



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 18 de desembre de 2009

Informe 5/09, de 18 de desembre. Possibilitat que una o més entitats adjudicatores subscriuguin un acord marc

Antecedents

1. La secretària general de la Conselleria de Salut i Consum ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:
 1. Els acords marc són un dels sistemes de racionalització tècnica de la contractació prevists a la Llei de contractes del sector públic (LCSP). L'Ib-salut ja els utilitzava des de fa temps per aconseguir els contractes més avantatjosos per a tots els centres sanitaris. No obstant això, amb la nova LCSP, i la seva classificació dels ens del sector públic en relació amb l'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei, sorgeixen alguns dubtes.
 2. A l'àmbit de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i dins de la denominada "Xarxa sanitària pública de les Illes Balears" podem trobar, en relació a l'aplicació de la LCSP, els ens del sector públic següents:
 - a) Qualificats com a Administració pública: El Servei de Salut de les Illes Balears (IBSALUT) i la Fundació Pública Sanitària Hospital Comarcal d'Inca.
 - b) Qualificats com a poders adjudicadors: Gestió Sanitària de Mallorca (GESMA), Fundació Hospital Son Llàtzer, Fundació Hospital Manacor, Fundació Banc de Sang i Teixits de les Illes Balears, Fundació Mateu Orfila d'investigació en Salut de les Illes Balears i Fundació Caubet-Cimera Illes Balears.
 3. D'acord amb l'article 1.5 de la Directiva 2004/18, "Un «acuerdo marco» es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicatadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”.
 4. L'article 32 de la Directiva estableix el règim dels acords marc i dels contractes que s'adjudiquin com a conseqüència d'un acord marc. Estableix que "Los contratos basados en un acuerdo marco se adjudicarán según los procedimientos previstos en los apartados 3 y 4. Estos procedimientos sólo serán aplicables entre poderes adjudicatadores y operadores económicos que sean originariamente partes en el acuerdo



marco”.

5. D'altra banda, la LCSP no defineix els acords marc, però estableix a l'article 180.1 el següent: “Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”.
6. Així mateix, a l'article 182.1, d'acord amb la directiva, estableix que “Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos, en particular en el caso previsto en el apartado 3 de este artículo, las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco”.

Atès que han sorgit dubtes sobre la possibilitat de subscripció d'acords marc per diferents poders adjudicadors amb distinta qualificació subjectiva respecte a l'àmbit d'aplicació de la LCSP, i d'acord amb l'article 15 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord de Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, les següents qüestions:

- a) Quin seria el procediment adequat per subscriure acords marc, subjectes o no a regulació harmonitzada, per diferents poders adjudicadors qualificats amb distints nivells d'aplicació de la LCSP?
- b) Els contractes posteriors basats en l'acord marc els haurien de signar tots els subscriptors de l'acord marc?

Atesos els dubtes que han sorgit per part de l'Ib-salut, s'adjunta l'informe jurídic del Servei de Salut de les Illes Balears al respecte, en compliment del previst a l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

2. La secretària general de la Conselleria de Salut i Consum està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic emès pel cap del Departament Jurídic i Administratiu del Servei de Salut de les Illes Balears, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es tenen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.



Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja alguns dubtes derivats de la possibilitat que els poders adjudicadors que pertanyen a categories distintes d'entitats del sector públic d'acord amb l'article 3 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP) i que, per tant, tenen un nivell de subjecció a aquesta diferent, puguin subscriure conjuntament un acord marc. En concret, es planteja quin seria el procediment adequat per subscriure l'acord marc i qui hauria de signar els contractes posteriors basats en aquest.

Amb caràcter previ és imprescindible analitzar si realment un o més poders adjudicadors poden subscriure un acord marc.

