

Informe nº 9/2019

Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de servicio de limpieza de las dependencias del Real Instituto de Estudios Asturianos, mediante procedimiento abierto simplificado con un único criterio de adjudicación (precio) y tramitación ordinaria.

Real Instituto de Estudios Asturianos (expediente de origen SER-1/2019).

ANTECEDENTES

El Director del Real Instituto de Estudios Asturianos remite, para informe, el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de servicio de limpieza de las dependencias del Real Instituto de Estudios Asturianos, mediante procedimiento abierto simplificado con un único criterio de adjudicación (precio) y tramitación ordinaria, expediente de origen SER-1/2019. En respuesta a dicha solicitud de informe, de conformidad con lo establecido por los artículos 1.2, 6.2 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, el Letrado que suscribe no puede sino **INFORMAR DESFAVORABLEMENTE** el mismo por los siguientes motivos:

Único. Criterios de adjudicación (apartado "N" del cuadro resumen y cláusula 13.4). El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha considerado

“que los contratos de servicios de limpieza de edificios son contratos de intensiva mano de obra dado que su ejecución precisa de un gran número de trabajadores en comparación con las necesidades de capital que son precisas”, razón por la cual “no cabe que el precio sea el único criterio de adjudicación por mor del artículo 145.3.g) de la LCSP”. Así resulta, entre otras, de sus Resoluciones nº 702/2018, de 20 de julio de 2018, y nº 745/2018, de 31 de julio de 2018.

Consecuentemente con lo anterior, debe entenderse que el pliego examinado, en la medida en que propone el precio más bajo como único criterio de adjudicación, resulta contrario al precepto legal citado.

Sin perjuicio de lo anterior, el órgano consultante deberá revisar los extremos que se detallan en las siguientes **OBSERVACIONES**:

Primera. *Parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja (apartado “Ñ” del cuadro resumen y cláusula 16).* La prohibición legal de servirse del precio como único criterio para la adjudicación del contrato determina, a su vez, la imposibilidad de acudir a las reglas del artículo 85 del RGLCAP para considerar una oferta como anormalmente baja, toda vez que dicho artículo se basa exclusivamente en el precio y la vigente Ley de contratos obliga -cuando se deba utilizar más de un criterio de adjudicación del contrato- a que la apreciación del carácter anormal o desproporcionado de la oferta se refiera a ésta considerada en su conjunto (artículo 149.2, letra “b”) y no meramente teniendo en cuenta uno de sus aspectos, cual es el precio.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse 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 previamente al clausulado de cada contrato.

Segunda. Condiciones especiales de ejecución del contrato (apartado “R” del cuadro-resumen y cláusula 25.3). La cláusula debe adaptarse totalmente a lo ordenado por la instrucción 4 de las aprobadas por el Consejo de Gobierno en su reunión de 3 de mayo de 2018, de modo que el cumplimiento como mínimo de las condiciones recogidas en los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables, sin perjuicio de la inclusión de cualquier otra condición de las determinadas en el artículo 202 de la LCSP, se configure **“como obligación contractual esencial a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 de la LCSP”**.

Por otra parte, parece necesario que en la cláusula indicada se haga mención expresa también de la instrucción 2 del meritado Acuerdo de Consejo de Gobierno, de cuya lectura se desprende sin duda que las llamadas *instrucciones* no constituyen una recomendación, sino que su observancia en los pliegos resulta obligatoria (artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público): **“2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán incluir, en todo caso, la obligación del adjudicatario de cumplir, al menos, las condiciones salariales respecto de los medios personales adscritos a la ejecución del contrato conforme el convenio colectivo sectorial de aplicación.”**

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.

Tercera. Procedimiento de adjudicación del contrato (cláusula 1.2). El pliego debe concretar si el procedimiento de adjudicación del contrato será el previsto en el apartado 4 o el previsto en el apartado 6 del artículo 159 de la Ley de contratos.

Cuarta. Deber de confidencialidad (cláusula 25.7). Debe definirse y limitarse en el tiempo la extensión del deber de confidencialidad que vincula al contratista (artículo 133.2 de la Ley de contratos).

Quinta. Causas de resolución del contrato (cláusula 30.1). El artículo 223, letra "h", del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establecía la posibilidad de establecer en el pliego (o en el contrato) causas de resolución adicionales a las previstas en la Ley bien con carácter general, bien en función del tipo de contrato de que se tratase. Dejaba con ello una amplia libertad al órgano de contratación a la hora de tipificar causas adicionales de extinción anticipada de la relación contractual. Esta previsión, sin embargo, no ha sido recogida en sus términos en el artículo 211 de la vigente Ley de Contratos, que supedita el establecimiento de causas adicionales de resolución a que éstas sean calificadas en los pliegos como obligaciones esenciales del contratista y concurren, además, los requisitos previstos en el propio precepto. En el mismo sentido, artículo 76.2 a propósito de las condiciones de solvencia y 122.3 acerca de los pliegos.

En este contexto, el establecimiento de causas adicionales de resolución del contrato que hace la cláusula estudiada carece de amparo legal, al no venir revestidas, o no expresamente, de la cualidad de obligación esencial. Por tanto, si el órgano de contratación desea mantenerlas, deberá configurarlas indubitablemente con el carácter de obligación contractual esencial.

Consideración final. Prestaciones a realizar por el personal de la empresa que resulte adjudicataria. En otro orden de cosas, procede recordar que en los pliegos de prescripciones técnicas deben determinarse con total precisión las prestaciones a realizar por el personal de la empresa adjudicataria, no asignándoseles en ningún caso, durante la ejecución del contrato, la realización de cometidos diferentes a los previstos. Los responsables del contrato por parte de la Administración contratante deberán cuidar especialmente de no realizar durante su

ejecución acto alguno que, conforme a la interpretación jurisprudencial por todos conocida, pueda conducir a una reclamación por cesión ilegal de trabajadores, en particular absteniéndose de impartir directamente órdenes o instrucciones al personal de la empresa contratista, de modo que se respete escrupulosamente el poder de dirección que corresponde al contratista respecto de su propio personal.

Sin perjuicio de lo anterior, debe hacerse especial advertencia del riesgo de que se planteen reclamaciones como la antedicha, desde un punto de vista temporal, si con la contratación no se tratase de cubrir necesidades coyunturales u ocasionales de la Administración, sino de atender actividades normales y de tareas permanentes del ente contratante.

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, 5 de febrero de 2019.

El Letrado,

Fdo.: Pedro Isidro Rodríguez.