

INFORME 2/2004, de 20 de febrero de 2004 SOBRE PROYECTO DE NORMATIVA DE CONTRATACIÓN DE FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de julio de 2003 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa escrito del Subsecretario de Consellería de Infraestructuras y Transporte con el siguiente tenor literal

“ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 del “Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y de garantías globales”, adjunto se acompaña para la emisión del informe preceptivo, el proyecto de Decreto por el que establece la normativa de contratación de Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS

De carácter general

1.- El presente informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.1 a) del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

2.- La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, establece la sujeción a la misma de determinadas entidades y una vez establecida, a posteriori, excluye ciertos contratos por razón de su cuantía o por declaración expresa de la Ley y, en consecuencia, los contratos de obras, suministros y servicios, que no estén expresamente excluidos, deben adjudicarse con sujeción a la citada Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sin perjuicio de que los excluidos puedan adjudicarse por sus normas de contratación específicas, en este caso, las normas de derecho privado a que queda sujeta la FGV, de acuerdo con su norma de creación . Abunda en esta interpretación el contenido del apartado 2 de la disposición adicional undécima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, refiriéndose a las entidades públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, dispone que se regirán en lo no previsto en la misma, es decir, para los contratos excluidos, por sus normas de contratación específicas.

A la vista de todo lo anterior y en su conjunto, el proyecto no resulta una norma reglamentaria amparada por la Ley 48/1998, pues la contraviene en determinados artículos; ni tampoco unas normas específicas dictadas en el marco del Derecho privado por el que se regula FGV, de conformidad con su ley reguladora, para los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Ley. Esto último se hubiera salvado con unos pliegos de condiciones generales para cada tipo de contrato (obras, servicios y suministros), que regularan las especificidades de la contratación con FGV sin necesidad de aprobación del Gobierno Valenciano. Buena muestra de ello lo encontramos en la sociedad publica RENFE.

Lejos de esto, se somete a aprobación del Consell un conjunto de normas que constituyen un *totum revolutum*, tanto para los contratos incluidos, como para los excluidos extrayendo preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con pequeñas modificaciones que en muchos casos empeoran la regulación, dando como resultado y en resumen que FGV se regiría por una versión adaptada de esta última. En este sentido, los Estatutos del GIF mediante un simple articulado remiten la contratación excluida del ámbito de aplicación de la Ley 48/98, a la ley de contratos de las administraciones públicas. Por tanto, reservándose este Ente las potestades, prerrogativas y facultades que la misma le confiere.

Las conclusiones a las que se llega con esta practica normativa es que en contratos donde rige puramente el Derecho privado, persisten principios como el *ius variandi* de la Administración en la contratación pública, las prerrogativas de la administración en la interpretación y modificación unilateral de los contratos y que se enuncian bajo la denominación "contratación específica".

3.- El texto del proyecto sometido a informe contiene la reiteración de preceptos establecidos en la Ley 48/1998, pero con un plus de modificaciones al texto de la misma contraria al ordenamiento jurídico, especialmente, cuando pudiera dar lugar a una interpretación distinta de la que es deducible directamente de las Directivas cuya incorporación a nuestro ordenamiento jurídico efectúa dicha Ley.

4.- El recurso al modelo alemán o pago aplazado es una de las novedades del presente texto, pero resulta grave que esta forma de pago pueda modificarse unilateralmente en período de licitación o de adjudicación.

De carácter específico sobre el articulado

Título Primero.- De las disposiciones comunes a todos los contratos

En el proyecto facilitado falta indicar el capítulo 1

Artículos 1 y 2.

El ámbito de aplicación está incorrecta y confusamente definido, por las siguientes razones:

- a) Los contratos de obras, de servicios y de suministros comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998 se han de adjudicar, en todo caso, de conformidad con lo dispuesto en dicha Ley y en las normas que, en su caso, la desarrollen y completen sin contravenirla. Ni la primera se aplica preferentemente ni las segundas se han de aplicar supletoriamente; juntas, han de conformar un cuerpo normativo coherente. La ejecución de dichos contratos se regirá por lo establecido, de acuerdo con dicho marco legal, en los pliegos de condiciones y de especificaciones técnicas. También, hay que señalar que, a diferencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la Ley 48/1998, artículo 5.1.c, la definición de los contratos de Servicios incluye los que tienen por objeto servicios de Consultoría y Asistencia, no procediendo en este caso establecer, en una norma inferior que desarrolla la Ley, un tratamiento diferente entre dichos servicios y los restantes, con excepción de lo ya previsto en la Ley para los concursos de proyectos. Además, hay que advertir que la denominación de “asistencia técnica” que figura en el proyecto no se corresponde con la de la legislación de contratos, pese a lo que se indica en el artículo 2.2 del proyecto.
- b) En el caso poco frecuente, pero posible, de que se trate de contratos de obras o de consultoría y asistencia u otros servicios que, no encontrándose comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, se encuentren sin embargo en el ámbito objetivo definido en el artículo 2 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), entonces, los procedimientos de contratación deberán regirse por lo dispuesto en el TRLCAP en lo relativo a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.
- c) Los restantes contratos se han de regir, en general y de conformidad con la Ley de creación de FGV y su estatuto, por el Derecho privado y, en su caso, por las normas específicas o condiciones que, en el marco de dicha parte del ordenamiento jurídico, se aprueben, sin perjuicio de que su adjudicación deba respetar los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación que rigen para el sector público.

