

Informe 12/2023, de 20 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Adaptación de los pliegos tipo al Decreto-ley 2/2023, de 22 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Administración pública se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio de fecha 28 de noviembre de 2023, del siguiente tenor literal:

*«Al objeto de que se emita el preceptivo informe, previsto en el artículo 3.1 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, adjunto se remiten los modelos de **PLIEGOS TIPO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES** de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón para el procedimiento abierto del contrato de servicios y de suministros, adaptados al Decreto-Ley 2/2023, de 22 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.*

Las modificaciones señaladas en el pliego adjunto de servicios se harán extensivas a los siguientes modelos de Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares:

- 1. Contrato de servicios, procedimiento abierto, varios criterios.*
- 2. Contrato de servicios, procedimiento abierto, simplificado.*
- 3. Contrato de servicios, procedimiento abierto, simplificado abreviado.*
- 4. Contratos de servicios negociado con publicidad.*
- 5. Contratos de servicios negociado sin publicidad.*

Las modificaciones señaladas en el pliego adjunto de suministros se harán extensivas a los siguientes modelos de Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares:

- 1. Contrato de obras, procedimiento abierto, varios criterios.*
- 2. Contrato de obras, procedimiento abierto, simplificado.*
- 3. Contrato de obras, procedimiento abierto, simplificado abreviado.*

4. *Contrato de suministros, procedimiento abierto, varios criterios.*
5. *Contrato de suministros, procedimiento abierto, simplificado.*
6. *Contrato de suministros, procedimiento abierto, simplificado abreviado.*
7. *Contratos de obras negociado con publicidad.*
8. *Contratos de obras negociado sin publicidad.*
9. *Contratos de suministros negociado con publicidad.*
10. *Contratos de suministros negociado sin publicidad».*

Se acompaña al escrito la propuesta de adaptación de los pliegos-tipo de cláusulas administrativas particulares de servicios y suministros tramitados por procedimiento abierto.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 20 de diciembre de 2023, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante del informe.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1, f) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

El Sr. Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Administración pública es órgano legitimado para formular la solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1.a) del mencionado Reglamento.

II. Necesidad de adaptación de los pliegos tipo utilizados por la Comunidad Autónoma de Aragón.

De acuerdo con la solicitud formulada, resulta necesario proceder a la adaptación de los modelos de pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón ante la aprobación del Decreto-Ley 2/2023, de 22 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 228 de 27 de noviembre de 2023), pues algunos de los cambios introducidos en esta norma inciden directamente en el contenido de los PCAP.

El Decreto-ley 2/2023, de 22 de noviembre comprende un único artículo -que modifica la Ley 11/2023, de 30 de marzo-, una disposición transitoria y una disposición final. Resultan modificados 26 preceptos de la norma, y se le añaden dos nuevas disposiciones adicionales: la decimotercera y la decimocuarta.

Como indica en la exposición de motivos, el Decreto-ley «se enfoca a resolver las carencias y defectos detectados en la Ley 11/2023, de 30 de marzo, y recoge también inquietudes y demandas de determinados sectores y de la Administración Pública, que necesitan las mejores condiciones en los procedimientos de contratación que pueda ofrecer el marco normativo al que están sujetos. Así:

- a) En primer lugar, corrige la deficiente definición del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, que se ha puesto de manifiesto en la práctica.
- b) En segundo lugar, profundiza en la simplificación y mejora de los procedimientos de licitación.
- c) En tercer lugar, acompasa el texto a la normativa básica de una forma más precisa y elimina problemas de aplicación práctica que dificultan a ciertas entidades el cumplimiento de varios de sus preceptos.

- d) Y, en cuarto lugar, mejora la redacción y matiza conceptos y terminología que ha llevado a equívocos, produciendo confusión a los órganos gestores y ambigüedad en su aplicación».

A pesar de que son varios los preceptos modificados, los cambios en la redacción de los pliegos tipo de cláusulas administrativas no alteran sustancialmente a los últimos informados. En líneas generales, varias de las afecciones afectan a cuestiones terminológicas o de matiz que es necesario ajustar, si bien existe alguna de mayor calado en relación con la garantía definitiva, el mantenimiento de condiciones laborales durante la ejecución de los contratos de servicios, y con la modificación de medios adscritos al contrato.

III. Análisis de las modificaciones introducidas en los modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares sometidos a informe.

a) Modificaciones para adaptar la terminología a la de la normativa básica.

Las modificaciones introducidas a este respecto afectan a todos los procedimientos de licitación de obras, suministros y servicios.

El Decreto-ley 2/2023 señala en su exposición de motivos que una de las razones por las que la Ley 11/2023, de 30 de marzo produce inseguridad jurídica, se basa en «la utilización de terminología distinta a la de la normativa básica cuando afecta a aspectos esenciales de la contratación pública». Esto sucede, en concreto, cuando se utilizan las expresiones «criterios sometidos a evaluación posterior» y «criterios de evaluación previa» en vez de la terminología de la Ley 9/2017 «criterios de valoración aritmética» y «criterios sujetos a juicio de valor» respectivamente, lo que ocurre en los artículos 14, 76, 85 y 91, que resultan modificados con el fin de ajustarlos a la normativa básica.

