7/2008, de 10 de junio), se opta por la inexistencia de mesa de contratación, recayendo la negociación en el órgano de contratación.

Por otro lado, entre las funciones que se atribuyen a la Comisión de contratación debería incorporarse la admisión o exclusión de licitadores – cuando no cumplan con los requisitos de capacidad y/o solvencia exigidos – y de ofertas – cuando no cumplan con lo previsto en el pliego o con sus especificaciones técnicas.

- c) En el apartado 6.2 cuando se refiere al inicio del procedimiento debería sustituirse la expresión “a propuesta” por “por resolución o mediante acuerdo” del Director del ACPUA, ya que como órgano de contratación a él le corresponde acordar el inicio del procedimiento.
- d) En el apartado 7 “Capacidad de los contratistas”, con una finalidad informativa convendría introducir la previsión de que para acreditar los requisitos en este apartado especificados se admitirán los certificados del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, así como de la Comunidad Autónoma de Aragón, con su eficacia propia según las normas que regulen su expedición.
- e) El apartado 8 se sugiere sustituir el enunciado “procedimientos para la preparación y la adjudicación” por “procedimientos de adjudicación”.
- f) El apartado 12 establece los plazos para la recepción de ofertas y solicitudes de participación, garantizando unos plazos mínimos (13 días para obras y 8 para el resto de contratos), cuyo cómputo se iniciará “a partir del día siguiente al de la publicación del anuncio o al del envío de la invitación”. En este sentido, debe procurarse que el sistema de comunicación que se utilice, preferentemente electrónico, permita una rápida recepción puesto que de no ser así no se estaría procurando el tiempo mínimo necesario para poder presentar adecuadamente la oferta.

- g) Se advierte una divergencia entre lo expresado en el apartado 14 “presentación de proposiciones” cuando se señala que “con la presentación de la oferta se entiende que el licitador declara tácitamente que reúne todos y cada uno de los requisitos exigidos para la presentación de la proposición” y el apartado 20 dedicado a la “calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos”. Así si lo señalado en el primero de los apartados parece conducirnos a una suerte de declaración responsable tácita acerca del cumplimiento de los requisitos exigibles, el segundo nos devuelve a la tradicional exigencia de justificación documental previa de toda la documentación administrativa de los licitadores.

A juicio de esta Junta debería tenderse hacia la declaración responsable expresa y ser exigida la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos únicamente a aquel licitador que vaya a ser propuesto adjudicatario, al menos en los contratos de menor cuantía.

En el supuesto del procedimiento simplificado (apartado 28 y siguientes) no se recoge ninguna referencia a la simplificación de trámites procedimentales. En este procedimiento es en el que alcanzaría toda su eficacia la declaración responsable previa (dado que la entidad debe dirigir la invitación a empresas capaces de realizar el objeto del contrato) y la no exigencia de la comisión de contratación, que podría ser sustituida por la firma de la propuesta de adjudicación por dos empleados públicos cualificados.

- h) Con el fin de facilitar el depósito de la garantía definitiva sería conveniente que se indicara en las instrucciones (apartado 16) el lugar donde aquél debe efectuarse, siendo aplicable el art. 84 LCSP (art.92 LCSP) y, en consecuencia, pudiendo depositarse en la Caja de Depósitos de la Diputación General de Aragón.

