



Informe 5/2005, de 7 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

Asunto: Posibilidad de aplicar la figura del acuerdo marco en los contratos de obras, de consultoría y asistencia y de servicios

ANTECEDENTES

Mediante un escrito de fecha 2 de junio de 2005, el secretario general del Departamento de Trabajo e Industria solicita un informe de esta Junta sobre la posibilidad de aplicar la figura del acuerdo marco en los contratos de obras, de consultoría y asistencia y de servicios. Transcrito literalmente, este escrito dice lo siguiente:

Visto que la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, regula en su artículo 32 la figura del acuerdo marco, y teniendo en cuenta que el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, prevé expresamente la figura del acuerdo marco para el contrato de suministros y de gestión de servicios públicos, se plantea la consulta sobre si la mencionada figura jurídica del acuerdo marco es de aplicación a los otros contratos administrativos, como el de obras, consultoría, asistencia y servicios.

Conjuntamente con el escrito se adjunta el informe elaborado por la Asesoría Jurídica del Departamento de Trabajo e Industria que analiza los extremos de la consulta planteada.

El artículo 4.1 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, establece que corresponde a esta Junta informar sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sean sometidas por los diferentes departamentos de la Generalitat mediante los secretarios generales respectivos. Por su parte, el artículo 11.3 del mismo Decreto 376/1996, atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Antecedentes de la figura del acuerdo marco. Su regulación en el derecho español de contratos

El artículo 159.2.f) del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), prevé que podrá utilizarse el procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos, previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del órgano de contratación, en los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las administraciones públicas o de un contrato marco, siempre y cuando este último haya sido adjudicado de acuerdo con las normas de esta Ley.



El artículo 182.l) del mismo Texto refundido establece que podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa en las adjudicaciones de los contratos que sean consecuencia de un acuerdo o contrato marco, siempre y cuando este último haya sido adjudicado con sujeción a la Ley.

El mismo artículo 182, en su apartado g), también establece la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad previa en el caso de los contratos que se refieren a bienes la uniformidad de los cuales haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración, siempre y cuando la adopción del tipo de que se trate se haya efectuado, previamente e independientemente, en virtud de concurso.

Finalmente, el artículo 210.f) del TRLCAP establece, para los contratos de servicios, la misma previsión que, para los contratos de suministros, prevé este apartado g) del artículo 182 del mismo Texto refundido, a qué se acaba de hacer referencia.

Por tanto, de acuerdo con las referencias contenidas en el vigente TRLCAP, el uso del contrato o del acuerdo marco sólo está previsto de manera expresa para los contratos de suministros y para determinados contratos de gestión de servicios públicos. Por su parte, una figura que se ha tendido a asimilar a la práctica al acuerdo marco, esto es, el sistema de contratación centralizada, se prevé en la normativa vigente de contratos para los contratos de suministros y para los contratos de servicios.

Asimismo, dentro del TRLCAP encontramos otras referencias que, por el tipo de prestaciones de que hablan, podrían ser consideradas como figuras afines al acuerdo o contrato marco –cuando menos en su causa¹. Se trata de las previsiones de la letra e) del artículo 141 para las obras y de la letra e) del artículo 210 para los servicios, cuando se prevé la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado para la adjudicación de obras repetitivas y estudios, servicios o trabajos de carácter similar a otros que han sido adjudicados por procedimiento abierto o restringido, siempre y cuando sean conformes al proyecto base, en el caso de las obras, y que esta posibilidad se haya indicado en el anuncio de licitación y se haya computado su importe al efecto de la determinación de la cuantía total del contrato. También existe una figura equivalente para los suministros, la prevista en la letra e) del artículo 182, que hace referencia, esencialmente, a los suministros o instalaciones de uso corriente. En todos los casos, la posibilidad de recurrir a este sistema de adjudicación se limita en el tiempo a un máximo de tres años.

En otro orden de consideraciones, es preciso tener en cuenta que las directivas sobre contratación pública vigentes hasta abril de 2004, o sea las Directivas 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros y 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de los contratos públicos de servicios, todas

¹ Así lo interpretó esta Junta en el informe 2/2002, de 12 de marzo, con motivo de la consulta sobre la calificación jurídica de un contrato para dirigir y ejecutar todas las intervenciones arqueológicas de urgencia que el Departamento de Cultura tenía que cubrir durante un periodo de tiempo determinado, y también sobre la clasificación correspondiente.



ellas modificadas por la Directiva 97/52/CE, no contenían referencias a la figura del acuerdo marco.