En consecuencia, no sólo deben redactarse de forma diferente dichos artículos, sino que, suponiendo que la pretensión de la propuesta es tanto desarrollar, aplicar o completar reglamentariamente lo previsto en la Ley 48/1998, como establecer normas específicas o condiciones generales de contratación de los contratos no incluidos en ella, entonces, todo ello deberá reflejarse y delimitarse en el conjunto del proyecto.

En caso contrario, se considera aconsejable limitar el contenido del proyecto a las normas que estrictamente sean necesarias para desarrollar o aplicar los aspectos de la Ley 48/1998 que la propia Ley prevé para los contratos en ella comprendidos, estableciendo sus condiciones generales de contratación y las normas específicas de los procedimientos que mejor se adapten a las particularidades de la organización de FGV. En ese supuesto, y a tenor de lo establecido en la Disposición Adicional Undécima del TRLCAP y en la Disposición Final Primera de la Ley de Creación de la entidad FGV, podría ser suficiente que la norma tuviera rango de Orden, siempre que lo dispuesto no exceda las competencias del titular de la Consellería.

Capítulo II De la capacidad y solvencia de los contratistas

Artículos 3, 4 y 5

En el artículo 5, el apartado 1 se contradice con los artículos 4, 6 y 7, y en los apartados 2 y 3 se confunde capacidad para contratar con capacidad de obrar de las personas jurídicas extranjeras. Previamente, en el artículo 3 se dice que podrán contratar con FGV las personas naturales o jurídicas que, *teniendo plena capacidad de obrar y acreditando su solvencia económica, financiera, técnica o profesional*, no se encuentren incurso en causas de prohibición de contratar con la Administración Pública. Por tanto, para contratar, además de capacidad jurídica de obrar y de no estar incurso en causas de prohibición, las empresas tendrán que acreditar su solvencia. No se entiende el objeto de la declaración jurada.

Artículos 6 y 7

Los artículos 6 y 7 del proyecto son una versión empobrecida de los artículos 16 al 19 del TRLCAP, donde se establecen los *medios* que puede exigir el órgano de contratación a los licitadores para que acrediten su solvencia económico-financiera y técnica o profesional. En el proyecto se priva a FGV de poder requerir cualquier combinación de los medios de acreditación de la solvencia que, en función del objeto y características del contrato, estime más adecuados, al menos, de entre todos los posibles en el TRLCAP.

En el caso del artículo 7, el proyecto es de una rigidez excesiva al imponer como obligatorio, y además con posibilidad de que sea el único medio para acreditar la solvencia técnica de una empresa, el presentar una relación de obras, suministros o servicios ejecutadas por la empresa en los últimos cinco o tres años, según el tipo de contrato, lo cual no tiene en cuenta, por ejemplo, que empresas de nueva o reciente creación no podrán acreditar dicha experiencia, aunque dispusieran en el momento de la licitación de los mejores medios personales y materiales para ejecutar el contrato.

Si la pretensión es una regulación similar a lo establecido en los artículos 16 al 19 del TRLCAP, es preferible referirse o ajustarse a ellas que incorporarlas parcialmente, y sobre todo debe tenerse en cuenta también que dichos artículos se complementan con lo establecido en el artículo 11 de su Reglamento general (RD 1098/2001, de 12 de octubre).

Artículo 8

En el número 1 de este artículo encontramos la primera norma que podría contener una regulación específica necesaria, en aplicación y desarrollo de lo previsto en los artículos 17 y siguientes de la Ley 48/1998. No obstante, el apartado se limita a señalar que *resultará de aplicación* el sistema de clasificación denominado PROTRANS, establecido por FGV conjuntamente con otras entidades, sin indicar nada más de dicho sistema de clasificación. Da la sensación de que se trata de un sistema de clasificación propio, aunque mantenido en común con otras entidades de ferrocarril. Sea como sea, debe quedar garantizado el cumplimiento de lo dispuesto en el Título III de la repetida Ley 48/1998, para el cual sí que parece necesario establecer reglamentariamente cómo facilitará FGV el acceso de las empresas a dicho sistema de clasificación.

El apartado 2 es una reiteración de lo ya establecido en el artículo 17.1 de la Ley. Al respecto, se ha de recordar que para su efectividad será necesario establecer una correspondencia entre las clasificaciones utilizadas por FGV y las de la Administración del Estado, debiendo en todo caso especificarse en los pliegos, prescripciones y, en su caso, anuncios, las clasificaciones que serán admitidas para licitar.

El apartado 3 de este artículo, especialmente el último inciso, es de muy dudosa legalidad por cuanto quiebra los principios de igualdad y no discriminación y libre concurrencia .

