

Informe 28/09, de 1 de febrero de 2010. «Consideraciones sobre la expresión importe de adjudicación a efectos de determinar la base sobre la que establece la garantía definitiva. Órgano proponente del contrato».

Clasificación de los informes: 10. Régimen de las garantías. 10.2. Garantías definitivas. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.5. Mesa de contratación.

ANTECEDENTES

El Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Lugo se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

«Por medio del presente escrito me dirijo a ese organismo con la finalidad de que nos den respuesta a las siguientes consultas derivadas de cuestiones suscitadas en diferentes expedientes de contratación que se están tramitando en este Ayuntamiento de Lugo:

1º.- El artículo 83 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del Sector Público establece que "Los que resulten adjudicatarios provisionales de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5% del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido."

La duda surge en relación sobre qué se debe entender por importe de adjudicación en casos de contratos para los cuales se prevé la prórroga de su duración.

El artículo 76 de la Ley establece "A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato."

La cuestión es, por tanto, si para determinar la base sobre la cual se aplica dicho porcentaje del 5%, si se debe tener en cuenta exclusivamente la duración inicial del contrato o bien si, en interpretación literal del artículo 76 de la Ley, también deben computarse las anualidades de posibles prórrogas.

2º.- El artículo 134 de la LCSP establece que "cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya calificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros formados por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con calificación adecuada."

La duda que surge con la lectura de este artículo, es que se entiende por "órgano proponente del contrato".

Las interpretaciones posibles que este Ayuntamiento entiende son:

- Que el órgano proponente es la Mesa de Contratación, ya que es este órgano el que propone la adjudicación del contrato.

- Que el órgano proponente es la Concejalía con competencias en la materia objeto del contrato y que es la que propone la incoación del expediente de contratación.

Esta interpretación implicaría que no podría formar parte del comité de expertos el personal municipal que prestara sus servicios en la Concejalía correspondiente. Esto llevaría a que otro personal municipal adscrito a otras Concejalías y con conocimientos suficientes podría formar parte de este Comité».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Plantea la consulta dos cuestiones viene diferenciadas, la primera de las cuales se refiere a qué cifra debe servir de base para el cálculo de la garantía definitiva que deben constituir los adjudicatarios de un contrato.

Se plantea la cuestión, en particular con referencia a aquellos contratos en los que se prevé prórroga del plazo de duración. La duda se plantea en relación con si en "el importe de adjudicación", mencionado en el artículo 83 de la Ley de Contratos del Sector Público, debe tenerse en consideración el importe de las prórrogas, tal como hace el artículo 76 para la determinación del valor estimado.

La solución de esta duda debe venir de la mano de la correcta interpretación de la función que desempeñan los dos preceptos citados. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 76 de la Ley de Contratos del Sector Público tiene su origen directo en el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE que tiene por objeto establecer método para calcular el valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a efectos de determinar los que se encuentran por encima de los umbrales que determinan la aplicación de sus normas. Por ello se explica que se halle incluido en el Capítulo II, Sección Primera, que se denomina, precisamente, "Umbrales".

Por consiguiente, los preceptos del artículo 76 han de ser entendidos siempre en relación con esta funcionalidad y no extenderlos más allá de lo que resulte razonable en función de esta circunstancia.

Por el contrario, cuando el artículo 83 de la Ley se refiere al importe de adjudicación del contrato debemos entender que se trata, como se desprende de una interpretación literal del mismo, del precio final ofertado por el adjudicatario del contrato, es decir el que, en la licitación, ha servido de base, por sí solo o en conjunción con otros elementos de la oferta, para acordar la adjudicación. Pues bien este precio, en los contratos de tracto sucesivo, en los que la prestación se realiza reiterativamente por periodos de tiempo va referido precisamente al tiempo de duración inicialmente previsto para el contrato, sin incluir las prórrogas.

Examinado desde el punto de vista de la función cumplida por la garantía definitiva, también debe entenderse que el importe de la retribución correspondiente a las posibles prórrogas del contrato, no ha de tomarse en consideración para calcular su importe, pues el objeto de ésta no es otro más que asegurar el cobro de los daños posibles derivados de la mala ejecución del contrato, daños que la Ley, de forma genérica, considera que quedan suficientemente cubiertos exigiendo una garantía equivalente a un porcentaje del importe del contrato. De ello se deriva que lo importante a efectos de la determinación del importe de esta garantía es la entidad económica del contrato, no su duración. La prórroga del contrato determinará simplemente la prórroga, asimismo, de la vigencia de la garantía, pero no tiene por qué influir en el importe inicial de ésta.

