

RECOMENDACIÓN 4/2001, DE 4 DE OCTUBRE, SOBRE REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONTRATACIÓN DE CONSULTORÍAS Y ASISTENCIAS Y DE SERVICIOS.

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas por el artículo 2 de su Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional, aprobado por Decreto 4/1996, de 18 de enero, considera conveniente realizar una serie de aclaraciones y recomendaciones a los órganos de contratación de la Comunidad de Madrid en relación con el cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios para homogeneizar la aplicación de las modificaciones efectuadas a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, especialmente por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, en relación con estos contratos, y que se encuentran recogidas en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como recordar el cumplimiento de trámites que en ocasiones han sido objeto de anteriores informes o recomendaciones de esta Junta Consultiva y sobre los que se precisa observar la mayor rigurosidad en su cumplimiento, para obtener con ello la mayor transparencia y eficacia en la actuación de la Administración.

Por ello, la Comisión Permanente recuerda con carácter general a los órganos de contratación de la Comunidad de Madrid lo siguiente:

- No pueden ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

- Se ha suprimido la figura de los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, incluyendo entre los contratos de consultoría y asistencia los que tengan por objeto prestaciones en que predominen las de

carácter intelectual, en particular, la contratación de colaboración con profesionales en función de su titulación académica, así como los que tengan por objeto el desarrollo de actividades de formación de personal al servicio de las Administraciones Públicas que menciona expresamente el artículo 196.2.4 de la LCAP.

- Se encuentran exentos de la exigencia de clasificación los licitadores que concurren en contratos de consultoría y asistencia, permaneciendo este requisito en los de servicios cuyo presupuesto sea igual o superior a 20.000.000 de pesetas, con excepción de los contratos del artículo 206 de la LCAP, comprendidos en las categorías 6 (servicios de seguros y servicios bancarios y de inversiones) y 21 (servicios jurídicos) y de los comprendidos en la categoría 26, exclusivamente los que tengan por objeto la creación artística y literaria y los de espectáculos.

- En el caso de cesión de contrato en el que se hubiese exigido clasificación el cesionario deberá cumplir igualmente este requisito.

Además, esta Comisión Permanente ha entendido oportuno dirigir a los órganos de contratación de la Comunidad de Madrid las siguientes

RECOMENDACIONES

1.- Los órganos de contratación deben observar, además del cumplimiento de los requisitos de capacidad y compatibilidad generales establecidos en la LCAP para contratar con la Administración, los que se imponen específicamente en estos contratos como son los siguientes:

a) Las empresas adjudicatarias, además de reunir las condiciones generales exigidas por la Ley, deberán ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato,

requisito éste que deben acreditar. En el caso de personas jurídicas la acreditación de la relación entre el objeto social y el del contrato resultará de sus estatutos o normas fundacionales y en aquellos contratos cuyo objeto sea la emisión de informes, dictámenes, proyectos y otros de carácter eminentemente intelectual a realizar con persona física, tales requisitos se podrán acreditar mediante la posesión de la titulación académica correspondiente al objeto del contrato y su inscripción, si es preceptiva, en el colegio profesional correspondiente.

Asimismo el contratista debe disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato.

b) Los contratos de servicios tipificados en el artículo 196.3 de la LCAP no podrán celebrarse con empresas de trabajo temporal, con excepción del supuesto en que se trate de realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos y sólo cuando se precise la puesta a disposición de la Administración de personal con carácter eventual. Sin embargo, los distintos Organismos de la Comunidad de Madrid, en cumplimiento de la disposición adicional séptima de la Ley autonómica 17/2000, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2001, que dispone que "la Administración Autonómica y los Entes, Organismos Autónomos, Consorcios, Agencias y Empresas Públicas, en el ámbito de la Comunidad de Madrid no utilizarán empresas de trabajo temporal para resolver sus necesidades laborales", no podrán por tanto acudir a los servicios de puesta a disposición de personal de estas empresas, limitación que ya había sido incluida en la disposición adicional quinta de la Ley 13/1999, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2000 y que dio lugar al pronunciamiento de la Comisión Permanente de esta Junta Consultiva en el Informe 5/2000, de 25 de julio.

c) Los contratos de consultoría y asistencia que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de ejecución de la obra e instalaciones no podrán adjudicarse a favor de empresas que hayan resultado adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni a las vinculadas a las mismas, como medida para garantizar que existe la debida autonomía entre la empresa que ha de realizar las funciones y la que se somete a las referidas medidas de vigilancia, supervisión, control o dirección para conseguir la correcta ejecución del contrato. No obstante, podrá hacerse uso de la excepción prevista en el artículo 197.2 de la LCAP si en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluye justificadamente la aplicación de esta excepción.