2. La figura de l'acord marc apareix en el dret comunitari en la Directiva 93/38/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes en els sectors de l'aigua, de l'energia, dels transports i de les telecomunicacions. L'article 1.5 el definia de la manera següent:

Acuerdo marco: un acuerdo celebrado entre una de las entidades contratantes definidas en el artículo 2 y uno o varios suministradores, contratistas o prestadores de servicios, que tenga por objeto fijar los términos de los contratos que se hayan de adjudicar en el transcurso de un período determinado, particularmente en lo que se refiere a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.

L'article 5 de la Directiva el regulava de manera succinta i prohibia a les entitats contractants recórrer als acords marc d'una manera abusiva que tengués com a conseqüència impedir, restringir o falsejar la competència.

Aquesta Directiva, com també la 92/13/CEE, es va incorporar a l'ordenament jurídic espanyol mitjançant la Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions. L'article 6 d'aquesta Llei definia els acord marc en els termes següents:

Els contractes que s'adjudiquin per algun dels procediments previstos en aquesta Llei poden adoptar la forma d'acords marc, subscrits entre alguna de les entitats contractants esmentades en l'article 2 i un o diversos



empresaris, que tinguin per objecte fixar els termes dels contractes que s'hagin d'adjudicar en el transcurs d'un període de temps, particularment referent als preus i, si s'escau, a les quantitats previstes. Les entitats contractants no poden recórrer als acords marc de manera abusiva, que tinguin com a conseqüència impedir, restringir o falsejar la competència.

En l'àmbit dels sectors especials aquesta figura s'ha mantingut en la Directiva 2004/17/CE i en la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, amb la indicació expressa que un o més poders adjudicadors poden subscriure un acord marc.

Així, tant l'article 1.4 de la Directiva com l'article 2.4 de la Llei 31/2007 defineixen l'acord marc com un acord subscrit entre una o diverses entitats contractants i un o diversos operadors econòmics.

Pel que fa a l'àmbit general dels contractes d'obres, de subministraments i de serveis, cal assenyalar que les directives en matèria de contractació pública 93/37/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres; 93/36/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes públics de subministraments, i 92/50, de 18 de juny de 1992, sobre coordinació dels procediments dels contractes públics de serveis, totes modificades per la directiva 97/52/CE, no contenen referències a la figura de l'acord marc. No obstant això, la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques i, posteriorment, el Text refós aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, esmentaven els acords marc en relació amb determinats contractes.

L'extensió d'aquesta figura més enllà de l'àmbit dels sectors especials s'ha produït amb la Directiva 2004/18/CE del Parlament europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis.

La consideració 11 de la Directiva estableix el següent:

Procede establecer una definición comunitaria de los acuerdos marco así como normas específicas aplicables a los acuerdos marco adjudicados en relación con los contratos sometidos a la presente Directiva. Con arreglo a dichas normas, cuando un poder adjudicador celebre, de conformidad



con las disposiciones de la presente Directiva, un acuerdo marco relativo, en particular, a la publicidad, los plazos y las condiciones para la presentación de ofertas, podrá suscribir contratos basados en dicho acuerdo marco durante la vigencia del mismo bien aplicando las condiciones establecidas en el acuerdo marco, bien, si no se han fijado todas las condiciones por anticipado en dicho acuerdo marco, volviendo a convocar una licitación entre las partes en el acuerdo marco sobre las condiciones no fijadas. La nueva licitación debe cumplir determinadas normas destinadas a garantizar la necesaria flexibilidad y el respeto de los principios generales, incluido el principio de igualdad de trato. Por estos mismos motivos, debe limitarse la duración máxima de los acuerdos marco que no podrá ser superior a cuatro años, salvo en casos debidamente justificados por los poderes adjudicadores.

L'article 1.5 de la Directiva defineix els acords marc en els termes següents:

Un «acuerdo marco» es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.

L'article 32 estableix el règim dels acords marc i dels contractes que s'adjudiquin com a conseqüència d'un acord marc, com també el mandat que els poders adjudicadors no poden recórrer als acords marc de manera abusiva o de manera que la competència es vegi obstaculitzada, restringida o falsejada.

