

**Informe nº 362/2018**

Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de obras de ampliación y reforma de Cabueñes Hospital Universitario (CAHU), fase I, proyecto cofinanciado por la Unión Europea a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional a adjudicar mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria.

Consejería de Sanidad (expediente de origen OB-1/19).

**ANTECEDENTES**

La Secretaria General Técnica de la Consejería de referencia remite, para informe, el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de obras de ampliación y reforma de Cabueñes Hospital Universitario (CAHU)<sup>1</sup>, fase I, proyecto cofinanciado por la Unión Europea a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional a adjudicar mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria, expediente de origen OB-1/19.

En respuesta a dicha solicitud de informe, de conformidad con lo establecido por los artículos 6.1 d) y 8 del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, dentro del plazo estipulado en el artículo 9.1 del mentado Decreto, y demás disposiciones concordantes, el Letrado que suscribe emite su parecer al respecto con arreglo a las siguientes:

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

Vistos el mentado pliego de cláusulas, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), en relación con el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP (30/2007) y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), entre otras normas, procede **INFORMAR FAVORABLEMENTE** el

<sup>1</sup> En la cláusula 2.1 (objeto del contrato) se menciona erróneamente el *Centro de Salud de Las Vegas-Los Campos (Corvera de Asturias)*.

mismo, siempre y cuando sean atendidas por el órgano de contratación, previamente a su aprobación, las siguientes **OBSERVACIONES**:

**Primera. Objeto del contrato constitutivo de un único lote (cláusula 2.1).**

Como es sabido, la vigente Ley de contratos ha venido a invertir la regla general que se utilizaba hasta ahora en materia de división en lotes del objeto del contrato, siendo incluso más exigente en este aspecto que la Directiva de la que trae causa. Y así, desde su entrada en vigor, debe justificarse en el expediente la no división del contrato en lotes, pues tal división habrá de ser a partir de ahora la forma ordinaria de proceder. Esta regla persigue facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas, como resulta de la exposición de motivos de la propia Ley, mediante la división en lotes del objeto del contrato siempre que su naturaleza lo permita.

No obstante lo anterior, el artículo 99.3 de la Ley permite al órgano de contratación excepcionar la regla general de dividir en lotes el objeto del contrato *“cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente”*. Al tiempo, considera motivos válidos a estos efectos -entre otros- *“el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos [continúa el precepto] deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”* (letra “b” del artículo citado).

Pues bien, vista la redacción de la cláusula 3.3 a la luz del precepto antedicho, procede hacer las siguientes consideraciones:

- a) Dado que el artículo 99.3 de la Ley constituye la excepción a la regla general, su aplicación deberá ser *prima facie* objeto de interpretación estricta, lo que favorecerá -en caso de duda- la aplicación de la regla general preferentemente a la invocación de la excepción.



- b) Como reza el precepto, los extremos en los que se haya de basar la existencia de un único lote deben ser justificados “*debidamente*” en el expediente. El énfasis así puesto por el legislador al referirse a la [debida] justificación hace pensar que ésta, para bien ser, no podrá traducirse en un mero trámite ni consistir únicamente en la práctica repetición en el expediente de lo que la Ley considera motivos válidos para acogerse a la excepción. La exigencia de que estas circunstancias se *justifiquen debidamente* en el expediente obliga a pensar que el legislador ha querido que en el mismo consten, con la adecuada pormenorización, las *razones técnicas* que dificultarían la correcta ejecución del contrato, de dividirse éste en lotes, cuya concurrencia en el caso concreto deberá ser fundada y demostrable (justificada), con estimación -siquiera prudencial- de las consecuencias de todo orden que podrían suscitarse de producirse la división; así como -en su caso- la *imposibilidad* (rectamente entendida en el sentido de imposibilidad material y no de mera dificultad o incomodidad) de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones que integren el objeto del contrato si hubiese una pluralidad de contratistas. (Véase, sobre la obligación de justificar, Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 755/2018 de 16 de agosto, recurso 692/2018).
- c) Como se ha dicho, el legal acomodo de la debida justificación ha de ser el expediente, no el pliego. De este modo, se considera formalmente correcta y suficiente la información contenida en la redacción de la cláusula 2.1 del pliego objeto de examen, bien entendido que, en los términos en que se expresa, se trata de una información a los posibles interesados que por sí sola no colma necesariamente la exigencia legal, pues ésta debe cumplimentarse en el expediente de contratación con el detalle antedicho.