Capítulo III Del expediente de contratación Artículos 9 al 15

Curiosamente el artículo 10 se denomina “actuaciones preparatorias” pero contiene referencias que llegan hasta la recepción. Si se establecen detalladamente los pasos a seguir, no debe olvidarse que los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998 deben comunicarse al Registro Oficial de Contratos, de acuerdo con lo dispuesto en el RGLCAP y en la Orden de 22 de mayo de 2001, de la Consellería de Economía; Hacienda y Empleo. A partir de cierto nivel de detalle se aconseja tener en cuenta que un expediente de contratación puede dar lugar a varios contratos.

El art. 14 no somete a informe del Servicio Jurídico los cuadros de características que acompañan a los pliegos tipo. Por el contrario en la norma se establece que los Servicios Jurídicos informarán los anuncios de licitación. Anuncios que no pueden especificar otra

cosa que lo que establezca el pliego o el cuadro de características técnicas, en su caso. A este respecto , por si es de interés , la Junta Consultiva de la Administración General del Estado en Informe 46/01, de 30 de enero de 2002 ha señalado:

“El establecimiento de modelos tipo de pliegos, según la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, constituye una mera posibilidad que debe referirse a contratos que, con reiteración y en número significativo, celebra el órgano de contratación, produciéndose el efecto característico de que el informe preceptivo del Servicio Jurídico se cumple en relación con los pliegos tipo quedando exentos de tal trámite los correspondientes pliegos particulares. En definitiva constituyen una facilidad de tramitación que no pretende hurtar al informe del Servicio Jurídico aspectos esenciales del contrato, sino que persigue una finalidad más sencilla y procedimental de evitar, por innecesarios, pronunciamientos reiterados del Servicio Jurídico sobre aspectos concretos, ya que si los expresa en relación con un pliego tipo no tiene por que volver a reiterarlos en relación con un pliego particular.

Ello significa la necesidad de que el pliego tipo contenga las determinaciones necesarias para los pronunciamientos del Servicio Jurídico y, a la vez, que el pliego particular no contenga cláusulas contradictorias o distintas en aspectos esenciales del contrato, pues, si esto sucediera, se produciría el efecto de que el pliego particular, a pesar de la existencia de pliegos tipo, no quedaría excluido del informe preceptivo del Servicio Jurídico”.

En el artículo 15.1 se recomienda completar la definición del objeto del contrato con los códigos de las nomenclaturas europeas que lo definen, los cuales son necesarios en los anuncios en el DOCE, BOE y para la preceptiva comunicación a los Registros oficiales de contratos. Dichas nomenclaturas son actualmente el CPV (Common Procurement Vocabulary), que sustituyó al CPC y otras clasificaciones, y la CPA (Clasificación de Productos por Actividades), cuya versión CPA2002 sustituye la CNPA96. Además, en el caso de servicios, la propia Ley 48/1998 ha establecido una clasificación por categorías que también debería constar.

En general, se observa que la información que se establece en el artículo 15.1 no se ajusta ni cubre todos los epígrafes establecidos en el Anexo II de la Ley 48/1998 y que, a juicio de la Junta, fuera del plazo para presentar solicitudes y del lugar donde presentar o retirar documentación, cualquier condición o prescripción que deba figurar en el anuncio de licitación debe estar igualmente en el Pliego de condiciones o cláusulas administrativas propias o particulares que vinculará efectivamente a las partes en el procedimiento de adjudicación y en la ejecución del contrato.

Artículo 16.

Los números 1 y 2 de este artículo no se ajustan a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 48/1998. Insistimos en que no debe reiterarse lo que ya está regulado en la Ley y, mucho menos, pretender modificarlo con una norma de inferior rango.

El número 3 es una copia retocada del 13.1 de la Ley, en el que se omite además lo dispuesto en los apartados 13.2 y 13.3 de la misma, para incorporarlos después como apartados 6 y 7, modificado en el primer caso e idéntico a la Ley en el segundo.

Los números 4 y 5 forman una copia modificada del artículo 14 de la Ley, en los que se ha suprimido un apartado que no debe suprimirse, aunque el redactor del proyecto crea que no se encontrará ante ese supuesto.

Los número 7 y 8 son una copia, nuevamente modificada, del artículo 16 de la Ley 48/1998, en la que se incluyen los contratos de “consultoría” y de “asistencia técnica” que, a efectos de la Ley 48/1998, son contratos de servicios y no existen como tipos diferenciados, con la única salvedad del procedimiento en los concursos de proyectos.

En definitiva, el artículo 16 no aporta norma nueva ni desarrollo reglamentario alguno, salvo su incomprensible apartado 8, y, tal y como está en el Proyecto, no hace más que retocar y dar nueva redacción a lo ya dispuesto en la Ley, pudiéndola contravenir en algún caso.

Capítulo IV De los órganos que intervienen en los procedimientos de contratación Artículos 17 y 19.