El legislador comunitari deixa a l'elecció dels estats membres la incorporació d'aquesta figura als ordenaments nacionals. Així, la consideració 16 de la Directiva manifesta que:

Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compra, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva.

Com a conseqüència d'això, l'apartat 1 de l'article 32 de la Directiva estableix que els estats membres poden preveure la possibilitat que els poders adjudicadors subscriguin acords marc, però no es fixa com una obligació. Per tant, es tracta d'una disposició facultativa de la Directiva, d'una opció que té el legislador nacional.



3. La Llei de contractes del sector públic, per la qual es transposa a l'ordenament jurídic intern la Directiva 2004/18/CE, assenyala en l'exposició de motius, com una de les principals novetats, la nova regulació de diverses tècniques per racionalitzar les adquisicions de béns i serveis, com ara els acords marc, els sistemes dinàmics d'adquisició i les centrals de compres.

El títol II, "Racionalització tècnica de la contractació", del llibre III, "Selecció del contractista i adjudicació dels contractes", de la LCSP conté la regulació dels sistemes de racionalització tècnica de la contractació, un dels quals és l'acord marc. S'hi contenen normes generals sobre la utilització d'aquests sistemes tant per a les entitats que tenen la consideració d'Administració pública com per a la resta d'entitats del sector públic (articles 178 i 179), i la regulació dels acords marc (articles 180 a 182), dels sistemes dinàmics d'adquisició (articles 183 a 186) i de les centrals de contractació (articles 187 a 191).

Pel que fa als acords marc, l'article 180 de la Llei, de caràcter bàsic, disposa que:

1. Els òrgans de contractació del sector públic poden concloure acords marc amb un o diversos empresaris amb la finalitat de fixar les condicions a què s'han d'ajustar els contractes que pretenguin adjudicar durant un període determinat, sempre que el recurs a aquests instruments no s'efectuï de manera abusiva o de manera que la competència quedi obstaculitzada, restringida o falsejada.
2. Quan l'acord marc es conclogui amb diversos empresaris, el seu nombre ha de ser, almenys, de tres, sempre que hi hagi un nombre suficient d'interessats que s'ajustin als criteris de selecció o d'ofertes admissibles que responguin als criteris d'adjudicació.
3. La durada d'un acord marc no pot excedir els quatre anys, tret de casos excepcionals, degudament justificats.

A diferència de l'article 1.5 de la Directiva 2004/18/CE, que manifesta expressament que l'acord marc és un acord entre un o diversos poders adjudicadors, i un o diversos operadors econòmics (com també de la Directiva 2004/17/CE i de la Llei 31/2007), la LCSP no conté cap definició de l'acord marc, però sí que autoritza els òrgans de contractació perquè utilitzin aquesta figura en l'article 180, que estableix que els acords marc es poden subscriure entre "els òrgans de contractació del sector públic" i "un o diversos empresaris".

En relació amb l'àmbit subjectiu dels acords marc, s'ha de destacar que no hi ha limitació quant a l'organisme públic, en qualsevol de les seves personificacions o



formes jurídiques, que pot utilitzar aquesta figura contractual. En conseqüència, qualsevol ens del sector públic pot subscriure o adjudicar un acord marc.

El dubte que planteja la redacció de l'article 180.1 de la LCSP és si l'expressió "els òrgans de contractació del sector públic" permet interpretar que es refereix a "un o diversos òrgans de contractació" o bé si s'ha d'entendre que és una expressió general i que només hi pot haver una entitat adjudicadora.

