

Informe 4/2009 de 25 de xuño de 2009, de consulta sobre determinación de importe de garantía definitiva e composición do comité de expertos

ANTECEDENTES

Polo Concello de Lugo dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Por medio do presente escrito diríxome a ese organismo coa finalidade de que nos dean resposta ás seguintes consultas derivadas de cuestións suscitadas en diferentes expedientes de contratación que se están a tramitar neste Concello de Lugo:

1º.- O artigo 83 da Lei 30/2007 de 30 de outubro de contratos do Sector Público establece que “ *Os que resulten adjudicatarios provisionais dos contratos que celebren as Administracións Públicas deberán constituír a disposición do órgano de contratación unha garantía dun 5% do **importe de adjudicación**, excluído o Imposto sobre o Valor Engadido.*”

A dúbida xurde en relación sobre que se debe entender por importe de adjudicación en casos de contratos para os cales se prevé a prórroga da súa duración.

O artigo 76 da Lei establece “ **A tódolos efectos previstos nesta Lei, o valor estimado dos contratos virá determinado polo importe total sen incluír o Imposto sobre o valor Engadido, pagadoiro segundo as estimacións do órgano de contratación. No cálculo do **importe total estimado deberán terse en conta calquera forma de opción eventual e as eventuais prórrogas do contrato****”.

A cuestión é, polo tanto, se para determinar a base sobre a cal se aplica a dita porcentaxe do 5% se debe ter en conta exclusivamente a duración inicial do contrato ou ben se, en interpretación literal do artigo 76 da Lei, tamén deben computarse as anualidades de posibles prórrogas.

2º.- O artigo 134 da LCSP establece que “*cando nunha licitación que se siga por un procedemento aberto ou restrinxido se atribúa ós criterios avaliábeis de forma automática por aplicación de fórmulas unha ponderación inferior á correspondente ós criterios cuxa cuantificación dependa dun xuízo de valor, deberá constituírse un comité que conte cun mínimo de tres membros formados por expertos non integrados no órgano propoñente do contrato e con cualificación adecuada.*”

A dúbida que xurde coa lectura deste artigo, é que se entende por “órgano propoñente do contrato”.

As interpretacións posibles que o Concello entende son:

-Que o órgano propoñente é a Mesa de Contratación, xa que é este órgano o que propón a adjudicación do contrato.

-Que o órgano propoñente é a Concellería con competencias na materia obxecto do contrato e que é a que propón a incoación do expediente de contratación.

Esta interpretación implicaría que non podería formar parte do comité de expertos o persoal municipal que prestara os seus servizos na Concellería correspondente. Isto levaría a que outro persoal municipal adscrito a outras concellerías e con coñecementos suficientes poderían formar parte deste Comité.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais, caso do concello petionario.

2.- Preséntanse ante este órgano consultivo dous cuestións interpretativas de sendos preceptos da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público (en adiante LCSP). A primeira versa sobre o que se debe entender por importe de adjudicación no caso de contratos nos que se prevé a posibilidade de prórrogas, aos efectos de constitución da garantía definitiva do artigo 83 da LCSP, e a segunda cuestión solicita informe sobre qué se entende por órgano proponente do contrato a efectos de excluír o seu persoal do comité de expertos ao que fai referencia o artigo 134 da lei.

I.- DETERMINACIÓN DO IMPORTE DA GARANTÍA DEFINITIVA

3.- Como consideracións previas á resposta desta consulta débense determinar con claridade as dúbidas terminolóxicas e conceptuais que en torno o prezo se presentan na redacción da LCSP.

Respecto os importes que han de tomarse en consideración nunha licitación, a lei de Contratos do Sector público distingue dous conceptos diferentes: “valor estimado do contrato” (art. 76), e “prezo do contrato” (art. 75)

O artigo 75 aplica con concreción o ámbito conceptual de ambas expresións cando di que “os órganos de contratación coidarán de que o prezo sexa adecuado para o efectivo cumprimento do contrato mediante a correcta estimación do seu importe, (...) no momento de fixar o presuposto de licitación (...). Sen embargo as continuas referencias que o longo do corpo lexislativo se fan a eses dous conceptos, nunha confusa metodoloxía da lei que en nada se adecúa o camiño procedimental presupostario da vida dos contratos públicos, esixe una detallada lectura do articulado en busca de criterios de intencionalidade e interpretativos da vontade do texto sobre os termos anteditos, sobre todo ao poñelo en relación coa inclusión ou exclusión do IVA nos seus cálculos.

