



JUNTA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

INFORME 1/2007, DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE NAVARRA, SOBRE PROPUESTAS DE ARTICULADO RELATIVO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A INCLUIR EN EL PROYECTO DE PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO 2008, QUE HAN FORMULADO LOS DEPARTAMENTOS Y ORGANISMOS AUTÓNOMOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD FORAL.

ANTECEDENTES

El Servicio de Presupuestos y Política Financiera ha remitido para su preceptivo informe las propuestas de articulado a incluir en el Proyecto de Presupuestos para el ejercicio 2008 que han formulado los Departamentos de Educación, Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones y Economía y Hacienda, así como los Organismos Autónomos Servicio Navarro de Salud y Agencia Navarra para la Dependencia. Seguidamente se analizarán cada una de las propuestas formuladas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- PROPUESTAS DEL DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN.

El Departamento de Educación formula tres propuestas o alternativas:

a) La primera propuesta consistente en introducir en el texto del Proyecto de Ley Foral una disposición adicional en la que se autoriza al citado Departamento a fijar, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rijan los contratos que licite, unas penalidades por demora en la ejecución de los contratos de cuantía significativamente superior a las que, con carácter general, fija el artículo 103 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP). El aumento de las cuantías de las penalidades propuestas consiste en multiplicar por diez la cuantía de las penalidades hoy vigentes, llegando a multiplicarlas por veinte cuando el precio de los contratos supere los 250.000,01 euros.

Sin entrar en el análisis del importante aumento en la cuantía de las penalidades, no parece justificado, a juicio de quien suscribe, fijar unas penalidades distintas para los contratos de un Departamento de la Administración de la Comunidad Foral, mientras el resto de las entidades sujetas a la misma norma contractual están sometidas a un régimen distinto. Si el aumento en la cuantía de las penalidades parece apropiado para los contratos a celebrar por un operador sujeto a la norma, al entender

que las mismas son adecuadas, lo procedente sería extender con carácter general este régimen de sanciones a todos los contratos sometidos a la misma norma.

Por ello, se informa negativamente la primera propuesta formulada por el Departamento de Educación.

b) La segunda propuesta supone la modificación del apartado segundo del artículo 103 de la citada LFCP, de forma que las penalidades que el Departamento incluye en la primera propuesta se adopten con carácter general en todos los contratos sometidos a la norma citada, es decir, los licitados por la Administración de la Comunidad Foral, las entidades locales y todos los demás operadores sujetos a la Ley Foral de Contratos Públicos. En este caso, como se ha dicho anteriormente, la modificación supondría multiplicar por diez la cuantía de las penalidades hoy vigentes, llegando a multiplicarlas por veinte cuando el precio de los contratos supere los 250.000,01 euros.

Para el análisis de la propuesta se ha preparado una comparativa que se recoge en un anexo que se adjunta a este informe, en el que se señalan las cuantías y porcentajes sobre el precio del contrato de las penalidades por demora hoy vigentes en el ámbito estatal, reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el de la Comunidad Foral de Navarra (LFCP), así como las que existían anteriormente en nuestra Comunidad Foral, estando en vigor la derogada Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra y las que se regulan la Ley de Contratos del Sector Público, ley básica estatal recientemente aprobada por las Cortes Generales y que entrará en vigor en el plazo de seis meses.

De la comparativa realizada se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1ª. La norma foral vigente establece, en porcentajes, prácticamente las mismas penalidades que establecía la norma foral anterior, aunque se ha reducido el número de tramos, penalizando más duramente las demoras en los contratos de menor cuantía, que normalmente serán los de menor plazo de ejecución.

2ª. Tanto la norma básica estatal vigente como el nuevo Proyecto de Ley básica estatal en tramitación establecen un porcentaje de penalización para todos los contratos del 0,02 % del precio del contrato por día de demora, lo que supone doblar las penalidades vigentes en Navarra para los grandes contratos pero disminuirlas significativamente para los de menor cuantía (en Navarra se penalizan con el 0,10 % del precio del contrato por día de demora).

3ª. Las cuantías que incorpora el Departamento de Educación en sus dos primeras propuestas alcanzan diez y hasta veinte veces (en los contratos más cuantiosos) las penalidades hoy vigentes en Navarra, y en relación con la norma estatal suponen también un incremento, al menos, de un 1.000 %.

Con la finalidad de aclarar la cuestión, en el anexo a este informe también se ha calculado cual sería la penalización por demora que correspondería, en cada caso, aplicando las normas forales y estatales, tanto vigentes como derogadas o en fase de aprobación, en un contrato de cuantía importante (20 millones euros).