Sólo la Directiva 93/38/CEE, reguladora de los procedimientos de adjudicación en los llamados sectores excluidos o sectores especiales (entidades operadoras en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones), modificada por la Directiva 98/4/CE y ahora sustituida por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, contenía una regulación del acuerdo marco. Efectivamente, el artículo 1.5) de aquella Directiva 93/38/CEE efectuaba una definición que hacía referencia a suministradores, contratistas o prestadores de servicios; el artículo 5 lo regulaba sin circunscribirlo a un determinado tipo de contrato indicando en su último apartado que las entidades contratantes no podrían recurrir a los acuerdos marco de una manera abusiva que tuviese como consecuencia impedir, restringir o falsear la competencia; por último, los artículos 14.9 y 20.i) se referían al cálculo de su presupuesto y a las normas de licitación.

Las previsiones contenidas en la mencionada Directiva 93/38/CEE tienen, en derecho español, su reflejo en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de Contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE².

Por tanto, en la legislación española de contratos existen tres figuras que podríamos decir que resultan afines en lo que concierne a su lógica de gestión: el sistema de contratación centralizada -determinación previa de tipos-; los acuerdos marco y la adjudicación por procedimiento negociado de objetos contractuales repetitivos o similares a de otros previamente adjudicados por los procedimientos ordinarios. Cabe destacar que todas estas figuras se encuentran configuradas en el derecho español de contratos como causas de utilización específica del procedimiento negociado y no tienen una regulación específica fuera de este contexto.

Precisamente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 13 de enero de 2005, dictada en el asunto C-84/03 (Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España), ha concluido que España ha incumplido las obligaciones derivadas de las directivas de contratos, entre otros razones, para permitir en el artículo 182.g) que se pueda utilizar el procedimiento negociado en un supuesto que no está previsto en las mencionadas directivas.

Sin embargo, en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que ha modificado el

² El artículo 6 de esta Ley dispone, literalmente, que "Los contratos que se adjudiquen por alguno de los procedimientos previstos en esta Ley pueden adoptar la forma de acuerdos marco, suscritos entre alguna de las entidades contratantes mencionadas en el artículo 2 y uno o diversos empresarios, que tengan por objeto fijar los términos de los contratos que se tengan que adjudicar en el transcurso de un periodo de tiempo, particularmente referente a los precios y, si procede, a las cantidades previstas. Las entidades contratantes no pueden recurrir a los acuerdos marco de manera abusiva, que tenga como consecuencia impedir, restringir o falsear la competencia."



TRLCAP, para amoldarlo a los pronunciamientos de la sentencia antes mencionada, no se ha modificado ni suprimido el supuesto previsto en el mencionado artículo 182.g) ni en el artículo 210.f), por necesaria extensión.

Como ya anticipó esta Junta con motivo de su reciente informe 2/2005, de 5 de mayo, sobre el alcance y la aplicación de esta norma estatal y de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 13 de enero de 2005 citada, este vacío en el mencionado Real Decreto Ley obliga al operador de la contratación pública a determinar cuál es la aplicación que es preciso hacer de este precepto teniendo en cuenta el pronunciamiento del Tribunal. Si se hubiese seguido el criterio manifestado por el Consejo de Estado en el informe de 10 de marzo de 2005, sobre el proyecto de este Real Decreto Ley, el/la legislador/a habría tenido que suprimir el apartado g) del artículo 182 TRLCAP (y, por extensión, también el apartado f) del artículo 210) para dar pleno cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2005.

Como primera conclusión en relación a la consulta planteada, es preciso dejar claro, pues, que el acuerdo marco previsto en el texto actual del TRLCAP para los suministros se tiene que aplicar de acuerdo con lo que establece la Directiva 2004/18/CE y no con la tramitación anterior de procedimientos negociados para la adjudicación de contratos sobre la base del acuerdo marco. Es preciso circunscribir, pues, la consulta a la posibilidad de aplicar la figura del acuerdo marco de la Directiva 2004/18/CE a los contratos administrativos de obras y de consultoría y asistencia y de servicios.

II. EL acuerdo marco en el vigente derecho comunitario de contratos públicos

El repaso de la situación de la figura del acuerdo Marco en el derecho de contratos español se completa, en primer lugar, con la aprobación de la Directiva 2004/18/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios. Esta Directiva, que entró en vigor el 30 de abril de 2004, tiene un plazo máximo de transposición a los derechos internos de los estados miembros que acaba el 31 de enero de 2006.

El apartado 5 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CEE define el acuerdo marco como un acuerdo entre uno o diversos poderes adjudicadores y uno o diversos operadores económicos. El objeto de dicho tipo de acuerdo consiste en establecer las condiciones que rigen los contratos que se tengan que adjudicar durante un periodo determinado, en particular las relativas a los precios y, si es preciso, a las cantidades previstas.