El artículo 19 se contradice con el artículo 17. En el 19.1 se dice que la Junta de Contratación “actuará como órgano de contratación”. Por su parte, el artículo sexto del Estatuto de FGV atribuye al Consejo de Administración *la autorización de las adquisiciones y contratos*, pudiendo delegar dicha autorización y aquellas atribuciones que considere convenientes en el Presidente, Vicepresidente o Director Gerente. Otra cosa son los poderes de representación, que recaen en el Presidente del Consejo y que también podrá delegar (la firma) en el Vicepresidente, los Consejeros y el Director Gerente. No obstante, si lo que se propone el Proyecto es modificar o ampliar el Estatuto de FGV, puede hacerse siempre que la norma se tramite como decreto del Gobierno, pero con una disposición adicional de modificación del mismo.

El apartado 2 del artículo 17, conjuntamente con el artículo 71 y siguientes del proyecto, no parece procedente en esta norma reglamentaria, ya que no trata de desarrollar aspectos de la contratación previstos en su legislación específica, sino de la autorización del gasto o del endeudamiento de FGV y, en particular, del compromiso de gasto para ejercicios futuros que se deriva de la contratación bajo la modalidad de abono total del precio con posterioridad a la ejecución del contrato. En este caso, no es la legislación de contratos

aplicable ni la Ley 48/1998 lo que se está desarrollando, sino las obligaciones que se derivan de la sujeción de FGV a la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana.

El art. 18.9 habla de la apertura pública de proposiciones económicas. Si la forma de adjudicación es el concurso, en acto público se procederá a la apertura de las proposiciones (criterios de adjudicación), en la subasta el término a utilizar es el de oferta económica y no proposición.

Capítulo V. De las normas comunes aplicables a todos los procedimientos de licitación y adjudicación

Artículos 20 y siguientes

Este capítulo se denomina “De las normas comunes aplicables a todos los procedimientos de licitación y adjudicación”. Sin embargo, ni parece aplicable a todos los contratos ni adecuado para los comprendidos en la ley 48/98. Además de estos últimos, existirán contratos menores o de cuantía inferior a los umbrales legales, así como suministros que se entregan inmediatamente, contratos de carácter privado, patrimoniales, de seguros, bancarios o financieros, de servicios no incluidos en la Ley 48/1998 u otros análogos, en los que no parece razonable, por ejemplo, exigir siempre y en todo caso una fianza o garantía provisional., lo cual no sólo no encaja bien en las normas civiles o mercantiles del Derecho privado por el que se rige FGV, fuera de los contratos de la Ley 48/1998, sino que incluso se aleja del administrativo, donde la exigencia de una garantía provisional, en determinados casos, es más una facultad del órgano de contratación que una imposición generalizada.

El artículo 21 es una reproducción parcial del precepto equivalente del TRLCAP.

Artículo 22.

La redacción de este artículo no parece conforme a Derecho y no concuerda con lo que se indica en el artículo 62 del propio Proyecto. El tratamiento que deben recibir las ofertas incursas en presunción de temeridad o de bajas desproporcionadas está regulado en el artículo 47 de la Ley 48/1998, para los contratos que estén incluidos en su ámbito de aplicación. Por otra parte, aunque excede el ámbito jurídico sobre el que puede pronunciarse la Junta, merece recordarse que, en el ordenamiento jurídico privado, las normas de defensa de la competencia sólo prohíben la licitación bajo coste y en determinadas circunstancias, y que el derecho civil solamente no permite los acuerdos imposibles de cumplir.

Artículo 23

El pago de los anuncios de la licitación y el último inciso del apartado 7 no casan con las normas de derecho privado y tampoco se encuentra previsto en la Ley 48/1998.

Artículo 24

Este artículo parece una contradicción con el resto del proyecto y quizá debiera formularse al revés: la ejecución de los contratos se ajustará a lo establecido en los pliegos de condiciones y, en lo no previsto en ellos, a lo que establezcan las normas de Derecho privado.

Artículo 28

Los números 4 y 5 de este artículo pueden no ser conformes a la Directiva 2000/35/CE, sobre morosidad en las operaciones comerciales, cuyo plazo para su transposición por los Estados de la UE finalizó el 8 de agosto de 2002. El proyecto de Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico interno dicha Directiva, actualmente en tramitación, reproduce en su artículo 5 lo dispuesto en la Directiva al respecto y, salvo pacto expreso entre las partes dentro del marco legal aplicable (el Derecho privado en el caso de FGV), dichas normas no permiten que, tras la conformidad o aceptación de los bienes o prestaciones y la presentación de la factura, pueda demorarse el inicio del plazo de pago hasta que se produzca una segunda ratificación de dicha conformidad.

Artículos 32, 33 y 34

El artículo 32 no parece aplicable para todo tipo de contrato. Para que case con el ordenamiento jurídico privado será necesario que forme parte de lo pactado entre las partes. De acuerdo con lo establecido en la Ley de creación de FGV y en su estatuto no parece que esta entidad goce de las prerrogativas que el artículo 59 del TRLCAP atribuye a la Administración, entre las cuales se incluye, la de poder acordar unilateralmente la modificación del contrato por razones de interés público.

En consecuencia, el apartado 2 sólo puede aplicarse en el supuesto de que la obligación que establece estuviera consignada en los pliegos o en el contrato, de forma análoga a como se indica en los artículos 33 y 34. Estos tres artículos pueden resumirse en uno: que en los Pliegos deberán figurar las condiciones relativas a los aspectos a que se refieren, lo cual, en el caso del 33 y 34, ya venía indicado en el artículo 15.