Esto es especialmente claro, si además tenemos en consideración que de no ser así y, habida cuenta de que las prórrogas no son obligatorias para el órgano de contratación, si se tuvieran en cuenta para establecer el importe de la garantía definitiva se estaría calculando éste en función de unas cantidades (la retribución a satisfacer por el órgano de contratación durante las prórrogas) dependientes de un acontecimiento como es el de que se acuerde la prórroga, respecto del cual no existe certeza alguna.

2. La segunda cuestión se refiere cómo debe interpretarse la expresión "órgano proponente del contrato" utilizada por el artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, para referirse al órgano del cual deben ser independientes los integrantes del comité de expertos que dicho artículo prevé.

Para contestar y resolver esta duda, debemos traer a colación lo ya informado por esta Junta Consultiva en fecha 25 de Septiembre de 2009 (Dictamen 34/09). En efecto esta Junta decía en el referido informe, en relación con la posibilidad de que las Mesas de contratación puedan ser consideradas como el órgano proponente del contrato que *"ha de advertir esta Junta Consultiva que se expresa una opción errónea cuando se afirma que la Mesa de contratación es quien propone la celebración del contrato, ya que como es tradicional en nuestro sistema de contratación, y así se ha establecido en las diferentes leyes reguladoras del mismo, la Mesa de contratación tiene por misión la apertura de las proposiciones que los candidatos dirigen al órgano de contratación. Su función comienza como órgano colegiado con la apertura y valoración de la documentación acreditativa de la personalidad de los licitadores y de su solvencia y prosigue con la apertura y valoración de las ofertas recibidas concluyendo su función con la propuesta al órgano de contratación de la mejor oferta recibida. Así lo señala el artículo 295 de la Ley cuando expresa en su apartado 1 que los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas"*.

El mismo dictamen, con respecto a la segunda opción planteada en la consulta decía, que se considera como órgano proponente del contrato a "la Concejalía con competencias en la materia objeto del contrato y que es la que propone la incoación del expediente de contratación", que este es el criterio acertado y ello porque *"evidentemente una cosa es el órgano de contratación, que ejerce las competencias que le atribuyen las disposiciones concretas, y entre ellas destaca la aprobación del expediente de contratación y de los pliegos, así como la adjudicación del contrato, y otra muy diferente es aquel órgano que se encarga de la tramitación y propuesta al órgano de contratación de la celebración del contrato definiendo y señalando los diferentes aspectos inherentes al procedimiento de adjudicación, entre ellos los criterios de valoración de las ofertas, la función de los mismos y su técnica de ejecución, órgano al que la Ley se está refiriendo como órgano proponente del contrato que, en función del sistema organizativo de cada Administración pública, tendrá encomendada tal función de propuesta de acción"*.

Este criterio se confirma por la propia dicción del artículo 28.2 del Real Decreto 81/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con el cual *"siempre que sea posible, los miembros del citado comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante. En ningún caso podrán estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato"*. Con ello, se establece claramente la distinción entre órgano de contratación y órgano proponente del contrato, puesto que el artículo transcrito da preferencia al hecho de que los expertos estén integrados en el órgano de contratación pero no permite que lo estén en el órgano proponente.

Todo ello, nos debe llevar a la conclusión de que cuando la Ley y el Real Decreto citados se refieren al "órgano proponente del contrato", están haciendo referencia, como acertadamente manifiesta en su consulta el Alcalde Presidente de Lugo, al órgano que ejerce, por razón de las competencias que tiene atribuidas dentro de la organización más amplia en que se integra, la iniciativa en cuanto a la propuesta de celebración del contrato de que se trate.

Justamente en estos términos lo entendió la Junta Consultiva en el dictamen antes mencionado, cuya conclusión primera precisamente establece que *"por órgano proponente de la celebración del contrato debe entenderse, según la singular estructura organizativa de los diferentes órganos de contratación, aquel que en función de sus competencias ejerce la iniciativa de la contratación proponiendo la celebración del contrato al órgano de contratación"*.