

Informe 3/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Instrucciones de Contratación de la Sociedad de Promoción y Gestión del Turismo Aragonés, S.L.U.

I. ANTECEDENTES

La Gerente de la Sociedad de Promoción y Gestión del Turismo Aragonés, S.L.U. se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito de 16 de enero de 2015, en el que se solicita que se informen las Instrucciones internas de Contratación para la adjudicación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros no sujetos a regulación armonizada, de la citada empresa pública.

Al oficio se acompaña el texto de las Instrucciones objeto de informe, y el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón, evacuado con fecha 18 de diciembre de 2014. Se han incorporado al texto las sugerencias efectuadas por la Letrada de los Servicios Jurídicos.

El pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 17 de marzo de 2015, 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 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, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6. e) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La necesidad de aprobar 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), modificó 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 debe 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.

Mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), por lo que las referencias a las previsiones legales vigentes se harán a sus preceptos.

La Sociedad de Promoción y Gestión del Turismo Aragonés, S.L.U, empresa pública creada mediante Decreto 199/2001, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón, bajo la forma societaria de sociedad anónima, ostenta la condición de poder adjudicador no Administración Pública (de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 3.3 b) TRLCSP), por lo que 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 191 TRLCSP.

En todo caso, debe advertirse que la aprobación de Instrucciones debe preservar los principios de máxima concurrencia y favorecer una efectiva transparencia (en la línea de lo afirmado por el TJUE en sentencia de 16 de septiembre de 2013). Y, por otra parte, que no pueden consistir en la «repetición» de los procedimientos del TRLCSP, para Administraciones públicas, pues en dicho caso es mejor la opción de no publicar Instrucciones y aplicar el régimen derivado del artículo 190 TRLCSP.

III. Estructura y contenido de las Instrucciones. Observaciones y sugerencias.

Las Instrucciones sometidas a informe se estructuran en tres «Epígrafes»; el primero de ellos, relativa al ámbito de aplicación; el segundo, referente al objeto y, el tercero, bajo la denominación de «normas generales», incorpora dieciséis apartados que contienen, entre otros, disposiciones generales, procedimientos de contratación, racionalización de la contratación, ejecución y extinción, precedidos de un índice.

Si bien no resulta preceptivo el informe de este órgano consultivo, como ya se indicó en la Recomendación 1/2008, desde el punto de vista formal, el procedimiento de aprobación de las Instrucciones debería llevarse a cabo a través de una serie de fases, siendo previo el informe de este órgano consultivo a la aprobación por el órgano competente, y su publicación en Perfil.

En el Perfil de contratante de la empresa pública —accesible desde el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón—, aparecen unas Instrucciones de contratación, aprobadas por la Sociedad de Promoción y Gestión del Turismo Aragonés, S.A, en las que se hace referencia a la Ley de Contratos del Sector Público, lo que permite concluir que estas Instrucciones han sido objeto de revisión. En todo caso, el objeto de este informe debe ser el contenido del texto aportado como Instrucciones.

En cuanto al contenido material,

- a) En la instrucción tercera «NORMAS GENERALES», apartado I «naturaleza y régimen jurídico de los contratos», subapartado 5º, se establece el régimen de recursos, indicando la procedencia del recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 40 TRLCSP y desarrollado en el artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, modificado por Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, Ley 3/2011).

Indica el último párrafo, lo siguiente: *«Como excepción, en los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17-27 del anexo II del TRLCSP y de cuantía igual o superior a 207 000 euros, procederá el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 de la citada norma».*

Esta excepción privaría de recurso especial a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, superiores a 100 000 euros e inferiores a 207 000 euros, contraviniendo lo establecido en el artículo 17 Ley 3/2011, que permite interponer el recurso especial en materia de contratación respecto a contratos de servicios (sin distinción de categoría) de importe superior a 100 000 euros.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en diversos acuerdos, entre ellos, hemos de mencionar el Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, en el que literalmente se establece:

«El artículo 17.2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón) delimita cuáles son los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en concreto los referidos en el artículo 40 del TRLCSP, así como contratos de obras de importe superior a 1 000 000 euros y de suministros y servicios superior a los 100 000 euros.

En el presente caso nos encontramos ante la licitación de un contrato de servicios comprendido en la categoría 17 (servicios de hostelería y restaurante) del Anexo II del TRLCSP, de valor estimado superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la precitada Ley 3/2011».

Por ello, deberá suprimirse el subapartado 5º

- b) El apartado II, denominado «Órgano de Contratación» resulta algo confuso y abarca aspectos —entre otros, la página web— que encajarían mejor en un título más genérico, como el de «Entidad contratante».

No procede en este apartado la inclusión del último párrafo, que señala textualmente: *«los límites económicos establecidos en la presente instrucción se entienden sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido»*.

- c) El apartado III, relativo a la Mesa de contratación, se incorporó —respecto al borrador inicial— por sugerencia de la Letrada de los Servicios Jurídicos.

