

Informe 8/2010, de 23 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación por acuerdo marco de homologación de suministros convocados por el Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón -Procedimiento abierto y varios criterios-.

I. ANTECEDENTES

El Departamento de Presidencia se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 8 de junio de 2010, en el que solicita se informen los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación por acuerdo marco de homologación de suministros convocados por el Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón -Procedimiento abierto y varios criterios-, con el fin de que, una vez sean informados por esta Junta Consultiva, puedan ser aprobados por el Consejero de Presidencia.

Se acompañan al oficio los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares correspondientes a los contratos indicados y el Informe preceptivo de los servicios jurídicos.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 23 de junio de 2010, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

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.

II. Consideraciones formales a los Pliegos presentados.

Los pliegos presentados a este Informe, obviamente, adoptan una estructura muy similar a los ya existentes en el Gobierno de Aragón y muy especialmente a los aplicables a los contratos administrativos de suministros LCSP, mediante Acuerdo Marco a adjudicar por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares constan de:

- a) Un índice previo con una sistemática clara y de fácil visualización de contenidos.
- b) Un cuadro resumen del contrato (CARATULA), compuesto de una serie de apartados, identificados alfabéticamente desde las letras A mayúscula a L mayúscula.
- c) Un clausulado, con VII apartados, relativos a las distintas fases del contrato.
- d) Doce anexos que se relacionan con números romanos del I al X.

En todo caso, una primera observación, quizá de conveniencia u oportunidad, aconsejaría que la aprobación de un pliego tipo de estas características se produjera tras la próxima reforma de la legislación estatal de contratos públicos, al menos, la relativa a procedimientos de recursos, ya en tramitación y de previsible aprobación inminente que afecta tanto al tipo de recurso como al sistema de adjudicación y perfección del contrato. Lo contrario

obligará a reformar estos pliegos tipo en un breve plazo, lo que puede crear cierta confusión e inseguridad jurídica, principalmente en los licitadores.

III. Observaciones, sugerencias y recomendaciones en relación con las cláusulas administrativas de los pliegos examinados.

Antes de entrar en el análisis del contenido de los Pliegos, cabe hacer la recomendación de que la denominación de los mismos sea más adecuada a la terminología de la LCSP, así se sugiere que se titulen: “Pliegos tipo para la celebración de un acuerdo marco de homologación de suministros. Procedimiento abierto con criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor” y “Pliegos tipo para la celebración de un acuerdo marco de homologación de suministros. Procedimiento abierto sin criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor”.

Del clausulado sometido a Informe pueden realizarse las siguientes observaciones:

a) En el apartado I.1., la cita a “Organismos Autónomos y restantes entes del sector público adheridos” requiere una adaptación a la categorización de la normativa vigente en Aragón sobre Administración Pública, por lo que debería hablarse de Organismos Públicos (como género) y, de ser esa la voluntad, empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón. El apartado I.4. resulta, por lo demás, redundante, al decir exactamente lo mismo. Redundancia que se produce también en lo relativo a la admisión de variantes al repetirse la previsión del apartado I.2 segundo párrafo en el apartado II. 4.2.3.

En general respecto al ámbito subjetivo se sugiere una mejora en la redacción, dado que el pliego que se informa parece confuso en relación al mismo, en tanto en unos apartados se habla de “resto de entes del sector público adheridos” – apdo 1- y en otros de “entes de derecho público”- entre otros, carátula y apdo 4, Anexo VII— A estos efectos debe recordarse que el

sistema de contratación centralizada en la Comunidad Autónoma de Aragón (Decreto 207/2008) es aplicable necesariamente a los Departamentos y Organismos Autónomos, pero no a las entidades de derecho público que son poder adjudicador no Administración (Vid. Circular 1/2008, de esta Junta sobre ámbito de aplicación). Los poderes adjudicadores no Administración Pública podrán adherirse si así lo desean -como las empresas públicas, fundaciones, entidades locales y resto de entes del sector público autonómico y local aragonés- a esta opción de contratación centralizada, como central de contratación- art .187 LCSP- lo que exige una previsión específica al respecto, aunque sea incorporando un listado de esas entidades, de conformidad con la Nota explicativa de la Dirección General de la Comisión Europea sobre acuerdos marco de 2003 (rev 2005, apartado 2.1 y notas al pie 14 y 15).

b) En relación a las cuantías de los contratos armonizados parece conveniente referirse no sólo a los preceptos de la LCSP, sino también al Reglamento Comunitario vigente (Reglamento (CE) núm. 1177/2009, de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, para el periodo 2010-11). La opción presentada puede llevar a equívocos, máxime al citar la fecha inicial del BOE sin advertir de las posteriores modificaciones de dicha norma.

Debe advertirse en el Pliego de forma expresa que este Acuerdo Marco estará sometido a regulación armonizada si su valor estimado calculado conforme a las reglas contenidas en el artículo 76 LCSP supera los umbrales de aplicación de las Directivas, y que si el acuerdo marco no ha sido sometido a publicidad comunitaria en su aplicación, no podrán adjudicarse contratos derivados sometidos a dicha regulación (artículo 182 LCSP).