Segunda. Acreditación de la solvencia económica y financiera (cláusula 10.2.1). Como ya se ha puesto de manifiesto en otros informes del Servicio Jurídico, debería exigirse que el volumen de negocios expresado en las cuentas anuales del empresario se acredite mediante la presentación de certificación o cuando menos de

nota simple expedida por el Registro Mercantil (artículos 16.2, 20.1 y 23.1 del Código de Comercio), eliminando del pliego la genérica referencia a “*información análoga expedida por el Registro*”, pues tal inconcreción introduce un indeseable factor de inseguridad jurídica. Téngase en cuenta, además, que sólo la certificación inviste a la aludida *información* sobre las cuentas anuales de valor probatorio frente a terceros, como se desprende de los preceptos legales citados.

Tercera. Garantía definitiva (cláusula 11.2). La garantía definitiva será exigible no a quien presente la oferta más económica (entendiendo por tal la de menor precio) sino a quien presente la mejor oferta (artículo 107 de la Ley de Contratos) teniendo en cuenta que el presente se adjudicará aplicando varios criterios.

Cuarta. Clasificación de las ofertas y criterios de adjudicación del contrato (cláusulas 11, 13, 14 y anexo III). El artículo 146.3 de la Ley permite establecer un umbral mínimo de cincuenta por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios subjetivos para continuar en el proceso selectivo. El pliego examinado propone un umbral mínimo del sesenta por ciento que, por consiguiente, supera al legalmente previsto como mínimo lo que, no pudiendo decirse que contravenga el precepto citado, parece que exigirá una especial justificación en el expediente en punto a demostrar el interés público en la fijación de dicho umbral y que con ello no se esté incurriendo en la restricción indebida de la competencia que podría darse si se utilizan umbrales excesivamente altos. Ello de conformidad con lo previsto en los artículos 116.4, letra “c”, de la Ley de Contratos y 35.1, letra “i”, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por otra parte, es de recordar que el artículo 145.5, letra “b”, de la Ley de Contratos sujeta al principio de proporcionalidad la formulación de los criterios de adjudicación del contrato, proporcionalidad que deberá justificarse adecuadamente en el expediente -al igual que en el caso anterior- en la medida en que se atribuye a los criterios subjetivos una ponderación del 66,04 % (175 puntos de un total de 265).

Además, se constata que el precio es ponderado con un máximo de 70 puntos sobre un total de 265, lo que hace un 26,42 %. Así pues, la justificación de los



criterios deberá extenderse a garantizar que, en la práctica, el elemento *precio* no resulte irrelevante para la adjudicación del contrato, efecto que sería contrario al artículo 145 de la Ley de Contratos.

Por último, debe incorporarse al pliego la expresión matemática de la fórmula definida para la valoración de las proposiciones económicas (apartado 2.1 del anexo III).

Quinta. Ofertas desproporcionadas o anormales (cláusula 15.3). Téngase en cuenta que, con arreglo a la instrucción 3 de las aprobadas por el Consejo de Gobierno en su reunión de 3 de mayo de 2018, cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación, hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores la presentación de aquellos documentos que justifiquen el cumplimiento, como mínimo, de las condiciones impuestas en el convenio colectivo sectorial vigente que resulte de aplicación. Dado que las citadas instrucciones no son disposiciones de carácter general, su contenido no resultará claramente exigible a licitadores y/o contratistas si no se trasladan al clausulado de cada contrato.

Sexta. Acreditación del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato (cláusula 19.6). Deberá asimismo definirse en el pliego la forma de acreditar el cumplimiento las condiciones especiales de ejecución una de las cuales se ha de configurar -además- como obligación contractual esencial. Admitida “la importancia de establecer medidas de control del cumplimiento de las condiciones esenciales” (informe 14/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón), tanto más al haberse trocado el establecimiento de condiciones especiales de una mera posibilidad, con arreglo a la anterior legislación, a una efectiva obligación del órgano de contratación en la actualidad (artículo 202.1, segundo párrafo, de la Ley de Contratos), razones elementales de seguridad jurídica obligan a que se especifique en el pliego la forma en que se acreditará el cumplimiento de dichas condiciones de ejecución por parte del contratista adjudicatario (artículo 1256 del Código Civil) del modo que el órgano de contratación considere adecuado.