Como ya se indicó en nuestros Informes 8/2008, de 19 junio, y 3/2010, de 17 de marzo, la existencia de una Mesa de contratación que asista al órgano de contratación en todos los contratos que la Sociedad de Promoción y Gestión del Turismo de Aragón, S.L.U. celebre, excepto para los menores (fijados en los de cuantía inferior a 50 000 euros en obras y a 18 000 euros 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 Mesa en todos los contratos que celebre la Entidad, excepto en los citados menores (que es potestativa). 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, no figura ni el órgano competente para la designación de los miembros ni, lo más importante, las funciones asignadas a la Mesa.

- d) Los apartados IV y V son de por sí innecesarios, pues capacidad de contratista y objeto del contrato son elementos que no pueden ser objeto de regulación por las Instrucciones, al ser dichas materias de directa aplicación para cualquier contrato público, al margen de su importe. En todo caso, se podría realizar una mera remisión a los preceptos del TRLCSP de directa aplicación.
- e) El apartado VI «duración de los contratos» resulta, por lo mismo, innecesario, pues ya está regulado en el TRLCSP. Y, si se quiere, podría referenciarse el precepto de aplicación.
- f) El apartado VII «valor estimado y precio de los contratos», distingue ambos conceptos, ciñéndose a las previsiones del TRLCSP. Pero debe predicarse la misma conclusión advertida para los apartados anteriores.
- g) El apartado VIII, relativo a «garantías», contempla tan sólo las garantías provisional y definitiva; ambas se exigirán tan sólo en función de la naturaleza, importancia u otras circunstancias que lo aconsejen. No se citan los preceptos de directa aplicación del TRLCSP.

Respecto a la garantía provisional se fija en un 2% del presupuesto de licitación, respetando el porcentaje previsto en el TRLCSP (no superior a un 3 % del presupuesto del contrato) y en relación a la garantía definitiva, el 5 % se aplica, en todo caso, sobre el presupuesto de adjudicación, sin tener en cuenta aquellos contratos cuya cuantía se hubiera determinado mediante precios unitarios.

Se limita la opción de constitución de garantías que prevé el TRLCSP, y se establece que sólo es posible mediante aval o seguro de caución y se depositará ante el órgano de contratación. La opción, *per se*, es correcta, pero deberá figurar siempre en el pliego de la licitación.

- h) Respecto al apartado IX «formalización» se sugiere añadir al título la previsión contenida en el comienzo del mismo; «perfección de los contratos». Su contenido es acorde con las previsiones del TRLCSP, incluyendo la documentación relativa a contratos menores, salvo el contrato

de obras, que no incluye acompañar un presupuesto. Se recomienda su incorporación.

- i) El apartado X, relativo a «comunicaciones y plazos en los procedimientos de contratación», establece un plazo general de diez días, que podrá ser objeto de reducción (a cinco días) o de ampliación (sin fijar) en supuestos de urgencia o por complejidad del objeto del contrato. Se sugiere no determinar, a priori, la reducción del número de días (cinco) para todos los procedimientos urgentes, sino que sea el procedimiento concreto el que demande y determine una reducción concreta de plazo, al igual que sucede con la ampliación.

Los plazos se entienden como días naturales, tal como prescribe el TRLCSP.

- j) El apartado XI, se refiere a «obligaciones de información». Se establece que resulta obligatoria la notificación a todos los licitadores que han participado en el procedimiento de adjudicación, si bien la motivación tan sólo es preceptiva para aquéllos «*que lo soliciten*». Este apartado debería ir, lógicamente, después de los procedimientos de licitación y de las normas de publicidad (de las que, sorprendentemente, no se dice nada).

En todo caso, respecto de esta previsión, se considera necesaria su adaptación, pues como se indica en la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de esta Junta Consultiva, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública, «*un aspecto capital de la transparencia en el procedimiento de contratación, es la necesidad de que las decisiones que se adopten en el mismo estén suficientemente motivadas. El TRLCSP exige la motivación desde el inicio mismo del expediente, así el artículo 22 establece que deberá justificarse las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. ... El Acuerdo del TACPA 3/2011 recoge como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reiterando, que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad; al tiempo que permite a los demás*

interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permitan, en su caso, impugnar la adjudicación....”.

k) El apartado XII, regula los «procedimientos de adjudicación», que es verdadero elemento caracterizador de la existencia de Instrucciones. A tal fin, se introducen varias posibilidades:

- Subapartado A – Contratos de adjudicación directa. Las cuantías coinciden con los contratos menores. Deberá consultarse, si ello es posible, al menos a tres empresarios, cuando superen los límites previstos en el artículo 4 Ley 3/2011 (30 000 euros en contratos menores de obras y 6 000 euros en contratos menores de suministros y servicios).
- Subapartado B – Contratos de suministros y servicios de importe igual o superior a 18 000 euros y que no excedan de 50 000 euros. Los contratos se adjudicarán según las normas previstas para el procedimiento negociado sin publicidad, con las peculiaridades establecidas en las instrucciones.

