

Informe 11/2008, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: “Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, aplicables a los contratos administrativos de suministro en la modalidad de arrendamiento con opción de compra, adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación”.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha -- de junio de 2008, en el que solicita se informen los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de suministros en la modalidad de arrendamiento con opción de compra, adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, adaptados a las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP) con el fin de que una vez sean informados por esta Junta Consultiva, puedan ser aprobados por los órganos de contratación de dicho Departamento.

Se acompañan al oficio del Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares correspondientes a los contratos indicados, así como el Informe favorable evacuado por la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón con fecha de 13 de junio de 2008, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 167/1985, de 19 de diciembre, de Diputación General de Aragón por el que se regula la organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 26 de junio de 2008, 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. La necesidad de elaborar nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares adaptados a la LCSP.

Como se puso de manifiesto en el Informe 3/2008, de 13 de mayo, de esta Junta Consultiva, la entrada en vigor de la LCSP y la consecuente derogación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, hacen necesaria la aprobación de nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para su utilización por los distintos órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, de forma generalizada y homogénea, en aras de la mayor agilidad en la gestión administrativa, al tiempo que se facilita el mejor conocimiento de los mismos por parte de los licitadores y contratistas.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa informó favorablemente los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de valoración (Informe 3/2008, de 13 de mayo).

III. De la naturaleza y características del arrendamiento con opción de compra.

El artículo 9 LCSP define el contrato de suministro como el que tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, el arrendamiento con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

El arrendamiento con opción de compra es pues una modalidad del contrato de suministros y se caracteriza porque mediante el mismo un ente del sector público adquiere el derecho a usar bienes muebles ajenos por un periodo de tiempo determinado, a cambio de un pago periódico y con la posibilidad de adquirir la propiedad de los bienes pagando el precio que previamente se haya pactado.

La configuración del contrato de arrendamiento en general y del arrendamiento con opción a compra en particular, tiene peculiaridades importantes que se traducen en la existencia de una regulación específica contenida en los artículos 75.7, 76.4, 77.2, 266 y 292 LCSP.

Por ello los pliegos tipo antes mencionados aplicables a los contratos de suministro, no se adaptan a las particularidades de la modalidad de suministro consistente en el arrendamiento con opción de compra, y el Departamento de Educación, Cultura y Deporte ha considerado oportuno la modificación de algunas de las cláusulas de los mismos, permaneciendo invariadas el resto.

Los pliegos presentados a Informe no contienen referencias que se puedan considerar específicas del Departamento de Educación, Cultura y Deporte y por tanto podrían ser utilizados por cualquier departamento de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

IV. Estructura y contenido del Pliego. Observaciones y sugerencias.

Los pliegos adoptan similar estructura y contenido que los aplicables a los contratos administrativos de suministro adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de valoración. El texto no incorporan ninguna modificación como consecuencia del informe de la Asesoría Jurídica de 13 de junio de 2008 al no apuntarse ninguna en el mismo y en lo aplicable, recoge las observaciones que este órgano consultivo manifestó en su Informe 3/2008 ya citado.

Por lo que respecta a las cláusulas, cabe hacer las siguientes consideraciones:

- En cuanto a la cláusula 2.1.4, debe suprimirse el segundo párrafo que se refiere a la propuesta económica de los licitadores, puesto que esta cuestión ya esta recogida en la cláusula 2.2.4.3, lugar que resulta sistemáticamente más adecuado.

- En relación con las cláusulas 2.1.7 y 2.1.8 relativas a los plazos de ejecución, hay que señalar que en el contrato de arrendamiento con opción de compra es necesario distinguir entre el plazo de entrega del suministro y el plazo de duración del arrendamiento. El primero se refiere a la puesta a disposición de los bienes por el adjudicatario a favor de la administración, a partir de ese momento podrá dar comienzo el segundo, es decir el arrendamiento propiamente dicho.

En el pliego sometido a informe estas cuestiones se regulan respectivamente en la cláusula 2.1.7 “Plazo y lugar de entrega del suministro”, la cual se remite al apartado F del Cuadro-Resumen y en la 2.1.8 “Duración del arrendamiento” que por su parte remite al apartado L.

A efectos de mejorar la sistemática del pliego, la primera sugerencia que debe hacerse es que ambas cuestiones se contemplaran de forma correlativa tanto en el clausulado como en el Cuadro-Resumen.

Respecto del contenido de la cláusula 2.1.8, es necesario indicar que la referencia al plazo máximo de duración del contrato es errónea, no solo por que cita el artículo 14.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante TRLCAP sino también porque indica como plazo máximo del arrendamiento el de cuatro años, cuando para este tipo de contratos la LCSP no establece limitación alguna de plazo. El artículo 292 LCSP exige en el ámbito estatal la autorización del Consejo de Ministros para celebrar contratos de arrendamiento con opción de compra cuyo número de anualidades supere los cuatro años pero no prohíbe superar ese plazo.