Parece conveniente, asimismo, que esta Junta realice una observación relativa al valor estimado y presupuesto de licitación en aras al principio de seguridad jurídica. El Acuerdo Marco de homologación no lleva aparejado presupuesto de licitación ni compromete crédito, porque no es en sí mismo un *contrato* (únicamente regula las condiciones para la adjudicación de contratos derivados durante su vigencia). Consecuentemente, no será necesario

incorporar en la tramitación el tradicional certificado de existencia de crédito, teniendo especialmente presente que el órgano de contratación del Acuerdo Marco actúa como central de contratación del Gobierno de Aragón y los contratos derivados serán adjudicados por los órganos de contratación de los distintos departamentos, organismos autónomos y entidades adheridas, que serán quienes tendrán que garantizar la existencia de crédito al inicio de la tramitación de sus respectivos contratos derivados (Vid. nuestro Informe 5/2010). Por eso, el pliego tipo solo incluye el concepto de valor estimado que vendrá determinado por lo previsto en el Art.76.8 LCSP, cuantía estimada del conjunto de contratos derivados que se pretendan adjudicar durante ese plazo.

c) La exigencia de garantía provisional –apartado II.2.- aconsejaría una previsión para que, aclarando su carácter excepcional, se pudieran aportar las causas que la justificarían. La remisión al apartado del cuadro resumen parece insuficiente en tanto no prevé cómo indicar los motivos de esta solicitud de garantía (cuando proceda). La exigencia de la garantía provisional -como se previene ya en el texto de tramitación de reforma de la LCSP- debe ser la excepción con el claro objetivo de favorecer la mayor participación de las PYMEs en las compras públicas, lo que puede favorecer una competencia más intensa, que se traducirá en una mejor relación calidad-precio y en una consolidación de este sector empresarial, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía. Asimismo, la previsión de incautación de la garantía provisional deberá recoger la previsión de “en su caso” (II.3.1 segundo párrafo). Idéntica previsión se deberá recoger al enumerar los documentos a incluir en el SOBRE nº UNO.

d) Especial reparo debe realizar esta Junta a la previsión de que los documentos del SOBRE nº DOS (apartado II.4.2) se acompañen en un documento electrónico con un formato comercial (el denominado *Excell*) pues contraviene el principio de neutralidad tecnológica exigible a toda Administración Pública en virtud de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de

los ciudadanos a los Servicios Públicos. Existen otros programas igualmente compatibles y equivalentes con la finalidad prevista, por lo que debe permitirse esta opción necesariamente en este Pliego tipo.

e) La cláusula del apartado II.8 relativa a la sucesión contiene un error al citar como requisito la eventual clasificación del contratista que, como es conocido, no es exigible en los contratos de suministro (como es el supuesto que ahora se informa). Con el fin de evitar interpretaciones erróneas debe corregirse esta previsión.

f) El apartado III 1. relativo a los abonos a contratistas debe referenciar expresamente la normativa sobre pagos en las operaciones comerciales, en tanto límite máximo. De la redacción dada pudiera interpretarse una “disponibilidad” para la fijación de dicho plazo de abonos.

g) Esta Junta tiene serias dudas de la legalidad de la previsión del apartado III.2.1 relativa a la prohibición de precios más bajos en el mercado. Tal prohibición atenta a la lógica de la política empresarial que puede obedecer a determinadas circunstancias propias (como puede ser una campaña de rebajas o el volumen demandado de suministro). Por lo demás, entender que esa obligación es esencial y puede ser causa de resolución y exclusión del Acuerdo parece desproporcionada. en tanto ni siquiera se prevé un trámite de explicación o justificación de esa actuación. Lo que puede incluirse es la previsión del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 193.5.e), que contiene una determinación propia para los procedimientos derivados de los concursos de determinación de tipo.

h) Entre las obligaciones exigibles en virtud de las disposiciones sectoriales no aparece citada la legislación sobre igualdad de género, que debe ser expresamente referenciada.

i) En el apartado IV 2.3 relativo al procedimiento de consulta se prevé un plazo de cinco días pero no se indica el *dies a quo*. Debe incluirse expresamente tal previsión con el fin de evitar inseguridad jurídica.

j) En el apartado V. 3 relativo a las penalidades por incumplimiento contractuales aparece el término “sanciones” que es claramente erróneo y puede llevar a equívocos, dado que las penalidades no son sanciones ni requieren por ello cumplir con los principios propios e inherentes al ejercicio de la potestad sancionadora. Debe cambiarse el término por el de “penalidades contractuales”.

k) Por último esta Junta entiende que debe realizar igualmente una precisión en torno al procedimiento de adjudicación de los contratos derivados. El Pliego Tipo examinado se ha decantado exclusivamente por el de consulta, convocando en todo caso a las partes a una nueva licitación. Teniendo en cuenta que se trata de un pliego tipo, debiera preverse igualmente la posibilidad (ofrecida por la Directiva en su artículo 32 y por la LCSP en su artículo 182.4) de que todos los términos estén regulados en el Acuerdo Marco y proceder a una adjudicación directa. Es posible que un Acuerdo Marco combine varios procedimientos de adjudicación de contratos derivados, por ejemplo previendo que pueda solicitársele a un suministrador que ha sido adjudicatario de un contrato derivado hasta una cuantía adicional si surge posteriormente la necesidad.

Los pliegos tipo incorporan una previsión –apdo IV.2.3 y un Anexo -IX- dedicado a los criterios de adjudicación de los contratos derivados. Así, el Acuerdo Marco necesariamente establecerá los criterios de adjudicación aplicables, que serán seleccionados –dentro de los límites marcados por el Acuerdo Marco por cada órgano de contratación competente para adjudicar cada contrato derivado- adaptando a cada caso los criterios de adjudicación que permitan seleccionar a la mejor oferta.

IV. CONCLUSION

I. Los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación por acuerdo marco de homologación de suministros convocados por el Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón -Procedimiento abierto y varios criterios-, 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 derivados de dicho Acuerdo Marco. Estos pliegos, en tanto queden subsanadas las observaciones realizadas en este Informe, son informados favorablemente por esta Junta.

Informe 8/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 23 de junio de 2010.