

LEY 3/2011, DE 24 DE FEBRERO, DE MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE ARAGÓN

Publicación: Día 10 de marzo de 2011, BOA núm. 50

Entrada en vigor: 10 de mayo de 2011, salvo las disposiciones referentes al órgano competente para resolver los recursos o reclamaciones especiales o las cuestiones de nulidad en materia de contratación, que entran en vigor el día 11 de marzo de 2011.

Fecha de esta ficha: 22 de marzo de 2011

Contenido de interés para las entidades locales:

Como es práctica habitual desde el Servicio de Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial, la función perseguida por esta circular no es otra que dar una información que sirva de aproximación al texto legal que se analiza, poniendo de manifiesto las cuestiones de mayor relevancia para las entidades locales de la provincia.

La finalidad de la Ley 3/2011, como indica su artículo 1, es establecer medidas de racionalización y simplificación y de fomento de los objetivos sociales en la contratación del sector público de Aragón, y la creación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

No obstante, y dado que su aplicación a las entidades locales no es total, la presente circular se va a centrar, únicamente, en los aspectos que resultan de aplicación a las mismas, que son las disposiciones referentes al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, según el artículo 2 de la Ley, así como los artículos 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 y 13, según su disposición adicional octava, vigentes hasta la aprobación de la legislación específica sobre contratación del sector público local.

Las medidas incorporadas lo son en función de cada fase del expediente contractual.

I.- Fase de preparación del contrato

En esta fase son tres las principales novedades introducidas:

1) Fomento de la concurrencia y regulación de los contratos menores (art. 4)

Con la finalidad de fomentar la concurrencia, se establece que en los contratos menores de obras que superen 30.000 €, y en los de servicios y suministros que superen 6.000 €, IVA excluido en ambos casos, salvo que sólo puedan ser prestados por un solo empresario, deberá consultarse al menos a tres empresas, siempre que sea posible, que

puedan ejecutar el contrato. En estos casos se deberán utilizar, preferentemente, medios telemáticos.

Debe recordarse que la disposición final séptima de la Ley de Contratos del Sector Público –en adelante LCSP- establece que las cuantías de los contratos menores reguladas en su art. 122.3 tienen la consideración de máximas, por lo que cualquier administración local, dentro de su potestad de autoorganización, ya había podido y puede, regular otros límites.

Ahora bien, dado que la Ley 3/2011 exige consultar a tres empresas por encima de la cuantías señaladas -30.000 € en obras y 6.000 € en servicios y suministros-, si las mismas tienen el carácter de máximas, puede considerarse afectada la autonomía local al no poder regular por encima de esas cuantías, con los límites, lógicamente del art. 122 de la LCSP.

Por otro lado, resulta necesario y conveniente relacionar esta modificación de cuantías con la Ley General de Subvenciones que, en su artículo 31.3, de carácter básico, establece la obligación de solicitar como mínimo tres ofertas con carácter previo a la realización del gasto subvencionable, cuando las obras superen 30.000 € y los suministros y servicios 12.000 €.

Esta regulación de la Ley General de Subvenciones chocaba con las cuantías establecidas en el art. 122 de la LCSP para los contratos menores –importe inferior a 50.000 € en obras y a 18.000 € en servicios y suministros-, para los que no se exige solicitar tres ofertas, quedando ahora resuelta esa disfunción con la nueva regulación de los contratos menores en la Ley 3/2011 objeto de esta circular -30.000 € en obras y 6.000 € en servicios y suministros-.

2) Documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos (art. 5)

Con esta Ley la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos por los licitadores y candidatos, salvo las declaraciones responsables -declaración de no estar incurso en prohibiciones de contratar, así como de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social-, podrá presentarse mediante fotocopias (piénsese, como ejemplos, los documentos que acrediten la personalidad jurídica, su representación, la clasificación de la empresa, y en general la documentación señalada en el citado artículo 130 LCSP)

Será previamente a la adjudicación del contrato cuando se requerirá al propuesto como adjudicatario para que aporte la citada documentación, bien original o bien copia compulsada.

Esta modificación va en la línea de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, respecto a la simplificación administrativa de los procedimientos.

3) Documentación exigida en procedimientos negociados y simplificados (art. 6)

La Ley 3/2011 establece que en los procedimientos negociados y simplificados (nuevo procedimiento de adjudicación al que se hará referencia a continuación) en los que se haya optado por no constituir Mesa de contratación, el pliego de cláusulas o documento equivalente podrá permitir a los licitadores que sustituyan la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del art. 130 LCSP por la presentación de una declaración responsable, en la que el licitador reconocerá el cumplimiento de los requisitos de capacidad, representación y solvencia, comprometiéndose a acreditarlos si resulta propuesto como adjudicatario.

Téngase en cuenta que el precepto dice en los procedimientos negociados y simplificados en los que no se constituya Mesa de contratación ¿Significa, a contrario sensu, que si hay Mesa de contratación la documentación no podrá ser sustituida por la citada declaración responsable?