La consulta que es formula a aquesta Junta Consultiva dóna per fet que és possible que diversos poders adjudicadors subscriguin un acord marc i que, a més, poden tenir una qualificació diferent respecte a l'àmbit d'aplicació subjectiva de la LCSP. Tal com es desprèn de l'informe jurídic que s'adjunta a la consulta, aquesta suposició es fonamenta en els arguments següents:

- El fet que les normes que regulen l'acord marc s'han d'interpretar de conformitat amb el dret comunitari de contractació pública, del qual són transposició, i que la Directiva 2004/18/CE preveu expressament la possibilitat que diversos poders adjudicadors subscriguin un acord marc.
- El fet que la Llei 31/2007, aprovada simultàniament a la LCSP, sí que ho permet.
- La utilització de la forma plural en referir-se als "òrgans de contractació" en l'article 180 de la LCSP, considerant aquest fet una admissió implícita d'aquesta possibilitat.
- Diverses referències als acords marc en la regulació de les centrals de contractació, com són l'article 187.2 i l'article 190.4 *in fine*.

Per resoldre aquesta qüestió cal recordar algunes nocions sobre l'ordenament jurídic comunitari europeu i el procés de transposició de les directives comunitàries.

4. L'ordenament jurídic comunitari es caracteritza per la seva primacia respecte a l'ordenament jurídic dels estats membres i per la possibilitat d'aplicació directa.

Els tractats i els reglaments comunitaris tenen un contingut obligatori que no necessita transposició al dret nacional; en canvi, les directives comunitàries, que tenen com a objectiu l'aproximació de les legislacions dels estats membres, obliguen aquests quant al resultat que s'ha d'aconseguir per mitjà de la transposició, de manera que la seva eficàcia queda condicionada a la transposició, sense perjudici que puguin tenir algun efecte malgrat que aquesta



no s'hagi produït.

Així, les directives comunitàries constitueixen disposicions de coordinació que els estats membres han d'incorporar a les seves legislacions. Aquestes disposicions poden ser facultatives o preceptives, segons si imposen als estats membres una obligació de conformitat amb les disposicions de la directiva o si enuncien objectius generals que deixen un ampli marge de maniobra a l'estat membre per escollir els instruments nacionals de transposició, per redactar les normes internes sempre que el contingut de la norma permeti assolir els objectius de la Directiva.

Com hem vist, la Directiva 2004/18/CE, tant en la consideració 16 com en l'article 32.1, permet als estats membres decidir si incorporen la possibilitat de subscriure acords marc als ordenaments nacionals. Per tant, es tracta d'una facultat dels estats membres.

Atesa la manca de definició i la manca d'indicació expressa que un o més poders adjudicadors poden subscriure un acord marc, tal com sí que fa la Directiva, cal considerar que la transposició que ha fet el legislador espanyol de la figura de l'acord marc en la LCSP duu implícita una elecció quant a l'àmbit subjectiu dels acords marc. Així, la LCSP, a diferència de la Llei 31/2007, disposa que es poden subscriure acords marc entre "els òrgans de contractació del sector públic" i "un o diversos empresaris", però no especifica que es pugui fer per "un o diversos òrgans de contractació".

Per tant, la LCSP utilitza una expressió genèrica, "els òrgans de contractació", per fer referència a una de les parts de l'acord marc, la part corresponent a l'ens del sector públic contractant, i fa servir, de forma indistinta, la forma plural i la forma singular en l'article 182. Així, els apartats 1 i 3 d'aquest article fan servir la forma plural, si bé l'apartat 4 fa servir la forma singular.

Sembla evident que si el legislador espanyol hagués volgut que una pluralitat d'òrgans de contractació pogués subscriure un acord marc, hauria fet una transposició de la Directiva amb una redacció similar o idèntica a la que conté la Llei 31/2007, que fou tramitada i aprovada simultàniament a la LCSP, de manera que només es pot concloure que es tracta d'una elecció que ha fet el legislador, permesa per la Directiva.

No obstant això, si bé el legislador nacional no ha incorporat al dret espanyol la



possibilitat que hi hagi una pluralitat d'òrgans de contractació, cal interpretar que sí que seria possible que les comunitats autònomes, en virtut de la seva competència de transposició de directives comunitàries, reconeguda pel Tribunal Constitucional, incorporassin aquesta opció al dret autonòmic, sempre que es respectàs la normativa bàsica estatal i les disposicions de la Directiva.