Llama la atención el término “total consumación” del contrato. Entendemos que se trata del cumplimiento, que viene determinado por la recepción.

Artículo 36

Este artículo es una adaptación del artículo 115 del TRLCAP que, sin embargo, da como resultado una regulación diferente. En el apartado 1 a) se ha suprimido la obligación del contratista principal de comunicar a la Administración (FGV, en este caso) el subcontrato a celebrar, lo que no se entiende ya que FGV tendrá únicamente derecho a que se le comunique qué partes del trabajo se van a subcontratar. El apartado 1 b) es una copia del apartado b) del 115.1 del TRLCAP, en el que se le ha suprimido el inciso final que lo ponía en relación con otro precepto, el que establece el plazo de pago. El resultado es una regulación diferente que permite interpretar que el contratista principal no podrá pactar con sus subcontratistas las condiciones económicas de los subcontratos. Respecto a los intereses de demora y el plazo de pago tras la entrega de los bienes o prestaciones, reiteramos lo indicado en las observaciones al artículo 28.

Artículo 37

El número 2 de este artículo es una copia ampliada del 111 del TRLCAP, al que se le han añadido algunos apartados de dudosa legalidad.. En el apartado e) hay una referencia al número 2 del artículo 3 que debe ser un error. El apartado f) hará que incurran en causa de resolución una gran cantidad de contratos por el mero incumplimiento de un plazo parcial. El apartado g) es incomprensible.

Artículo 39

Lo dispuesto en este artículo está confuso y es una opción contraria a la habitual en la Administración. Viene a decir que, salvo que se indique lo contrario en la proposición, el importe que figure en ésta se entenderá que no incluye el IVA.

Título II De los contratos de obras

Capítulo II Publicidad de las licitaciones

Artículos 47 y siguientes

Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 47 es reiteración de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 48/1998. En el número 2 olvida la posibilidad de contratos comprendidos en el artículo 2 del TRLCAP. El número 3 incorpora las normas del TRLCAP para los procedimientos negociados pero omite los que han de ser objeto de publicidad comunitaria.

El problema, no obstante, es que en la Ley 48/1998, lo dispuesto en el artículo 26 es una norma común de todos los procedimientos y, en cambio, aquí se introduce como norma de aplicación en los contratos de obras., para después, en el artículo 77, decir que también serán de aplicación a los contratos de suministros y servicios, con las particularidades que en el 78 y siguientes se establecen, donde al final se acaba modificando lo dispuesto en la Ley.

El artículo 48 es copia del 27 de la Ley 48/1998. En cambio, no se desarrolla lo previsto en el artículo 28, que sí podría necesitarlo al haberse establecido un sistema de clasificación propio.

El artículo 49.1 olvida que estamos en un capítulo que, supuestamente, es de aplicación a todo contrato de obras que deba anunciarse y no sólo a los de la Ley 48/98. El apartado 2 impone un insólito informe previo de la Asesoría Jurídica sobre todos los anuncios, que verificará la conformidad con la presente Reglamentación. Desde este punto de vista, se insiste que lo que debe atenderse a la reglamentación son los pliegos de condiciones . A la vista de los cuales se confeccionarán los anuncios.

Capítulo III Desarrollo de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obra Artículos 50 y siguientes

En todo este capítulo vuelve a surgir el problema expresado en las observaciones al anterior y al comienzo del presente informe. Se intenta regular todo tipo de contratos de obras cuando una cosa son los comprendidos en el ámbito de la Ley 48/1998, en los que no se puede modificar lo dispuesto en la Ley, y otra, los contratos que pueden efectuarse en el marco del derecho privado, a los que el proyecto propone aplicar parcialmente lo previsto en el TRLCAP para los contratos de carácter administrativo. Por ejemplo:

El artículo 50.1, en el que no se especifica pero se deduce que está referido a contratos de obras comprendidos en la Ley 48/1998, no se ajusta al artículo 23 de la misma, modificándola sustancialmente al haber suprimido la referencia al procedimiento negociado entre las opciones del órgano de contratación, al mismo tiempo que, paradójicamente, se mantiene el inciso “siempre que se haya efectuado una convocatoria pública”, el cual, en la Ley, se refería precisamente al requisito para que pudiera utilizarse el procedimiento negociado. Respecto a éste, lo dispuesto en el número 2 tampoco se ajusta, por tanto, a lo previsto en el citado precepto de la Ley 48/1998 y subyace el siguiente error: en el proyecto se confunde *procedimiento negociado* con el *procedimiento negociado sin publicidad* o convocatoria de licitación, previsto por la Ley 48/1998 en los supuestos establecidos en su artículo 25. En los número 3 y 4 se redefinen los procedimientos abierto y restringido ya definidos en la Ley, con el resultado de que la definición del restringido no se ajusta a lo establecido en el artículo 23.3 de la Ley 48/1998.