No obstante la literalidad de la norma, que no deja lugar a dudas, y que es casi seguro que suscitará polémica, resulta conveniente analizar si dicha previsión vulnera o no lo señalado en la LCSP. Y resulta necesario efectuarlo distinguiendo entre el procedimiento negociado y el simplificado.

- Procedimiento negociado

El art. 130 de la LCSP –de carácter básico–, cuando regula la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, lo establece para las proposiciones en los procedimientos abiertos, las solicitudes de participación en los procedimientos restringidos y negociados y en el diálogo competitivo, por lo que podría entenderse que, al señalar solicitudes de participación en procedimientos negociados se está refiriendo, únicamente, a los negociados con publicidad, tal como se desprende del art. 161 de la LCSP, a los que se les aplica las normas reguladoras de los procedimientos restringidos.

De ello puede desprenderse que en los procedimientos negociados sin publicidad no existe contradicción alguna con la LCSP, pudiendo, a nuestro juicio, presentarse la declaración responsable a que hace referencia la Ley 3/2011. Y ello con independencia de si existe Mesa de contratación o no, de carácter potestativo en los procedimientos negociados sin publicidad, que en nada puede afectar a la presentación de la documentación (la Mesa podría examinar dicha declaración responsable y proceder en las actuaciones del expediente que le afecten como en el resto de procedimientos de adjudicación)

No puede predicarse lo mismo respecto a los procedimientos negociados con publicidad, en los que, de acuerdo con el citado art. 130, sólo se admite la declaración responsable respecto a no estar incurso en prohibición para contratar y estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. En este caso la Ley 3/2011 se extralimitaría por chocar con el art. 130 de la LCSP, de carácter básico, que no permite en tales casos sustituir el resto de documentación por declaración responsable.

- Procedimiento simplificado

Se trata de un nuevo procedimiento que se analizará a continuación.

Por otro lado, y respecto a la acreditación de los requisitos, la Ley 3/2011 establece que deberá llevarse a cabo en el plazo de 5 días hábiles. Este plazo choca, igualmente, con la regulación de la LCSP que, en su art. 135.2, en su reciente redacción por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, y de carácter básico, señala un plazo de 10 días hábiles.

II.- Fase de adjudicación

Las novedades principales en esta fase de contratación podemos resumirlas en las siguientes:

1) Aclaración de ofertas (art. 9)

Tras la apertura de ofertas se va a permitir requerir información a los candidatos o licitadores, pero únicamente “en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiese que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma”, que en ningún caso puede entrañar una modificación de los términos de la oferta. Lógicamente, deberá dejarse constancia de todo ello en el expediente.

Habrá que estar a la casuística ante la que nos encontremos en cada expediente contractual. Lo que está claro es que ha de respetarse el principio de igualdad de trato –como dice la Ley- sin que la aclaración suponga una modificación de la oferta.

2) Procedimiento simplificado de adjudicación de contratos (art. 10)

Una de las novedades principales de la norma es la creación del denominado procedimiento simplificado, no contemplado en el art. 122 de la LCSP.

De acuerdo con el art. 10, este procedimiento –aplicable únicamente por las entidades que tengan la consideración de Administraciones Públicas-, tiene carácter potestativo, y únicamente se podrá utilizar para la adjudicación de contratos de suministro y servicios de valor estimado inferior a 150.000 €, y de obras inferior a 2.000.000 €, IVA excluido en ambos casos.

El citado procedimiento se ajustará a las normas indicadas en el art. 10.2 de la Ley 3/2011, cuyas principales novedades o singularidades respecto al resto de procedimientos se resumen de la siguiente forma:

- En su apartado a), el artículo establece que, en lugar de pliego de cláusulas, se fijarán las condiciones jurídicas, económicas y técnicas. No obstante, tales condiciones no

dejan de ser las normas que constan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, por lo que, no se trataría sino de una cuestión terminológica.

- No se exige garantía provisional, de acuerdo con el citado apartado a), sin incluir excepción alguna como sucede en el art. 91 de la LCSP, de carácter básico. Por tanto, a nuestro juicio y con apoyo en la autonomía local, sí podríamos exigirla excepcionalmente y con la motivación debida, de acuerdo con los términos del artículo citado, en su reciente redacción por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

- En su apartado c) se establece que el anuncio de licitación sólo precisa publicación en el perfil de contratante.

En este caso podría plantearse si la Ley 3/2011 no se estaría extralimitando en relación a lo señalado en el artículo 126 de la LCSP –de carácter básico-, que sólo permite, como único medio de publicación, el perfil de contratante para los procedimientos negociados con publicidad del art. 161.2 de la LCSP –obras de valor estimado superior a 200.000 € e inferior a 1.000.000 €, y servicios y suministros cuando su valor estimado sea superior a 60.000 € e inferior a 100.000 €-.

Con esta previsión resulta que un procedimiento abierto de obras por importe de 1.000.000 € se publicará en el perfil de contratante y en el boletín oficial de la provincia. Sin embargo, un procedimiento simplificado de obras por ese importe, o incluso por importe de 1.995.000 €, únicamente se publicará en el perfil de contratante.