Por otra parte resulta conveniente que se indique que el plazo de duración del arrendamiento comenzará a computarse a partir de la recepción de los bienes objeto del mismo.

La cláusula 2.6.2 deberá suprimirse por redundante.

La cláusula 2.1.8 relativa a la posibilidad de prorrogar el contrato resulta correcta pero en el correspondiente apartado M del Cuadro-Resumen es conveniente seguir el modelo establecido en el resto de pliegos aprobados para la Administración de la Comunidad Autónoma, de forma que se indique el plazo máximo de la prórroga que en todo caso deberá respetar la prohibición del artículo 266 LCSP y no superar la mitad del plazo original.

- La cláusula 2.1.9 se refiere a la opción de compra, y al respecto debe hacerse una consideración sobre la forma de regular en el pliego las distintas prestaciones objeto del contrato.

El contrato de arrendamiento con opción de compra es un contrato complejo que tiene por objeto dos prestaciones distintas, una que deberá ejecutarse de forma obligatoria, el arrendamiento y otra opcional, sometida a la voluntad de la administración que es la compra.

Por ello resulta conveniente regular en el pliego de forma separada las condiciones de ejecución de cada una de estas prestaciones, cosa que no hace el pliego sometido a informe.

Se sugiere que la cláusula 2.1.9, situada en la parte de Disposiciones generales se denomine “Opción de compra” y mantenga su redacción actual y en la misma se establezca una remisión a una nueva cláusula específica en la parte dedicada a la ejecución del contrato que podría denominarse “Ejercicio de la opción de compra” y en la que se recogerían de forma pormenorizada los requisitos y condiciones del ejercicio de dicha opción así como sus efectos. En ella debería establecerse como mínimo la forma de comunicar al adjudicatario el ejercicio de la opción, los plazos aplicables, los requisitos de formalización de la compra así como la forma y condiciones para el pago.

Sería necesario suprimir las referencias correspondientes a la opción de compra contenidas en el tercer párrafo de la cláusula 2.5.1 y en el segundo párrafo de la 2.4.

Por otra parte el Pliego permite el ejercicio de la opción de compra durante toda la vigencia del arrendamiento y no solo a la finalización del mismo. Esta configuración del contrato hace bastante complejo el tratamiento del importe económico de la compra, el cual no podrá consistir en una cantidad única sino que variará a lo largo del tiempo, decreciendo conforme se avanza en la ejecución del contrato. Sin embargo si la opción de compra solo se puede ejercer a la finalización del arrendamiento solo existiría un importe para la compra. Es conveniente que se considere esta cuestión y se vea cual es la configuración más adecuada para los objetivos que se pretenden conseguir en estos contratos.

- En la cláusula 2.2.4.2 debe sustituirse el término concursante por la palabra licitador.

- La cláusula 2.5.1 relativa a los abonos al contratista establece que el importe de las cuotas incluirá el IVA, este extremo contradice el principio general del artículo 75 LCSP de que en el precio del contrato, independientemente de que el mismo se formule en términos de precios unitarios o como un tanto alzado, se exprese siempre como partida independiente el IVA.

- La cláusula 2.5.4 indica que no procede aplicar la revisión de precios en estos contratos lo cual es correcto, de conformidad con ello el apartado J del Cuadro –Resumen debe suprimirse.

- La cláusula 2.7.1 denominada “Recepción y liquidación del contrato” se refiere a la recepción del suministro y establece que la misma se realizará conforme a lo dispuesto en los artículos 205, 273 y 274 LCSP. Esta redacción no contempla las peculiaridades del arrendamiento con opción de compra en cuanto a la recepción y liquidación del contrato.

En este contrato la recepción del suministro en el sentido de constatación por parte de la Administración de que el mismo cumple con las condiciones pactadas, se produce en el momento inicial de la entrega o puesta a disposición de los bienes. Esta recepción es distinta de la que se regula con carácter general para todo tipo de contratos en el artículo 205 LCSP que se refiere al acto formal por el que la Administración presta su conformidad al cumplimiento del contrato.

Por ello en el pliego dentro de las cláusulas específicas relativas al arrendamiento debería recogerse la recepción del suministro que se regirá por el artículo 273 LCSP.

Asimismo y en el apartado relativo a Recepción y Liquidación del contrato deberá establecerse la forma en que la Administración dará su conformidad a

la ejecución del contrato, que tendrá lugar a la finalización del arrendamiento y a la que será aplicable el artículo 205 LCSP. Habrá que tener en cuenta que si no se ha ejercitado la opción de compra, en ese momento la Administración debe devolver los bienes al contratista por lo que sería conveniente regular las condiciones de la misma.

Por todo ello es necesario adaptar la cláusula 2.7.1 a las consideraciones expuestas.

- La cláusula 2.7.2 regula el plazo de garantía de forma similar a como lo hacen los pliegos tipo generales de suministro, sin embargo esta cuestión exige un tratamiento específico en los contratos de suministro que consisten en un arrendamiento.