La consulta que es formula a aquesta Junta Consultiva i l'informe adjunt posen de manifest la problemàtica que hi hauria en el cas que fos possible una pluralitat d'òrgans de contractació amb una diferent qualificació subjectiva a efectes de la LCSP i, per tant, un nivell distint de subjecció a aquesta, especialment pel que fa al procediment per subscriure l'acord marc i els contractes que se'n deriven, unes qüestions que haurien d'estar regulades amb detall amb caràcter previ a qualsevol procediment d'aquest tipus.

Atès que actualment, en l'àmbit general de la contractació, no és possible la subscripció d'un acord marc per part d'un o diversos poders adjudicadors, no es pot donar resposta als dubtes plantejats en la consulta de la secretària general de la Conselleria de Salut, que manquen ja de la premissa que feia convenient obtenir un pronunciament d'aquesta Junta.

5. Pel seu interès, és necessari fer una referència a les centrals de contractació. En l'àmbit comunitari, la Directiva 2004/18/CE regula per primera vegada les adquisicions centralitzades, si bé era un sistema que ja s'utilitzava en alguns estats membres, com és el cas d'Espanya. Així ho posa de manifest la consideració 15 de la Directiva, que assenyala que:

Se han desarrollado en algunos Estados miembros determinadas técnicas de centralización de adquisiciones. Varios poderes adjudicadores se encargan de efectuar adquisiciones o adjudicar contratos públicos/acuerdos marco destinados a otros poderes adjudicadores. Estas técnicas contribuyen, debido a la importancia de las cantidades adquiridas, a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de pedidos. Por consiguiente, conviene establecer una definición comunitaria de las centrales de compras al servicio de los poderes adjudicadores. Deben igualmente definirse las condiciones en las que, dentro del respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, puede considerarse que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras han respetado la presente Directiva.

L'article 1.10 de la Directiva defineix les centrals de compres com un poder



adjudicador que adquireix subministraments i/o serveis destinats a poders adjudicadors, o que adjudica contractes públics o subscriu acords marc d'obres, de subministrament o de serveis destinats a poders adjudicadors. L'article 11 estableix el seu règim.

La LCSP regula aquest sistema de racionalització tècnica de la contractació en els articles 187 a 191.

D'acord amb l'article 187, i seguint la definició de la Directiva, les centrals de contractació poden adquirir subministraments i serveis per a altres òrgans de contractació, o adjudicar contractes o formalitzar acords marc per dur a terme obres, subministraments o serveis destinats a aquests. Aquestes centrals s'han de subjectar a la LCSP i a les seves normes de desplegament en els procediments per a l'adjudicació dels contractes i per a la subscripció d'acords marc.

L'objectiu de les centrals de contractació és aconseguir més eficàcia de l'activitat contractual dels ens públics, tant des del punt de vista de gestió, ja que concentra la tramitació dels procediments en òrgans especialitzats, evitant que hi hagi una multiplicitat d'òrgans de contractació dedicats a l'adquisició de productes similars i afavorint la simplificació administrativa, com des del punt de vista econòmic, ja que s'aprofita la reducció de costos que es pot obtenir mitjançant adquisicions a gran escala, la qual cosa permet més eficiència dels recursos públics.

A judici d'aquesta Junta, aquesta figura sembla adequada perquè la xarxa sanitària pública de les Illes Balears pugui dur a terme les seves finalitats amb més eficàcia.

Conclusió

La Llei de contractes del sector públic no ha incorporat al dret espanyol la possibilitat que hi hagi una pluralitat d'òrgans de contractació en la subscripció d'un acord marc. No obstant això, aquest fet no suposa un obstacle perquè una comunitat autònoma incorpori aquesta opció al dret autonòmic, sempre que es respecti la normativa bàsica estatal i les disposicions de la Directiva, tot això sense perjudici de la possibilitat de crear una central de contractació.