- En su apartado d) se reduce el plazo de presentación de proposiciones, que no podrá ser inferior a diez días ni superior a veinte días naturales, a contar del siguiente a la publicación del anuncio en el perfil de contratante.

- La constitución de la Mesa, según su apartado e), es potestativa. Debe tenerse en cuenta que, en caso de que no se constituya, las funciones relativas a la calificación, admisión o exclusión de licitadores corresponderán al órgano de contratación.

En estos casos, la valoración de las proposiciones se realizará por las unidades técnicas de la entidad contratante, debiendo ir firmada por dos miembros de su personal que desempeñen actividades relacionadas con la materia objeto del contrato, o que hayan participado directamente en la tramitación del procedimiento.

Este procedimiento, sin intervención de Mesa de contratación, es prácticamente inaplicable en las pequeñas entidades locales, ya que es difícil que las mismas cuenten con personal suficiente para efectuar la citada valoración.

Sí que regula de forma expresa, acertadamente a nuestro juicio, que la valoración de proposiciones se efectúe de acuerdo con criterios precisados y suficientemente ponderados en el anuncio.

- De acuerdo con su apartado f), el licitador propuesto como adjudicatario, si ha presentado la declaración responsable, deberá acreditar los documentos exigidos en el plazo

de 5 días hábiles, frente a los 10 que, con carácter básico, establece la LCSP. Aspecto al que se ha hecho referencia anteriormente.

- El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los 10 días hábiles siguientes a la recepción de la documentación, según el apartado g), frente a los 5 del art. 135.3 de la LCSP, de carácter básico, según reciente redacción por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP.

- Para la adjudicación de los contratos mediante el procedimiento simplificado podrá utilizarse una subasta electrónica.

Una vez analizado este procedimiento simplificado, y contrastado el mismo con la legislación básica aplicable, respecto de la que, entendemos, se extralimita en los aspectos indicados anteriormente, y teniendo en cuenta, además, el carácter potestativo de este procedimiento, se recomienda que, para evitar posibles impugnaciones o recursos en la tramitación de expedientes, se continúe con los procedimientos de adjudicación que se indican en el art. 122 de la LCSP.

3) Criterios de resolución de empate en la valoración de ofertas (art. 12)

Acertadamente la Ley regula la resolución de los posibles empates en la valoración de ofertas, cuando no se han previsto en los pliego criterios de desempate. Tema recientemente informado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

El art. 12 indica que, en tales casos, el empate se dirimirá de acuerdo con el orden que se indica a continuación:

- En primer lugar, a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que no sea inferior al 2%.
- En su defecto, o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que éste no sea superior al 10%.
- Persistiendo empate, a favor de la empresa que acredite la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género.
- En última instancia, a través de un sorteo.

Ello implica que deberá solicitarse la documentación correspondiente a los licitadores afectados, otorgándoles un plazo mínimo de 5 días naturales para su aportación.

III.- Fases de formalización y ejecución de los contratos

En estas fases se regulan, únicamente, las dos cuestiones señaladas a continuación:

- Formalización de contratos basados en un acuerdo marco y sistemas dinámicos de contratación

Aunque de difícil aplicación en la Administración local, que raramente van a formalizar acuerdos marco, se establece que tales contratos, cuando su importe sea inferior a 100.000 €, se realizará del modo que se determine en los pliegos de cláusulas.

- Plazo para resolver los procedimientos de resolución contractual

El plazo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por las entidades locales será ahora de 6 meses, a contar desde la fecha en la que el órgano de contratación acuerde la incoación del procedimiento de resolución.

Debe recordarse que, hasta ahora, el plazo que se venía aplicando es el de tres meses, por aplicación supletoria del art. 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

IV.- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (arts. 17, 18 y 19)

Es la principal novedad de la Ley 3/2011. Se trata de un órgano colegiado especializado que goza de plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias de revisión de los procedimientos de contratación promovidos, en este caso, por las entidades locales. El Tribunal es el competente para conocer y resolver los recursos especiales a que se refiere el art. 310 LCSP, así como las cuestiones de nulidad contractual establecidas en los supuestos especiales del art. 37 LCSP.

Destaca la previsión de un régimen transitorio que, hasta que se constituya el Tribunal, atribuye a los vocales de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que designe el Gobierno de Aragón. Designación que se ha efectuado por Orden de 9 de marzo de 2011, publicada en el mismo BOA que la Ley objeto de esta circular.

V.- Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley (disposición transitoria primera)

Los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la norma -10 de mayo de 2011- se registrarán por la normativa anterior, salvo en lo referente al órgano para resolver los recursos especiales o cuestiones de nulidad. Se entiende por expediente iniciado aquél en el que se hubiera publicado el anuncio de licitación y, en caso de procedimiento negociado, la fecha de resolución de aprobación de los pliegos de cláusulas.

Esta ficha ha sido elaborada por los Servicios Jurídicos de la Diputación Provincial de Huesca