En materia de publicidad, el 51.1 del proyecto reproduce parcialmente el artículo 33.1 de la Ley 48/1998, al que se le ha suprimido su segundo párrafo o inciso, para después reintroducirlo, descontextualizado, como artículo 52 del proyecto. Por lo que se indica a continuación, también aquí se ha de presumir que el apartado 1 del artículo 51 se refiere a contratos de obras comprendidos en dicha Ley.

Para otro tipo de contratos, “*cuando por razón de la cuantía el contrato de obras no se encuentre sujeto a la ley 48/1998*”, el artículo 51.2 reproduce parcialmente lo dispuesto en el 78.2 del TRLCAP para los contratos de obras con el resultado de que la antelación mínima de 26 días de éste queda convertida en un plazo *fijo* de 26 días en el proyecto. Y hay que advertir también que, además de la cuantía, pueden haber otras razones por las que un contrato no esté comprendido en la Ley 48/1998.

En el artículo 51.3 se establece que no se admitirán las ofertas remitidas por correo, apartándose de lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley 48/1998, que dice literalmente que las ofertas se presentarán por escrito, directamente o por correo, sin dejar claro si esta norma se aplica sólo a los restringidos o a todos los procedimientos. Por otra parte, el artículo 36.3 de la Ley prevé que *reglamentariamente* podrá regularse la presentación de ofertas por otros medios distintos del correo o de la presentación en las oficinas designadas por la entidad contratante.

El artículo 55. 2 no es conforme a derecho. Si en el caso de los procedimientos abiertos cabe alguna duda sobre si es aplicable lo dispuesto en el 36.2 de la Ley, en el de los procedimientos restringidos no cabe ninguna: las ofertas por correo han de admitirse.

Los apartados 4 y 5 del artículo 55 no parece que correspondan a este artículo. En el primero, además, aparece por primera vez el término proposición sin que quede claro si se refiere a la oferta. Reiteramos la observación sobre la exigencia de garantía provisional en todo caso.

Los artículos 56, 57 y 58 no se ajustan a lo dispuesto en el 33.2 de la Ley 48/1998.

El artículo 59 es una reiteración del 24 de la Ley.

El artículo 60 no se ajusta al artículo 25 de la Ley 48/1998 y reitera el error de confundir procedimiento negociado (en el título) con procedimiento negociado sin publicidad previa (lo que se regula).

El artículo 62 es una reiteración del artículo 47 de la Ley 48/1998, en la que, quizás por error de transcripción, donde en la Ley dice: “antes de poder rechazarlas”, en el proyecto se

ha puesto: “antes de rechazarlas”, lo cual no es exactamente lo mismo. Además, hay que reiterar lo indicado en las observaciones al artículo 22.

El artículo 63 es reiteración para el contrato de obras de lo dispuesto, como normas comunes para todos los contratos, en el artículo 50 de la Ley.

Capítulo IV Ejecución de los contratos de obra

Artículo 66

Tanto lo dispuesto en este artículo como lo indicado en el 32 suscita las dudas sobre su adecuación al régimen jurídico de FGV, expresadas en las observaciones a dicho artículo.

Artículo 67

Este artículo reinstaura la recepción y liquidación provisional que fue suprimida en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y alarga hasta seis meses después de la recepción el plazo para efectuar la liquidación provisional. Al respecto, hay que insistir en lo ya indicado en relación con los límites existentes sobre la forma de pago y los intereses de demora, como consecuencia de la aplicación de la Directiva sobre morosidad en las transacciones comerciales. Se aconseja que los plazos para reconocer el derecho al cobro de lo entregado no exceda en ningún caso de los establecidos en el Reglamento general de la LCAP. Es más, sería preferible remitirse genéricamente a lo que establezca la legislación de contratos de las AAPP en previsión de posibles cambios.

Capítulo V Contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio

Artículo 71 y siguientes

Con carácter general, ha de señalarse que este capítulo propone preceptos cuyo contenido esencial está relacionado con las normas en materia de Hacienda Pública de la Generalitat, lo que excede el ámbito de actuación de la Junta Superior de Contratación Administrativa, siendo actualmente la Secretaría Autonómica de Hacienda y Presupuestos el órgano de la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo competente para informar sobre dicha propuesta, así como también el que ha sustituido a la extinguida Subsecretaría de Política Presupuestaria y Tesoro que se cita en el artículo 74 del proyecto.

Título III.- De los contratos de suministros, *consultoría, asistencia técnica* y servicios

Capítulo I.- *Regulación*

Artículos 77 y siguientes

En general, se reitera lo ya indicado en este informe sobre los contratos de consultoría o de asistencia, los cuales no tienen, en la Ley 48/1998, un régimen jurídico distinto del de los restantes servicios.

El artículo 77.1 no es un precepto o una disposición, es una mera descripción del contenido del Título III del proyecto que, además de ser innecesaria, no se corresponde con dicho contenido, porque éste no solo incluye preceptos reguladores de los *procedimientos de adjudicación* de los contratos, sino también de su ejecución, de la forma de pago, de la recepción y de la garantía.