En el supuesto se calculan los porcentajes diarios de penalización por demora en cada caso y, por su interés, se calcula también el número de días de demora en la ejecución que serían necesarios para que el contratista fuera penalizado con una cantidad igual al beneficio industrial ordinario en un contrato público (establecido por la Jurisprudencia en un porcentaje del 6% sobre el precio del contrato). Para el correcto análisis de la cuestión debe tenerse en cuenta que en un contrato de obras de esta importancia el plazo de ejecución suele rondar los dos años.

Del ejemplo propuesto y de los cálculos realizados se desprende que las penalidades a imponer al contratista aplicando las propuestas formuladas por el Departamento de Educación serían notablemente superiores a las que las normas antes citadas imponen, imponían o impondrán, llegando el caso de que si el contratista se retrasara únicamente un mes en la ejecución, perdería todo el beneficio industrial a obtener lo que, teniendo en cuenta el plazo ordinario de ejecución de estos contratos, como se ha dicho, cerca de dos años, supondría una sanción gravísima, desproporcionada y casi confiscatoria, a juicio de quien suscribe.

A mayor abundamiento, previamente a la aprobación de una normativa como la que se propone sería necesario realizar los estudios económicos precisos para poder justificarla, que en este caso no constan, ya que no se puede olvidar que la posibilidad de tales penalidades sería muy tenida en cuenta por los licitadores a la hora de formular sus ofertas, pudiéndose producir el efecto de que muchos desestimarán la posibilidad de licitar o, en otro caso, ofertarán precios mucho más elevados para poder compensar el riesgo asumido.

Por todo ello, se informa negativamente la segunda propuesta formulada por el Departamento de Educación.

c) La tercera propuesta del Departamento de Educación se articula en los términos siguientes:

- "C.- *COMO ARTÍCULO DEL TÍTULO VI. Modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. (modificación de carácter general únicamente del último tramo y adición de un párrafo).*
- *Artículo 103.2.*
- *Cuando por causas imputables al contratista éste hubiera incurrido en demora respecto de los plazos parciales, de tal forma que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final, o éste hubiera quedado incumplido, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato o exigir su cumplimiento otorgando una prórroga con la imposición de las penalidades que se establecen en la siguiente escala:*
 - *- Contratos con precio hasta 10.000 euros, 10 euros diarios.*
 - *- De 10.000,01 euros hasta 50.000 euros, 20 euros diarios.*
 - *- De 50.000,01 euros a 100.000 euros, 30 euros diarios.*
 - *- De 100.000,01 euros a 250.000 euros, 50 euros diarios.*
 - *- De 250.000,01 euros en adelante, el 2 por 10.000 euros diarios.*
- *Las penalidades por demora por incumplimiento de los plazos parciales serán condonadas cuando el contratista recupere el retraso producido y cumpla el plazo final de ejecución.*
- *(añadir un párrafo):*
- *El órgano de contratación podrá aprobar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en las condiciones del contrato de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las necesidades del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente."*

La propuesta mantiene las penalidades hoy vigentes en Navarra para los contratos de menor cuantía y dobla las penalidades para los contratos más importantes, acomodándolas a lo dispuesto en la norma estatal vigente y en fase de aprobación. Tal planteamiento parece adecuado si se ha comprobado que las penalidades actuales no son lo suficientemente disuasorias de incumplir los plazos para el contratista, como ha sucedido en casos recientes, y el aumento propuesto parece proporcionado.

Asimismo, la tercera propuesta incorpora la adición de un nuevo párrafo al citado apartado, por el que se autoriza al órgano de contratación a incluir en los pliegos penalidades distintas a las establecidas con carácter general por la Ley Foral cuando se justifique en el expediente su necesidad para la correcta ejecución del contrato. La inclusión parece acertada puesto que la casuística en materia contractual es amplia y en muchos casos es preferible aumentar la cuantía de las penalidades por demora en la ejecución del contrato, con el fin de que el contratista sea diligente, en lugar de declarar esencial el cumplimiento del plazo, lo que determinaría, conforme al apartado 3 del artículo 103 de la LFCP, la resolución culpable del contrato y la indemnización de daños y perjuicios a la Administración.

Esta última sanción, la más grave que el ordenamiento impone al contratista incumplidor, tiene el efecto pernicioso de que el contratista es castigado, el contrato se resuelve, pero la necesidad pública persiste y no

es satisfecha en el plazo requerido, suponiendo con toda seguridad un mayor retraso ya que la parte del contrato pendiente de ejecutar debe ser incluida en una nueva licitación.

El tenor literal del nuevo párrafo que se propone es idéntico a uno que incluye tanto la vigente norma estatal como la recientemente aprobada, lo que corrobora la idoneidad del precepto.

Por todo ello, se informa favorablemente la tercera propuesta del Departamento de Educación.