Es por ello por lo que se propone en todos los Pliegos la modificación de los Anexos X y XI, tanto en la referencia que de ellos se hace en el Índice, como en el texto de los propios anexos, que pasan a denominarse «Anexo X CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUJETOS A JUICIO DE VALOR (SOBRE B)» y «Anexo XI

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUJETOS A VALORACIÓN AUTOMÁTICA (SOBRE C)».

En el mismo sentido resulta modificada la cláusula 2.2.5.2, que pasa de denominarse «Sobre B. TÍTULO: PROPUESTA SUJETA A EVALUACIÓN PREVIA», a denominarse «Sobre B. TÍTULO: PROPUESTA SUJETA A JUICIO DE VALOR». Idéntica variación se produce respecto de la cláusula 2.2.5.3, que pasa de denominarse «SOBRE C. TÍTULO: OFERTA ECONÓMICA Y PROPUESTA SUJETA A EVALUACIÓN POSTERIOR», a denominarse «SOBRE C. TÍTULO: OFERTA ECONÓMICA Y PROPUESTA SUJETA A VALORACIÓN AUTOMÁTICA».

Por su parte, en las Cláusulas 2.2.8.2 y 2.2.8.3, relativas a la «Apertura y examen de los sobre B y C», se sustituye el concepto «evaluación posterior» por el de «valoración automática».

b) Garantía definitiva como retención de precio

El artículo 47 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, establece que «Con carácter general, el contratista podrá utilizar el sistema de constitución de garantía por retención en precio, con independencia del valor estimado».

Respecto de esta previsión, afirma el Decreto-ley 2/2023, que «puede ser contrario a los intereses públicos si no se permite al órgano de contratación establecer excepciones, teniendo en cuenta que la garantía definitiva responde de la formalización del contrato y del inicio de la ejecución en plazo, y en general de los daños que puede ocasionar el contratista por lo que hasta que no haya ejecutado al menos un 5% del contrato el órgano de contratación no tiene este respaldo. En consecuencia, se modifica añadiendo el inciso «salvo que lo justifique el interés público» y estableciendo la obligación de recoger esta posibilidad en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

Para dar cumplimiento al mandato del Decreto-ley 2/2023, en la propuesta de modificación del Pliego de servicios y en el de obras se incluye en el apartado N

de la Carátula, «Garantía definitiva», una casilla que cita textualmente «no se admite constitución mediante retención en precio», con la posibilidad de ser o no marcada en función de la decisión que adopte el órgano de contratación en cada caso. Esta misma previsión se incorpora en la carátula del Pliego de suministros, apartado Q.

Paralelamente, en la Cláusula 2.3.3, «Garantía definitiva» se incluye de manera literal el mandato del artículo 47 en la redacción dada por el Decreto-ley: «Con carácter general, y salvo que lo justifique el interés público, se permitirá al contratista utilizar el sistema de constitución de garantía por retención en precio».

c) Ejecución del contrato

En su redacción original, el artículo 71 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo llevaba por rúbrica «Garantías adicionales» y citaba textualmente:

«Excepcionalmente, por razones de interés público y sin perjuicio de la concurrencia de alguna de las causas que dan lugar a la resolución del contrato, cuando, durante la ejecución del contrato, se evidencien dificultades técnicas u organizativas de la empresa contratista que afecten al correcto desarrollo de la prestación, el adjudicatario podrá aportar garantías adicionales para asegurar el interés público que motivó la necesidad de contratar.

Se considerarán garantías adicionales:

- a) la garantía de carácter económico, en la cuantía que determine el órgano de contratación, hasta un cinco por ciento del precio de adjudicación, en casos especiales,
- b) la contratación o ampliación de cobertura de la póliza de seguro adecuada al objeto del contrato, y
- c) la modificación provisional de los medios que se deban poner a disposición del contrato hasta alcanzar los hitos establecidos en los pliegos para la ejecución».

El Decreto-ley 2/2023 modifica este precepto para permitir la aportación de medios adicionales por parte del contratista para conseguir el cumplimiento de los hitos establecidos en los pliegos, pero respetando el procedimiento establecido en la normativa básica para la modificación de los contratos, es decir a instancia del poder adjudicador y siempre que lo exija el interés público. Así, se cambia su denominación por la de «Modificación de medios adscritos al contrato» y se elimina el listado de lo que se consideran garantías adicionales, que no tienen cabida en la fase de ejecución del contrato salvo lo previsto en el artículo 212.5 de la Ley 9/2017.