- i) En el apartado 19 se hace referencia al presupuesto total del contrato en lugar del valor estimado (art.76 LCSP) y sus cuantías deben actualizarse de conformidad con lo previsto en el Reglamento (CE) nº 1177/2009 de la Comisión, de fecha 30 de noviembre incorporado a la legislación española mediante Orden EHA/3497/2009, de 23 de diciembre (B.O.E. nº 313, de 29 de diciembre de 2009).
- j) El apartado 21 se dedica a la valoración de los criterios sujetos a evaluación previa en el procedimiento dirigido a todos los licitadores en general, pero no se definen dichos criterios como aquellos cuya cuantificación depende de un juicio de valor. De igual modo, convendría identificar los criterios objetivos del apartado 22 como aquellos que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos mediante la mera aplicación de fórmulas, esto es, de forma automática. Igualmente debería explicitarse como deberá presentarse la documentación integrante de la oferta para poder llevar a efecto una valoración en dos fases, previa y posterior.
- k) No queda claro de la lectura comparada de los apartados relativos al procedimiento simplificado, que se remite a los supuestos de procedimiento negociado regulados en los artículos 154 a 159 LCSP y del apartado 10 donde se contienen las reglas de publicidad, cuando existirá publicidad en el procedimiento simplificado. El informe de la Letrada también incorpora una observación en este sentido. Sería recomendable distinguir con claridad entre un procedimiento simplificado con publicidad y sin publicidad.
- l) Con carácter general, se considera positivo en aras del principio de economía procesal que se extienda a los demás procedimientos la posibilidad prevista en el procedimiento dirigido por el órgano de contratación (apartado 35) de solicitar aclaraciones a los licitadores sobre sus ofertas, tras la apertura de las mismas. Así, se podría incorporar una previsión similar a la prevista en el art. 148.3 del Reglamento 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el

que se aprueba el Reglamento Financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, modificado por Reglamento 1995/2006: “En el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma, el órgano de contratación podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta.”

- m) En cuanto a los contratos menores (apartado 36) se sugiere ampliar la posibilidad de adjudicar contratos menores a otros contratos, sin limitar su tipo contractual a obras, servicios y suministros.

Por otro lado, el art. 28 LCSP prohíbe a los entes del sector público la contratación verbal, salvo supuestos de emergencia, por lo que se deberá indicar expresamente que acto o documento va a considerarse equivalente a la adjudicación del contrato menor (presupuesto aceptado, aprobación del gasto, resolución de adjudicación....).

En cuanto a la justificación de la ejecución del contrato menor se estima suficiente la incorporación de la factura correspondiente, que deberá ser debidamente conformada por la Entidad receptora.

- n) El apartado 37 se dedica a los Acuerdos Marco, estableciéndose en su subapartado 5 una previsión genérica de adjudicación directa de contratos derivados que debe ser matizada, por cuanto deben respetarse los principios básicos de la adjudicación.

En la regulación de los contratos derivados que la LCSP efectúa, aplicable para las entidades del sector público que no tienen el carácter de Administración Pública cuando pretendan adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada basados en un Acuerdo Marco Previo (179 LCSP), es destacable 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, y distingue entre si el Acuerdo Marco se ha concluido con un empresario o con varios, y, en este caso, si todos los términos están establecidos – en cuyo caso no será necesaria una nueva convocatoria- o no lo están – debiendo, en este supuesto, convocar a las partes a una nueva licitación.

Por lo expuesto, el concluir un Acuerdo Marco previo no habilita en todo caso para adjudicar directamente los contratos basados en aquél, sino que habrá que articular los procedimientos correspondientes que permitan dar cumplimiento a los principios generales de la adjudicación (art. 176.1).

- o) Por último se incorporan cinco disposiciones finales que incorporan previsiones de gran utilidad para la vigencia de las instrucciones.

III. CONCLUSIONES

I. El Manual de Instrucciones en materia de contratación de la Agencia para la Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón establece, de acuerdo con lo previsto en el artículo 175 b) LCSP, 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. Asimismo contempla las especificaciones de la Recomendación 1/2008, de esta Junta Consultiva, relativa a “preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración Pública en contratos no sujetos a regulación armonizada”.

III. Deberían ser objeto de revisión las observaciones y sugerencias anteriormente realizadas, con el fin de cumplimentar las omisiones apreciadas y agilizar la gestión de la contratación pública sin merma de los principios aplicables.

IV. Informar en todo lo demás favorablemente el Manual de Instrucciones en materia de contratación de la Agencia para la Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón, con las observaciones manifestadas para su aprobación por el órgano competente de la Agencia y su publicación en el perfil de contratante de la referida entidad.

Informe 3/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, adoptado en su sesión de 17 de marzo de 2010.