El artículo del Proyecto de Ley Foral de Presupuestos para 2008 que recogiera la propuesta formulada podría tener el siguiente contenido:

<<Artículo.... Modificación del apartado 2 del artículo 103 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

Se modifica el apartado 2 del artículo 103 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que quedará redactado como sigue:

"2. Cuando por causas imputables al contratista éste hubiera incurrido en demora respecto de los plazos parciales, de tal forma que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final, o éste hubiera quedado incumplido, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato o exigir su cumplimiento otorgando una prórroga con la imposición de las penalidades que se establecen en la siguiente escala:

-Contratos con precio hasta 10.000 euros, 10 euros diarios.

-De 10.000,01 euros a 50.000 euros, 20 euros diarios.

-De 50.000,01 euros a 100.000 euros, 30 euros diarios.

-De 100.000,01 euros a 250.000 euros, 50 euros diarios.

-De 250.000,01 euros en adelante, el 2 por 10.000 euros diarios.

Las penalidades por demora por incumplimiento de los plazos parciales serán condonadas cuando el contratista recupere el retraso producido y cumpla el plazo final de ejecución.

El órgano de contratación podrá aprobar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en las condiciones del contrato de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las necesidades del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.">>

SEGUNDA.- PROPUESTA DEL DEPARTAMENTO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTES Y COMUNICACIONES.

El Departamento de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones Hace la siguiente propuesta de inclusión de articulado:

"Artículo . Atribuciones en materia de contratación.

La contratación de servicios de transporte y el otorgamiento de subvenciones que tengan por objeto actividades de transporte, precisarán en todo caso un informe previo favorable emitido por la Dirección General

de Transportes del Departamento de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones.”

La propuesta no incide en el ámbito sustantivo de la contratación pública, suponiendo únicamente la atribución al Departamento de unas funciones que son propias de su área de actuación. Por ello, no procede informar sobre ella.

TERCERA.- PROPUESTA DEL DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA Y HACIENDA.

El Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda propone modificar el apartado 1 del artículo 142 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de forma que el plazo de las concesiones de obras sea ampliado de treinta a cuarenta años.

Según se indica, la propuesta tiene por objeto que las Administraciones Públicas de Navarra gocen de las mismas posibilidades que, en lo relativo al plazo de la concesión, disfrutan el resto de las Administraciones españolas, ya que el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en su artículo 263, apartado 1, señala que las concesiones de construcción y explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder de 40 años y esta previsión de la normativa básica estatal se mantiene en el artículo 244.1 de la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Boletín Oficial del Estado nº 261, de 31 de octubre de 2007), que entrará en vigor dentro de seis meses.

Ninguna tacha puede oponerse a la propuesta efectuada por el Departamento de Economía y Hacienda, por lo que se informa favorablemente la misma.

CUARTA.- PROPUESTA DEL SERVICIO NAVARRO DE SALUD Y AGENCIA NAVARRA PARA LA DEPENDENCIA.

El precepto que se propone autoriza a los citados organismos autónomos la adquisición de productos frescos mediante petición quincenal de oferta a proveedores, sin necesidad de recurrir a una adjudicación de carácter anual.

La propuesta parece, a primera vista, acertada, dada la necesidad de estos organismos de adquirir productos frescos en un mercado cambiante en lo relativo a los precios y a los productos. No obstante, la nueva Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos ha incorporado a nuestro ordenamiento lo que denomina “sistemas para la mejora de la gestión de la contratación”, entre los que se encuentran los denominados “acuerdos

marco”, sistemas que permitirían adecuar la adquisición de estos productos a las necesidades de los organismos y a las peculiaridades del mercado del que se abastecen.

Conforme define la LFCP, un acuerdo marco es un negocio jurídico celebrado entre una o varias Administraciones y una o varias empresas, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que regirán en determinados contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado. La mecánica de estos acuerdos permite negociar cada cierto período de tiempo los precios y cantidades de los productos a adquirir entre los proveedores seleccionados previamente, por lo que parece más acertado recurrir a estos acuerdos que autorizar cada año un procedimiento singular y en una norma distinta a la específica de contratación.

Por otro lado, aun desconociendo las cifras económicas que suponen las adquisiciones en cuestión, el precepto propuesto crea serias dudas en cuanto a su adecuación al Derecho comunitario que rige la contratación pública ya que la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, no incluye entre los procedimientos a utilizar por los poderes adjudicadores ninguno similar al que se propone y se ha venido estableciendo en anteriores Leyes Forales de Presupuestos, lo que supondría una infracción. Por el contrario, la Directiva sí que regula los acuerdos marco como instrumento adecuado para las citadas adquisiciones.

Es cuanto se informa sobre el asunto de referencia, informe que se somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Pamplona, 31 de octubre de 2007.