A) Partimos da máxima de que si do contrato a celebrar se derivan obrigas de contido económico para a Administración, resulta necesaria a existencia de crédito adecuado e suficiente con carácter previo á adjudicación. O artigo 93.3 LCSP así o dispón ao establecer a obriga de incorporar ao expediente o certificado de existencia de crédito (ou documento que legalmente o substitúa), que queda afecto á adjudicación e posterior pagamento do prezo do contrato.

A LCSP, por influencia do artigo 9 da Directiva 2004/18, define no seu artigo 76 o **valor estimado dos contratos** como “importe total, sen incluír o IVA, pagadeiro segundo as estimacións do órgano de contratación”, e para determinar o seu importes sinala una serie de regras (respecto a prórrogas, primas,...) e fórmulas de estimación (en función dos tipos de contratos) co fin de precisar o montante económico na súa fase de preparación coa intención de aproximar a devandita contía o máis posible o valor de mercado da prestación a obter e o custo máximo que poderá acadar o contrato a efectos de previsións orzamentarias.

Segundo a LCSP, o importe estimado (contía total sen IVA) xoga como valor de corte en todas aquelas actuacións previas á adjudicación:

- umbral de contratos suxeitos a regulación harmonizada -art.13 a 17-,
- anuncio de información previa de contratos de obras con valor estimado igual ou superior a 5.150.000 euros. -art.125-
- límites cuantitativos dos procedementos negociados,...

Ca mesma tese debe ser entendido o importe sobre o que se calcula a garantía provisional do contrato. O artigo 91.2 dispón que o seu importe deberá determinarse nos pregos de cláusulas administrativas, sen que poida ser superior a un 3% do presuposto do contrato, isto é, da contía que a Administración teña establecido como base da licitación o que, posto en relación co artigo 76, implica a referencia ó importe total do contrato, sen incluír o IVE.

A mesma lectura debe facerse sobre os límites mínimos de esixencia de clasificación e coas contías previstas no 121.2 LCSP que establece a obrigatoriedade de elaborar un prego en contratos de máis de 50.000 € a celebrar por poderes adjudicadores que non son administracións públicas. En ambos supostos a LCSP refírese sempre o importe dos contratos, e tal e como quedou reflectido anteriormente, o valor estimado sen IVE debe ser a contía de referencia neste punto.

De aquí a primeira conclusión: pódese establecer un criterio xeral segundo o que, salvo indicación expresa en contrario, o valor estimado do contrato (sen IVE) xoga como valor en todas aquelas actuacións previas á adjudicación nos contratos.

B) Distinto do anterior é “**o prezo do contrato**”, que non pode ser determinado ata a adxudicación do mesmo (fase D), e que incluíra, como partida independente, o importe do imposto sobre o Valor Engadido que debe soportar a Administración (art. 75.2 in fine). O prezo ven definido na lei como a retribución do contratista pola realización da prestación, isto é, da que se fai acredor pola realización da prestación que trae causa da contratación, o importe íntegro que pola execución do contrato percibe o contratista. En moitos casos non coincidirán os importes do valor estimado co do prezo porque tanto a finalidade como os elementos que os integran son diferentes.

As referencias que a LCSP fai o prezo do contrato na adxudicación do mesmo, e en fases posteriores, deben entenderse entón co IVE engadido ao prezo neto do contrato. Non debe confundir a referencia á partida independente do IVA. A necesidade de sinalar separadamente o IVA do prezo neto obedece, entre outras razóns, á esixencia de que as ofertas dos licitadores sexan valoradas con criterios equiparables e homoxéneos atendendo á oferta, sen discriminación entre empresas suxeitas ó tipo xeral e empresas que, por un o outro motivo, estean suxeitas a tipos reducidos ou non suxeitas.

Con isto enténdese que, nalgúns artigos que tratan do **prezo do contrato**, a LCSP especifique expresamente a exclusión do IVE xa que de non telo feito debería computarse o importe do imposto, tal é o caso do cómputo da garantía definitiva, cando di, no artigo 83.1 que *“os que resulten adxudicatarios provisionais dos contratos que celebren as administracións públicas deberán constituír a disposición do órgano de contratación unha garantía de un 5% do importe de adxudicación, excluído o importe do Imposto do Valor Engadido”*.