**Séptima. Obligaciones de transparencia (cláusula 19.10).** Téngase en cuenta, a este respecto, la vigencia de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, buen gobierno y conflictos de interés.

**Octava. Modificaciones del contrato previstas en el pliego (cláusula 21.1 y apartado D4 del cuadro resumen del pliego).** La redacción de la cláusula de modificación, en concreto el apartado D4 del cuadro resumen, no se ajusta a lo ordenado por el artículo 204 de la Ley, por lo que debería suprimirse.

El precepto legal citado establece que toda cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca, detallando suficientemente su alcance, límites y naturaleza y las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva.

Sin embargo, el apartado D4 permite la modificación del contrato cuando aquélla resulte necesaria, a criterio de la Consejería de Sanidad, atendiendo a "*circunstancias ocultas del terreno que no hayan podido ser tenidas en cuenta al tiempo de la redacción del proyecto*". Nada se concreta, sin embargo, acerca del alcance, límites y naturaleza de dichas causas (v. gr. de carácter geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares). Tampoco se exige -como acaso debiera- que dichas circunstancias, de aparecer, hagan inviable el proyecto para ser ejecutado en sus términos. Por el contrario, la modificación por esta causa se deriva en el pliego a la discrecional apreciación del órgano de contratación, lo que viene a conferirle en la práctica una libertad de decisión ilimitada en punto a la modificación del contrato. En fin, más bien parece que esta causa de modificación pudiera encontrar mejor acomodo entre las no previstas en el pliego a que se refiere el artículo 205 de la Ley (circunstancias imprevisibles que una Administración diligente no hubiera podido prever).

Tampoco la segunda causa de modificación prevista, en su redacción actual, merece el parecer favorable de quien informa. Se pretende aquí "*incluir unidades de obra que no hayan podido considerarse en el proyecto y que durante la ejecución de las obras sean posibles por proyectos de innovación en la eficiencia energética, en los sistemas de las tecnologías de la información o de gestión de las propias*



*instalaciones, sean innovadores y redunden en una mejora de las prestaciones y de la gestión de la construcción con los consiguientes ahorros económicos e incremento de la sostenibilidad".* El carácter omnicompreensivo de la redacción examinada parece referirse a la modificación del proyecto cuando aparezcan novedades del tipo de las enumeradas que no hubieran podido preverse en el proyecto pero que resulten viables o disponibles con posterioridad, siempre y cuando produzcan el efecto beneficioso que se predica. Sin embargo, no se ha objetivado la no inclusión de dichas unidades de obra en el proyecto inicial que legitimaría la modificación (v. gr. cuando su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se hubiese producido con posterioridad), qué se haya de entender, a los efectos de modificación del contrato, por *proyectos de innovación* o el ahorro mínimo que deban proporcionar para justificar la modificación del contrato, entre otros.

Téngase en cuenta que la contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de inalterabilidad o invariabilidad de lo pactado por las partes -*ne varietur*- criterio rector claramente reconocido por la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que "*existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva*" (por todas, Sentencia de 3 de mayo de 2001, RJ 2001/3433). Ello resulta enteramente coherente con el principio general contenido a su vez en el artículo 1256 del Código Civil, en cuya virtud el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. No es casualidad, por tanto, que el legislador haya introducido en adverbio "*sólo*" en la dicción del artículo 203.2 LCSP poniendo de manifiesto con ello que cualquier modificación contractual habrá de ser objeto de interpretación restrictiva.

Lo que se informa a los efectos oportunos, sin perjuicio de criterio mejor fundado en Derecho. No obstante, el órgano de contratación resolverá lo que estime más acertado.

Oviedo, 14 de enero de 2019.

El Letrado,

Fdo.: Pedro Isidro Rodríguez.