El artículo 77.3 remite a lo dispuesto en el capítulo II y III del Título II, para el contrato de obras. Reiteramos las observaciones hechas a dichas partes e insistimos en que estos aspectos están regulados detalladamente en la Ley 48/1998, donde son disposiciones comunes para todos los tipos de contratos en ella regulados, y que no puede una norma de inferior rango modificar lo dispuesto en la Ley.

En el caso de los artículos 78 y 79 se reiteran las observaciones anteriores. No se ajustan a los artículos 5, 23.4 y 26 de la Ley 48/1998. El artículo 79 no se ajusta, además, al artículo 25 de dicha Ley.

El artículo 80.1 reitera parcialmente, y sólo para los suministros, lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 48/1998 para todos los contratos en ella comprendidos. En el proyecto se ha suprimido el inciso final.

El apartado 1 del artículo 81 es una norma común para todo tipo de contratos, redactada de una forma en la que no se entiende la referencia a “las entidades contratantes” y el porqué del último inciso. La primera parte del apartado 2 de este mismo artículo está ya implícita en el artículo 3 y la segunda debería recogerse entre las normas comunes de solvencia técnica o profesional.

El artículo 82 no especifica en qué procedimientos y formas de adjudicación se ha de aplicar y, si se refiere al concurso abierto o restringido, es una norma común e independiente del tipo de contrato que ya viene establecida en la Ley. En su caso, debería figurar en el artículo que regula el contenido de los pliegos. La expresión “Criterios de baremación” debería sustituirse por la de criterios de adjudicación.

Los artículos 83 y 84 son reiteraciones de lo dispuesto en los artículos 48 y 49, respectivamente, de la Ley 48/1998.

El artículo 85 es una reiteración de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 48/1998. El apartado 1 es consecuencia de haber tratado como norma específica de los contratos de

CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanas, 14 - 4º K
46003 VALENCIA
Tel. 963.98.50.80
Fax. 963.98.50.90

servicios una norma que en la Ley figura como norma común con la salvedad de lo dispuesto en el apartado 2.

El apartado 1 del artículo 86 es una adaptación del artículo 185.1 del TRLCAP, al que se le ha suprimido el inciso final.

El apartado 3 del artículo 86 no parece conforme a derecho, tanto si se trata de contratos comprendidos en la Ley 48/1998 como si no. El artículo 185.3 del TRLCAP establece que *cuando el acto formal de recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra*. Lo que se propone en el proyecto es justo lo contrario, choca igualmente con la Directiva sobre morosidad en las operaciones comerciales y, aunque se incluyera en los pliegos, resultaría una cláusula abusiva. Por otra parte, una vez entregados y en poder de FGV los bienes objeto de suministro, la “mora al recibirlos [los bienes]”, es una circunstancia imposible que no concuerda con lo previsto en el artículo 88.

En el artículo 87 se reiteran las anteriores observaciones hechas en relación con la forma de pago y la Directiva sobre morosidad en las operaciones comerciales.

En el número 8 del artículo 87 no se entiende la razón que lleva a autolimitar la contratación de suministros mediante arrendamiento financiero, o arrendamiento con opción de compra, a aquellos cuya cuantía supere los 12.020.242,09 €, ya que dicha fórmula puede ser interesante para FGV en contratos de menor cuantía. El segundo párrafo de este apartado es una norma en materia de Hacienda Pública y presupuestos.

En el artículo 88.2 existe un plazo definido imprecisamente, “15 días hábiles a efectos laborales”, y en los apartados 6 y 7 hay que reiterar las observaciones hechas al 86.3.

A los artículos 88, 89 y 90 han de reiterarse las observaciones hechas en los preceptos equivalentes del contrato de obras, respecto de la reinstauración de las recepciones provisional y definitiva.

Capítulo II Concurso de proyectos

Artículos 92 y siguientes

Los artículos 92, 93 y 94 son una reiteración de lo dispuesto en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 48/1998, respectivamente.

Título IV Contratos menores

Artículo 95

El apartado 1 de este artículo no es una norma sino una explicación del objeto del Título. El apartado 3 inducirá a confusión y es de dudosa legalidad. Cabe recordar que el TRLCAP no introduce una expresión semejante. Por ejemplo, si sobre una empresa ha recaído prohibición de contratar con FGV, ¿podrá ésta adjudicarle una obra menor de 150.000 € al no aplicársele el Título I? ¿Son aplicables los Títulos II y III?

Artículo 96

El apartado 1 de este artículo se refiere a unas “condiciones habituales de un pedido” que no se encuentran definidas. En el apartado 2, visto el importe que define el contrato menor de obras en el 95.2, habrá de tenerse en cuenta que puede ser necesario elaborar un proyecto técnico.

TÍTULO V Reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos

Capítulo 1 Procedimiento

Artículo 97

El apartado 1 es una reiteración de lo dispuesto del artículo 51.1 de la Ley 48/1998, aunque aparentemente puede parecer una aplicación o desarrollo reglamentario de lo establecido en el mismo. Decimos aparentemente porque, con la redacción dada en el proyecto, no se resuelve la indeterminación que figura en la Ley. A nuestro juicio, sobra el inciso “o el órgano que en su caso designe la propia Generalitat Valenciana”, ya que en este mismo artículo se está diciendo que será la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes el órgano competente designado (actualmente Consellería de Infraestructuras y Transporte).