Con más detalle, el artículo 32 de la misma norma, desarrollando la definición mencionada, regula el acuerdo marco. Al efecto que ahora interesa, es preciso señalar, en primer lugar, que en ningún momento circunscribe –ni por referencias indirectas– el uso de esta figura en uno o a unos tipos contractuales y, en segundo lugar, que reproduce la fórmula de salvaguardia de la competencia que, como hemos visto anteriormente, ya introdujo la Directiva de sectores excluidos respecto de esta figura. En concreto, el apartado 2, párrafo cuarto, del artículo 32 de la Directiva 2004/18/CEE dispone que los poderes adjudicadores



no podrán recurrir a los acuerdos marco de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

Adicionalmente, también es preciso tener en cuenta que la misma Directiva cuando regula otros aspectos de los procedimientos de licitación y de adjudicación de los contratos incluye, cuando cabe, la referencia a los acuerdos marco, sin ninguna otra distinción en su aplicación por razón del tipo de contrato (por ejemplo, artículos 35, 41 y 43). Tampoco al establecer regulaciones específicas para los tipos concretos de contratos se prevé ninguna restricción.

En todo caso, de acuerdo con el sentido literal del apartado 1 del artículo 32 de la Directiva 2004/18/CEE, los estados miembros pueden o no prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores establezcan acuerdos marco. Por tanto, si lo prevén, pueden adoptar la figura del acuerdo marco de forma amplia, tal y como está previsto en las normas comunitarias, o sea, sin circunscribirlo a unos determinados tipos de contrato, o bien pueden adoptarla de manera restringida o matizada.

En otro ámbito de consideraciones, la regulación del acuerdo marco en la nueva Directiva 2004/17/CEE, de 31 de marzo, sobre la Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos en los Sectores del Agua, de la Energía, de los Transportes y de los Servicios Postales coincide sustancialmente con la regulación de la Directiva 2004/18/CE, antes analizada (sobre todo en los artículos 1.4 y 14).

A la vista del marco normativo comunitario, hasta que se produzca la transposición de las directivas al derecho español y antes de la finalización del plazo máximo de transposición, a partir de cuyo momento serán directamente aplicables, es factible una interpretación en el sentido de entender que el acuerdo marco es una figura aplicable, a todos los efectos, a los contratos de las administraciones públicas, ya que esta interpretación, por ella misma, no vulnera ninguno de los principios esenciales del derecho de contratos públicos.

Ahora bien, efectuada la anterior afirmación, hay que tener en cuenta que del conjunto de la normativa de contratos anteriormente analizada se desprende que, cuando se ha hecho referencia al uso de esta figura o de las que le son afines, cuando menos, en la lógica de la gestión contractual, siempre se han tenido dos precauciones: en primer lugar, incorporar la salvaguardia de la defensa de la competencia –en ocasiones reproduciendo la prohibición del uso abusivo del sistema- y, en segundo lugar, tener en cuenta el tipo de prestación o de objetos contractuales a que puede aplicarse.

Justamente para poder evaluar en cada caso el uso del acuerdo marco, es preciso tener en cuenta que, siguiendo las prescripciones del artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE, el acuerdo marco debe adoptarse con la fijación de unas condiciones básicas con el operador u operadores económicos adjudicatarios que no podrán ser objeto de modificación anterior con motivo de la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco. Esta exigencia implica, necesariamente, que el objeto contractual en relación al cual se quiera aplicar la figura del acuerdo marco debe permitir la parametrización necesaria de sus condiciones básicas de adjudicación (de los elementos objetivos, de los precios, de las unidades de medida, etc.) y resultar, por tanto, adecuado al principio de buena administración de los contratos a qué hace referencia el artículo 4 del TRLCAP.



Por tanto, y de acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas, esta Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña formula las siguientes:

CONCLUSIONES

La aplicación de la figura del acuerdo marco prevista en el derecho comunitario de contratos públicos no está restringida a un determinado tipo de contrato y, por tanto, puede ser de aplicación, si procede, a los contratos de obras y a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios. Sin embargo, es preciso que el órgano de contratación valore la aplicación del acuerdo marco en cada objeto contractual, teniendo en cuenta, en todo caso, los requisitos de salvaguardia de la competencia, o sea, la prohibición de recurrir a los acuerdos marco de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada y, además, evaluando la posibilidad de viabilidad del sistema respecto del objeto contractual, en aplicación del principio de buena administración.

Barcelona, 7 de julio de 2005