4.- Exposto o anterior, que xa indica que o cálculo do importe da garantía deberá referirse ao prezo do contrato e non ao valor estimado dende un punto de vista económico do contrato, a propia regulación que a LCSP dá as garantías definitivas dá argumentos que ratifican tal afirmación. Non resulta nova a polémica de si as prórrogas se deben considerar ou non modificacións contractuais a efectos de reaxustar a garantía. Entende este órgano que só cando do modificado con prórroga do prazo de execución se deriva variación de prezo é necesario proceder ao reaxuste, e, a sensu contrario, se entende que a garantía definitiva constituída inicialmente cubre o contrato prorrogado se non hai un novo prezo. Se a iso engadimos que, o artigo 90 sinala o momento da devolución da garantía *“cando se produza o vencemento do prazo de garantía e cumprido satisfactoriamente o contrato”*, cabe entender que a garantía definitiva desprega os seus efectos durante toda a duración do contrato, engadidas as prórrogas que se produzan.

II.- COMPOSICIÓN DO COMITÉ DE EXPERTOS

O artigo 134.2 LCSP esixe que no caso de que nunha licitación que se siga por un procedemento aberto ou restrinxido, se atribúa aos “criterios avaliábeis de forma automática por aplicación de fórmulas” unha ponderación inferior á correspondente aos “criterios nos que a súa cuantificación dependa dun xuízo de valor”, deberá constituírse un comité de expertos ao que corresponderá realizar a avaliación das ofertas conforme a estes últimos criterios, ou encomendar esta avaliación a un organismo técnico especializado.

Esta figura é unha novidade que non só non vén esixida polas Directivas comunitarias senón que non ten precedentes no dereito dos países do noso contorno o que dificulta atopar referentes que dean base a unha interpretación fundamentada en experiencias normativas e de xestión anteriores á promulgación da presente lei. Nela se indica que o comité de expertos contará cun mínimo de tres membros e que se formará por expertos non integrados no órgano propoñente do contrato e con cualificación apropiada. Parece querer reforzar a obxectividade das adxudicacións, minimizando todo o posible a discrecionalidade e subxectividade que poida supoñer o coñecemento da integridade das ofertas presentadas, ao nomear un órgano específico que actúe con total independencia da Mesa de contratación, que, non podemos olvidar, é o órgano competente para valorar as proposicións segundo o artigo 144.1 da LCSP e 21.1 do recentemente publicado Real Decreto 817/2009, de 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente a LCSP (BOE 118, de 15/5/2009).

Este Regulamento parcial da LCSP aclara parte da polémica doutrinal xurdida da interpretación do precepto legal toda vez que no artigo 28 sinala que *“sempre que sexa posible os membros do citado comité haberán de ser persoal ao servizo do departamento ministerial ou organismo contratante”* reiterando a exclusión no mesmo do persoal integrado no órgano que propoña a celebración do contrato.

Para determinar quen é o órgano propoñente do contrato débese acudir ao artigo 93 da LCSP en relación co artigo 22 do mesmo corpo legal. Do análise de ambos artigos cabe sacar a conclusión de que, se ben a iniciación do expediente de contratación deberá ser realizada polo órgano de contratación, nese momento debe terse xa determinado con precisión, na documentación preparatoria á que fai referencia o artigo 22, a necesidade do contrato, a determinación da súa natureza e extensión das necesidades a cubrir mediante o contrato proxectado, así como a idoneidade do seu obxecto e contido.

Amplía así a nova lei con máis rotundidade o disposto nos derogados artigos 13 e 202.1 do Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de xuño, polo que se aproba o T. R. da Lei de Contratos das Administracións Públicas, que esixían respectivamente xustificar a necesidade do contrato para os fins públicos, e a incorporación ao mesmo dun informe do servizo interesado na celebración do contrato no que se xustificaría debidamente a insuficiencia, a falta de adecuación ou a conveniencia de non ampliar os medios persoais e materiais con que conta a administración para cubrir as necesidades do servizo. Na LCSP a necesidade e idoneidade do contrato deben ser determinadas con precisión antes do seu inicio (art. 22) e a preparación da documentación que acredite tales requisitos deberá realizarse ou terse recabado, aínda que nada diga expresamente, polo órgano propoñente do contrato.

O fundamento da competencia haberá que buscala na potestade organizatoria das Administracións Públicas con capacidade para crear, modificar y suprimir os órganos, unidades administrativas ou entidades que as configuren en función das especialidades derivadas da súa organización e atendendo ao principio de división do traballo por razóns de eficacia.

CONCLUSIÓN:

1º.- A base sobre a que se aplica o porcentaxe da garantía definitiva dos contratos é o prezo do contrato, excluído o IVE, e non o valor estimado do contrato.

2º.- Por órgano propoñente deberase entender a unidade administrativa da que parte a proposta de necesidade do contrato e que aporta a documentación preparatoria a que fai referencia o artigo 22 da LCSP.