Asimismo en estos contratos no se considera conveniente utilizar la figura del contrato menor, aun cuando por la cuantía pudiera acudir a ella, dado que por las limitaciones que impone la nueva regulación de los contratos menores, no es la más adecuada a la naturaleza del objeto de estos contratos.

2.- En la tramitación de los expedientes debe observarse el cumplimiento de las prescripciones siguientes:

a) Al expediente de contratación ha de incorporarse el informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se debe justificar debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliar los medios personales o materiales con que cuenta para cubrir las necesidades que son objeto del contrato. En este informe procede que, cuando la insuficiencia de medios personales se deba a limitaciones establecidas en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado (artículo 21 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, que recoge igualmente el artículo 22 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado

para el año 2001), con reflejo en las Leyes correspondientes de la Comunidad de Madrid (disposiciones adicionales cuarta y sexta de la Ley 17/2000, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el 2001), en cuanto disponen limitaciones para el ingreso de nuevo personal o para la contratación de personal temporal y al nombramiento de funcionarios interinos, se deje constancia de ello, de acuerdo con lo que se indicaba en la Recomendación 1/2000, de 8 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

Los órganos gestores deben considerar, en relación con la contratación de las prestaciones a que se refiere el artículo 196.2 b) de la LCAP en los contratos de consultoría y asistencia en colaboración con la Administración, que la realización de tales prestaciones corresponde al contratista, limitándose la Administración a colaborar y supervisar las mismas.

Se reitera la recomendación de esta Junta, formulada en su Acuerdo de 6 de mayo de 1997, a los órganos de contratación para que eviten que en la ejecución de trabajos o prestación de servicios que se realicen en los contratos de consultoría y asistencia y en los de servicios, se establezcan con el contratista adjudicatario relaciones jurídicas de carácter funcional o laboral.

En este sentido, los órganos gestores deberán adoptar las medidas precisas en la ejecución de estos contratos, especialmente respecto a las condiciones de tiempo, régimen horario y lugar de realización del trabajo o prestación del servicio, que impidan considerar la existencia de una relación de carácter estatutario o contractual, distinto al ordenamiento administrativo, que vincule a la Administración con el personal que realiza el trabajo o presta el servicio, para evitar que resulte vulnerada la normativa que regula el acceso al empleo público en la Comunidad de Madrid.

b) En el Pliego de cláusulas administrativas particulares debe establecerse el sistema de determinación del precio, entre las posibilidades que prevé el artículo 202 de la LCAP, sobre lo que procede precisar que para aplicar el tanto alzado deberá justificarse la imposibilidad o inconveniencia de su descomposición.

c) En los contratos que tengan por objeto la redacción de proyectos de obras o la dirección facultativa de las mismas, para la determinación del precio podrá aplicarse el baremo de honorarios orientativos de los colegios profesionales. Conviene recordar sobre estos contratos el criterio de esta Junta Consultiva, en su Recomendación 2/1997 de 6 de mayo, sobre la adecuación de los precios al mercado y la posible conveniencia de inclusión del precio entre los criterios objetivos para seleccionar las ofertas en el concurso.

Además, los Pliegos deberán especificar el sistema de abono y su periodicidad y en el supuesto de que su objeto consista en la dirección facultativa de la ejecución de obras, estos extremos guardarán coherencia con la ejecución de las mismas.

En aquellos contratos cuyo objeto consista en la elaboración íntegra de un proyecto de obra, se considera conveniente incluir en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, aun no siendo preceptivo, la cláusula que faculte a la Administración para el supuesto que se produzca una desviación en más del 20 %, tanto por exceso como por defecto, del coste real de la obra como consecuencia de errores u omisiones imputables al contratista consultor, un sistema de indemnización consistente en la reducción del precio del contrato de elaboración del proyecto en función del porcentaje de desviación, hasta un máximo equivalente a la mitad de aquél, según el baremo que a estos efectos establece el artículo 218.2 de la LCAP. Asimismo, deberá incluirse en el Pliego de cláusulas administrativas

particulares, para el supuesto en que se hayan producido daños y perjuicios tanto a la Administración como a terceros como consecuencia de defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios, en que el contratista haya incurrido y que le sean imputables, la previsión de indemnización exigible al mismo por los citados daños y perjuicios con los límites que establece el artículo 219 de la LCAP.

d) La duración de los contratos de consultoría y asistencia y de servicios con carácter general no podrá exceder de dos años.