En consecuencia, se propone acertadamente la modificación de la cláusula 4.1 de los PCAP, en fase de ejecución para, en relación con la valoración de los trabajos (o suministros, en su caso), adaptarse a la modificación operada en el artículo 71, que en la redacción dada por el Decreto-ley dice:

«Excepcionalmente, por razones de interés público y siguiendo el procedimiento de modificación correspondiente, cuando durante la ejecución del contrato se evidencien dificultades técnicas u organizativas de la empresa contratista que afecten al correcto desarrollo de la prestación, podrá instarse la modificación provisional de los medios que se deban poner a disposición del contrato hasta alcanzar los hitos establecidos en los pliegos para la ejecución».

d) Modificaciones propias del pliego para los contratos de Servicios

En el modelo de pliego de servicios se propone la modificación de la Cláusula 3.2.3 sobre el «Mantenimiento de condiciones laborales durante la ejecución de los contratos», de conformidad con el cambio introducido por el Decreto-ley en el artículo 37.1 de la ley 11/2023, de 30 de marzo, para especificar que dicha circunstancia se dará solo en contratos de servicios y «en exclusiva» para los trabajadores adscritos a dichos contratos:

«Con la presentación de sus ofertas, las empresas licitadoras adquirirán el compromiso de mantener o mejorar, durante la ejecución del contrato, las

condiciones laborales de los trabajadores adscritos en exclusiva a la ejecución de aquel, especialmente las relativas al salario, la duración de la jornada, la conciliación de la vida personal y familiar y los permisos según recoge el artículo 37 de la ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asimismo, la empresa adjudicataria deberá garantizar la aplicación y mantenimiento estricto de las condiciones laborales que establezca el convenio colectivo de aplicación. Esta obligación subsistirá incluso si decae la vigencia del Convenio Colectivo de referencia».

Señala la exposición de motivos del Decreto-ley que «El artículo 37 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, establece la indemnidad de las condiciones laborales, pero esta obligación -mantener o mejorar las condiciones laborales de los trabajadores adscritos al contrato durante su ejecución- sólo puede aplicarse con efectividad a aquellos contratos de servicios en los que la ejecución de la prestación se efectúa por trabajadores empleados y puestos a disposición en exclusiva para ello, en los que el órgano de contratación ha tenido que indicar, de conformidad con el artículo 100 de la Ley 9/2017, el presupuesto base de licitación de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional, detallando los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

La aplicación práctica de este precepto, en su redacción actual, ha puesto de manifiesto la existencia de la imperiosa necesidad de no ampliar esta obligación a aquellos contratos en los que se desconoce qué trabajadores participan en la ejecución del contrato y sus condiciones laborales. Lo contrario genera confusión a los gestores en el control de cumplimiento –confusión que eventualmente puede llegar a ser grave-, pues parecen verse obligados a verificar en todos los contratos el cumplimiento por el adjudicatario de unas condiciones laborales que desconocen y que no han tenido reflejo en el procedimiento de contratación. Esto impide aplicar con rigor y seguridad jurídica las consecuencias jurídicas del incumplimiento, como pueden ser la imposición de penalidades o incluso la

resolución del contrato. Todo ello sin perjuicio de que, además, se ha constatado que la norma disuade a los licitadores impactando en la competencia, incidiendo especialmente en las PYMES. Es por ello por lo que se matiza que la indemnidad se circunscribe únicamente a esos trabajadores dedicados en exclusiva a la prestación del servicio. Acotar esta previsión, clarificándola, la hará más efectiva».

Puesto que esta previsión solo es aplicable a servicios, se elimina su referencia en los Pliegos de obras y suministros en la cláusula 3.2.1 de ambos, sobre «obligaciones laborales, sociales, en materia de igualdad de género, fiscales y de protección de medio ambiente».

IV. Modificaciones introducidas de oficio por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los Pliegos de obras.

La Junta Consultiva ha detectado en los modelos de Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares de obras determinadas cuestiones susceptibles de ser modificadas, para un mejor ajuste al ordenamiento jurídico y una mejor aplicación práctica de su contenido.

En primer lugar, propone eliminar en el apartado D «Presupuesto base de licitación» de la carátula, la referencia al «SISTEMA DE DETERMINACION DE PRECIO», puesto que es una previsión únicamente aplicable a los contratos de servicios. Su inclusión en el pliego de obras es incorrecta y puede llevar a confusión, pues si bien parece aludir al sistema de retribución a tanto alzado del artículo 241 LCSP, el clausulado del PCAP tampoco recoge las especialidades del mismo, por lo que se considera más conveniente eliminar la referencia al sistema de determinación del precio.

En segundo lugar, se propone eliminar, también en la Carátula –apartado E-, la referencia al importe de los premios o primas pagaderos a los licitadores (IVA

excluido), por considerar que solo están previstos en el procedimiento restringido y en el concurso, y en ambos casos para el contrato de servicios, pues el artículo 160.2 LCSP habla de primas o compensaciones por los gastos en que incurran los licitadores al presentar su oferta en contratos de servicios en los casos en los que su presentación implique la realización de determinados desarrollos.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informan favorablemente la adaptación de los modelos de Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, por considerarse ajustados a las modificaciones operadas por el Decreto-ley 2/2023, de 22 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

SEGUNDA.- Se propone la modificación de los aspectos señalados de oficio para los modelos de Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares de obras, en los términos detallados en el apartado IV del presente informe.

Informe 12/2023, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 20 de diciembre de 2023