El artículo 205 LCSP que regula el cumplimiento de los contratos y la recepción de los mismos, exige que la administración constate el cumplimiento satisfactorio de los contratos con un acto formal y positivo de recepción o conformidad. En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar desde la fecha de la recepción transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración quedará extinguida la responsabilidad del contratista. Esta regla general de establecimiento de un plazo de garantía tiene como excepciones aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario, lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación consignándolo en el pliego.

La naturaleza del contrato de arrendamiento lo incardina entre los contratos que pueden ser excepcionados de la necesidad de establecer plazo de garantía, ya que la misma no tiene sentido puesto que finalizado el arrendamiento la Administración debe de devolver los bienes al adjudicatario.

En el arrendamiento con opción de compra, sin embargo, puede tener sentido establecer un plazo de garantía si se ejercita la opción de compra, sobre todo si la misma se ejercita al poco tiempo de iniciarse el arrendamiento. Por tanto la cláusula 2.7.2 debe de suprimirse y en el caso de que se estime conveniente establecer un plazo de garantía si se ejerce la opción de compra,

contemplarla en la cláusula específica dedicada al ejercicio de la opción. En el mismo sentido se adaptará el apartado G del Cuadro-Resumen.

- En relación con lo expuesto en el apartado anterior está la cláusula 2.3.3 que se refiere a la garantía definitiva a prestar por el adjudicatario del contrato indicando que será la fijada en el apartado P del cuadro –Resumen.

Sobre la garantía definitiva hay que recordar que el artículo 39 TRLCAP incluía entre las excepciones a la necesidad de prestar garantía definitiva a los arrendamientos con opción de compra, previsión que resulta coherente con la naturaleza de este contrato en el que en el ámbito de Derecho privado la regla general es la contraria y es el arrendatario el que debe prestar garantía. La LCSP no contiene una previsión similar a la del artículo 39 TRLCAP pero en el artículo 83 permite que atendiendo a las circunstancias concurrentes en el contrato el órgano de contratación exima al adjudicatario de la obligación de prestar fianza definitiva justificándolo adecuadamente en los pliegos.

Si se opta por mantener la exigencia de garantía definitiva, opción que puede resultar conveniente para garantizar el cumplimiento del plazo de entrega del suministro o de formalización de la compra si se ejerce la opción, deberá adecuarse la redacción de la cláusula 2.7.3, de acuerdo con las consideraciones realizadas anteriormente respecto del plazo de garantía y prever la devolución de la fianza si no se ejerce la opción de compra al final del arrendamiento.

- El pliego dedica a regular el mantenimiento del suministro la cláusula 2.6.10 y además se refiere en el último párrafo de la 2.1.7 a que el plazo del mismo será el que figure en el apartado F del Cuadro-Resumen. Esta previsión respecto del plazo del mantenimiento es errónea puesto que el artículo 266 LCSP establece que en el contrato de arrendamiento el arrendador o empresario asumirá durante el plazo de vigencia del contrato la obligación del mantenimiento del mismo. De acuerdo con esto habría que suprimir el último

párrafo de la cláusula 2.1.7 y el correspondiente apartado F del Cuadro-Resumen, en cuanto que se refieren al plazo de mantenimiento.

Asimismo el citado artículo 266 exige que las cantidades que en su caso deba satisfacer la Administración en concepto de canon de mantenimiento se fijen separadamente de las constitutivas del precio del arriendo, por lo que es necesario recoger en la cláusula 2.2.4.3 que la oferta económica comprenderá por separado además del precio del arrendamiento y del precio fijado para el ejercicio de la opción de compra, el canon de mantenimiento.

- Por último indicar que del Anexo V relativo al modelo de oferta económica existen cuatro modelos distintos y que no parece que sean excluyentes entre sí sino que puede ser necesario cumplimentar varios de ellos en una licitación. Resulta necesario reconsiderar esta cuestión y tratar de clarificarla.

III CONCLUSIONES

I- Los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares del Departamento de Educación, Cultura y Deporte para los contratos de suministro en su modalidad de arrendamiento con opción de compra, a adjudicar por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, incluyen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes de los contratos y recogen el régimen jurídico, económico y administrativo, al que se ajustarán los contratos que celebre la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

II- Asimismo, contemplan las especificaciones contenidas en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 25 de abril de 2008 sobre contenido básico de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

III- Informar favorablemente los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos administrativos de suministro en la modalidad de arrendamiento con opción de compra del Departamento de Educación, Cultura y Deporte adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, con las sugerencias manifestadas y con las salvedades relativas a los plazos de ejecución, importe de las cuotas, recepción y liquidación del contrato y obligación de mantenimiento, para su aprobación por los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

De conformidad con lo expuesto en el apartado III de las Consideraciones Jurídicas, estos pliegos una vez adaptados al contenido de este Informe podrían ser aplicables a todos los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.