La duración total, incluidas las prorrogas, no podrá exceder de cuatro años y éstas no podrán concertarse aislada o conjuntamente por un plazo superior al fijado originariamente.

e) Los órganos de contratación deberán tener en cuenta la existencia del régimen especial en la duración de los siguientes contratos:

- En los contratos para defensa jurídica y judicial de la Administración su duración será la precisa para la adecuada atención de las necesidades, conceptos en los que queda excluido el asesoramiento jurídico en la gestión ordinaria de la Administración.
- Los contratos de servicios para realización de encuestas, tomas de datos y análogos no podrán superar en ningún caso el plazo de seis meses sin que exista posibilidad de prórroga.
- Los contratos de consultoría y asistencia complementarios de los de obras o suministros podrán tener un plazo superior al previsto con carácter general, pero su duración no puede exceder de la establecida para el contrato principal con excepción de aquellos que tengan por

objeto la liquidación del contrato principal, supuesto en el que la Ley permite que su duración se extienda el tiempo necesario para su realización.

f) Los Pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán prever la modificación y prórroga del contrato por mutuo acuerdo de las partes antes de su finalización, al amparo del artículo 198 de la LCAP. En relación con la prórroga regulada en este artículo, de naturaleza diferente a la prevista en el artículo 96.2 de la citada Ley, deberá hacerse constar en el Pliego de cláusulas administrativas particulares su alcance temporal y la incidencia que ésta va a tener respecto del precio del contrato, para no incurrir en vulneración de los principios de publicidad y concurrencia. Además, el acuerdo entre las partes deberá realizarse de forma expresa y proceder a su formalización.

Se recuerda el criterio de la Comisión Permanente de esta Junta Consultiva formulado en la Recomendación 3/1998, de 15 de diciembre, en el sentido de considerar esta prórroga de los contratos de consultoría y asistencia y de los de servicios como una modificación del contrato convencional o por mutuo acuerdo de las partes.

g) Los órganos de contratación deben exigir la constitución de garantía provisional para acudir a los procedimientos abiertos o restringidos en los contratos de cuantía igual o superior a los umbrales de publicidad comunitaria fijada en el artículo 203.2 de la LCAP para cada categoría de contrato. Este requisito tiene carácter potestativo en los procedimientos negociados. No obstante, se considera conveniente, reiterando el criterio fijado por la Comisión Permanente de esta Junta Consultiva, adoptado en su Acuerdo de 6 de mayo de 1997, la inclusión en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares que hayan de regir los procedimientos negociados de la exigencia de prestar garantía provisional cualquiera que sea la cuantía del contrato.

En cuanto a las garantías definitivas cuya posibilidad de dispensa se encuentra regulada en el artículo 37 de la LCAP, es necesario recordar el criterio de esta Junta Consultiva, en su recomendación formulada igualmente en el Acuerdo antes citado, sobre que los órganos de contratación eviten hacer uso de dicha dispensa en los contratos de consultoría y asistencia y en los de servicios, así como que la garantía no se lleve a cabo mediante retención parcial del precio, especialmente en los contratos en los que se haya estipulado un pago único.

h) La utilización del procedimiento negociado sin publicidad, acogiéndose al supuesto previsto en el artículo 210 d) de la LCAP relativo a la realización de trabajos, estudios o servicios complementarios, deberá respetar el límite del 20% establecido en el apartado 2 de dicho precepto, relativo al precio acumulado de aquéllos, y cuya aplicación debe computarse sobre el precio del contrato primitivo, no sobre el precio vigente en el momento de aprobarse los complementarios.

i) A efectos de pagos deberá cuidarse que las entregas parciales de trabajos o servicios de resultado, tengan sustantividad propia que permita su recepción y entrega al uso o servicio público.

En la contratación de actividades docentes, para poder realizar el pago parcial anticipado permitido por el artículo 200 de la LCAP deberá haberse así determinado en el nombramiento o designación y constituido previamente la garantía por el contratista.

En los restantes contratos de consultoría y asistencia y de servicios, el pago anticipado únicamente procederá cuando así se encuentre previsto en el Pliego de cláusulas administrativas particulares y haya sido solicitado por el contratista, autorizado por el órgano de contratación y se encuentre asegurado mediante la prestación de la debida garantía.

j) En la recepción de los trabajos o servicios de resultado deberá exigirse que su contenido y calidad responda en su totalidad al objeto del contrato.