Artículo 98

Este artículo es reiteración de lo dispuesto en la Ley 48/1998, con una redacción redundante que no se ajusta finalmente a la Ley. En ésta se refiere a un contrato cualquiera y en el proyecto se refiere a “los contratos”.

Artículo 99

Es reiteración del artículo 53 de la Ley 48/1998.

Artículo 100

No se ajusta a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 48/1998. En particular, el inciso “en cuanto resulte compatible con las presentes normas” del apartado 2 contraviene lo dispuesto en la Ley.

Artículo 101

Es reiteración del artículo 55 de la Ley 48/1998.

Artículo 102

Es reiteración del artículo 56 de la Ley 48/1998, a cuyo apartado c) se le ha añadido el inciso “de estas normas”, lo que podría no ajustarse a lo previsto en la Ley.

Artículo 103

El punto 2 de este artículo puede no ser conforme a la Ley 48/1998 por lo indicado en las observaciones al artículo anterior.

Artículo 104

El apartado 3 de este artículo no se ajusta al artículo 58.2 de la Ley 48/1998. Esta última establece que las medidas cautelares se adoptarán de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no siendo de aplicación la dispuesto en su apartado 4. Sin embargo, en el proyecto se ha añadido un párrafo del que resulta que tampoco será de aplicación lo dispuesto en su apartado 3, lo cual contraviene lo establecido en la Ley.

Artículo 105

Es reiteración de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 48/1998.

Artículo 106

El apartado 3 de este artículo es redundante en sí mismo, reiterativo de lo indicado en los preceptos anteriores de este mismo capítulo y, conjuntamente con el apartado 4, es una reiteración de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 48/1998.

Artículos 107, 108 y 109

Es reiteración de lo dispuesto en los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 48/1998.

Capítulo II.- Conciliación

Artículo 110 y siguientes

Este capítulo reitera los artículos 68, 69, 70 y 71 de la Ley 48/1998, con la particularidad de que le atribuye a la Junta Superior de Contratación Administrativa funciones que, en la ley 48/1998 se encuentran atribuidas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado.

Disposición transitoria única.

No se alcanza a comprender el sentido de esta disposición . Se refiere a contratos adjudicados a la entrada en vigor? Se refiere en fase de licitación? ¿Qué se quiere decir con la expresión “inicialmente licitados”?

Desde el punto de vista de la legislación en materia de contratación dicha posibilidad se refiere a una modificación sustancial de los contratos, si estuvieran adjudicados, o de la licitación si estuvieran en fase de presentación de ofertas. En general y salvo que estuviera expresamente prevista en el pliego de condiciones o en el contrato, dicha modificación exige el acuerdo de las partes, máxime si se tiene en cuenta que FGV se rige por el ordenamiento jurídico privado y no goza de las prerrogativas de la Administración, entre las cuales se encuentra la de imponer la modificación del contrato dentro de ciertos límites.

Además no advierte esta disposición que el precio del contrato así como las ofertas de las empresas varían de manera muy sustancial en caso de pago por certificación o abono total. En es primer caso no existen intereses por aplazamiento que se computan como el precio final que la administración tiene que abonar al contratista.

Por lo demás esta disposición regula aspectos en materia de Hacienda Pública y gestión presupuestaria que exceden el ámbito de competencia de la Junta, por lo que se reitera lo indicado al respecto en preceptos anteriores y la necesidad de que se someta a consulta o informe de los órganos competentes.

Indicar finalmente que las referencias a la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte en las relaciones de FGV, deberán hacerse a la Consellería de Infraestructuras y Transporte (art.7.2, Decreto 114/03, de 11 de julio, que aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Infraestructuras y Transporte).

Voto particular que emite el vocal representante de las organizaciones empresariales en la Junta Superior de Contratación Administrativa, D. Juan Cámara Gil. al Informe sobre proyecto de normativa de contratación de Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana

CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanas, 14 - 4º K
46003 VALENCIA
Tel. 963.98.50.80
Fax. 963.98.50.90

“Art. 6.- Bastaría la clasificación en las categorías de los subgrupos indicados en el pliego o en el caso de financiación aplazada un informe bancario o experiencia en obras de características similares

Art. 7.- Apd. 1 Debería incluir que bastara con la clasificación de contratistas del Estado o Autonómica en los grupos..... con categoría.....

Art. 28. Apd. 1. Parece que deja a instancia de FGV el abono de parte del trabajo realizado sin haber realizado con el contratista pacto alguno.

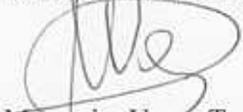
Art. 75. Apd. 3. Deja completamente al albor de cada contratista, la refinanciación del coste, en el Pliego de Condiciones Particulares debería aparecer por lo menos un marco, donde solo el interés debería ser el parámetro incognita.”

VºBº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devesa

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

**APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,**
en fecha 20 de febrero de 2004