Se solicitarán, al menos, tres ofertas, salvo razones de exclusividad. Respecto de dicha previsión, resulta necesario recordar que en la Comunidad Autónoma de Aragón se encuentra vigente un Plan de Racionalización del gasto corriente, aplicable a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a sus organismos públicos dependientes. Adicionalmente, el Plan ha de servir de marco de referencia a la actuación de los consorcios, fundaciones y sociedades mercantiles dependientes, siempre que sus medidas puedan resultar de aplicación directa.

La medida número 87, indica textualmente: *«En los contratos negociados sin publicidad se exigirán con carácter general más de tres ofertas. Las unidades gestoras crearán bases de datos de proveedores en las que se recogerán los datos de los mismos a fin de automatizar la*

solicitud de oferta a todos ellos». Por ello, se considera necesario modificar el número de ofertas.

- Subapartado C – Contratos de obras, servicios y suministros mayores de 50 000 euros. De la lectura de los tres subapartados, ha de advertirse que no existe procedimiento de adjudicación en contratos de obra por importe exacto de 50 000 euros.

La adjudicación tendrá lugar mediante procedimiento abierto o negociado con publicidad.

- Subapartado D – Contratación directa de contratos de obras, servicios y suministros, con independencia de su cuantía.

Aplicable en contratos por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva. Requerirá previo informe motivado.

- Subapartado E – Acuerdos de homologación

Contempla un procedimiento similar al contemplado en el TRLCSP para los Acuerdos Marco, con varios empresarios, por un plazo no superior a cuatro años. No contempla la posibilidad de adhesión a Acuerdos Marco tramitados por la Comunidad Autónoma de Aragón, ni acuerdos de homologación con un único empresario.

- Subapartado F – Sistema dinámico de contratación: regulación similar a la prevista en el TRLCSP.

En lo relativo a estos procedimientos sorprende la ausencia del sistema de fijación de criterios y puntuación, así como de la determinación de anormalidad de ofertas. Cuando menos se debería prever la supletoriedad de los preceptos concordantes del TRLCSP.

- l) Nada dicen las Instrucciones sobre los sistemas de publicidad de la licitación (que es un elemento esencial de transparencia). Esta Junta advierte, a modo de «reparo sustancial», que debe referirse la obligación de que se publiquen todas las licitaciones en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón (salvo los procedimientos «negociados sin publicidad»), así como la obligación de publicar la licitación y la adjudicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público, tal y como obliga la Ley 20/2013, de Unidad de Mercado, en su Disposición Adicional Tercera. A estos efectos, la suscripción del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y el Gobierno de Aragón, sobre diversas actuaciones de coordinación en materia de contratación pública, el 12 de diciembre de 2014, determina que todos los poderes adjudicadores del territorio que en la actualidad difunden sus licitaciones a través del Perfil de contratante del Gobierno de Aragón dan adecuado cumplimiento a la exigencia contenida en la Ley de garantía de unidad de mercado, sin necesidad de más trámites.
- m) El apartado XIII, bajo la denominación «Efectos y extinción. Subcontratación», determina su sujeción al derecho privado y la posibilidad de subcontratar, con las limitaciones previstas en el TRLCSP.
- n) El apartado XIV «Modificación de los contratos» contempla tal posibilidad, según se haya o no previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación. En este último supuesto, se remite a lo previsto en el artículo 107 TRLCSP.

Esta previsión puede conducir a error y debe ser suprimida, advirtiendo en el apartado de «Efectos y extinción» que, ex artículo 20 TRLCSP, las modificaciones de un contrato deben estar necesariamente al régimen previsto en los artículos 105 a 107 TRLCSP.

- o) El apartado XV «actualización» permite aplicar las nuevas cuantías relativas a contratos menores y contratos sujetos a regulación armonizada, sin necesidad de revisar el manual.
- p) Finalmente, se sugiere la no inclusión del apartado XVI «cláusula de igualdad», que indica que las menciones que figuran en texto en masculino

se entenderán hechas con carácter genérico comprendiendo también la indicación del correspondiente femenino, por considerar que la terminología empleada por la legislación contractual es respetuosa con la igualdad de género.

III. CONCLUSIONES

- I. Deben ser objeto de revisión las observaciones y sugerencias realizadas en este Informe, con el fin de incorporar las omisiones apreciadas y corregir las irregularidades advertidas.
- II. En todo lo demás, informar favorablemente las Instrucciones internas de Contratación para la adjudicación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros no sujetos a regulación armonizada, de la Sociedad de Promoción y Gestión del Turismo Aragonés, S.L.U, para su aprobación por el órgano competente de la Sociedad y su publicación en el Perfil de contratante.

Informe 3/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 17 de marzo de 2015.