

Informe núm. 19/2019

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

Servicio de elaboración, manipulación y envío masivo de las declaraciones anuales a pensionistas no contributivos de la seguridad social por la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias.

Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias

ANTECEDENTES

Se examina el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del Servicio de elaboración, manipulación y envío masivo de las declaraciones anuales a pensionistas no contributivos de la seguridad social por la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias, mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, remitido por la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias

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, la Letrada que suscribe emite su parecer al respecto con arreglo a las siguientes:

CONSIDERACIONES DE DERECHO

De conformidad con lo establecido en 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, el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), y demás disposiciones de general aplicación, se realizan las siguientes **O B S E R V A C I O N E S** :

PRIMERA.- CLÁUSULA 4.-NECESIDADES ADMINISTRATIVAS A SATISFACER-
El artículo 22 del TRLCSP determina que *"no podrán celebrarse otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión (...).*

Este artículo debe interpretarse al amparo de lo establecido en el artículo 1 del TRLCSP que recoge como principios que deben garantizarse en la contratación del sector público, entre otros, la eficiente utilización de fondos destinados a la contratación de servicios, mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer.

Por todo ello, deberán justificarse adecuadamente las necesidades administrativas a satisfacer teniendo en cuenta que no existe obligación de la Consejería de remitir anualmente una carta con la declaración anual a cada pensionista *-pues es obligación del pensionista presentar una declaración de los ingresos o rentas computables-*, y que la no presentación conlleva la suspensión de la prestación y no su extinción.

Por otra parte, resulta pertinente recordar que conforme resulta del artículo 116.4, letra "f", en relación con el 28.1, de la Ley contractual, debe justificarse adecuadamente en el expediente la insuficiencia de medios para la ejecución del contrato. Téngase en cuenta que el artículo 30.3 de la Ley dispone que *"la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley"*. En coherencia, el artículo 116 exige que se incluya en la preparación del expediente para la adjudicación de los contratos de servicios el informe de insuficiencia de medios, que además deberá ser publicado en el perfil del contratante (artículo 63 de la Ley) y que en el presente caso, si se quiere, deberá estar especialmente motivado habida cuenta que parece tratarse de una actividad estructural y no meramente coyuntural del órgano de contratación y que el perfil profesional requerido (*oficial administrativo de primera*) es habitual o común en la Consejería contratante.

Finalmente, siendo una novedad establecida en el artículo 28.4 de la LCSP la obligación de programar la actividad de contratación pública, deberá valorarse por el órgano de contratación la conveniencia de establecer en la citada cláusula el acomodo de la correspondiente licitación al plan de contratación fijado por la propia Consejería de Servicios y Derechos Sociales.

SEGUNDA.- CLÁUSULA 5 PLAZO DE EJECUCIÓN y PRÓRROGA DEL CONTRATO.- En el apartado 2 deberá fijarse con claridad las posibles prórroga, siendo incongruente la redacción actual, al vista del plazo de ejecución del contrato. En el apartado citado se fija una prórroga de UN (1) AÑO, hasta un máximo de VEINTICUATRO (24) MESES, por lo que si tenemos un plazo de ejecución inicial de 9 meses, y un máximo de 24 meses, la segunda de las prórrogas posibles sería de 3 meses (9+12+3=24), siendo dudosa la posibilidad de ejecución en dicho plazo a tenor del inicialmente fijado. En todo caso lo que no puede mantenerse es que el plazo máximo de duración es de cinco años cuando el plazo máximo de duración de las prórrogas es de 24 meses.

TERCERA.- CLÁUSULA 6 PRECIO DEL CONTRATO.- El artículo 100 de la LCSP se refiere al "*presupuesto base de licitación*" entendido como límite máximo de gasto incluido el IVA, Y exige que en el PCAP se desglose los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Asimismo, en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato *—cuál es el caso—* en el presupuesto debe figurar de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. Al respecto procede señalar que si bien se identifica el convenio Y la categoría profesional, el cálculo de los costes deben adaptarse a los costes de personal exigidos para la ejecución del presente contrato, pues no existe concordancia entre lo el cálculo de salarios reflejado en el apartado 6.2 y el presupuesto base de licitación.

Por otra parte no se identifican los costes directos e indirectos y otros eventuales exigidos en el artículo 100.2 de la LCSP.

CUARTA.- CLÁUSULA 7 LUGAR DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.- Deberá aclararse el lugar de ejecución del contrato y sus términos en atención a las labores que lo conforman, pues en modo alguno éste puede desarrollarse en su integridad en la "*Sección de Pensiones no Contributivas, Sto en el Edificio .Administrativo de Servicios Múltiples (EASMU) c/Trece Rosas, Planta 6^a/n 33005 Oviedo*", según se señala en la citada cláusula. Procede recordar que tratándose de la prestación de un servicio cuyo coste principal es la mano de obra, puede llegar a producirse una situación de cesión ilegal de trabajadores.

QUINTA.- CLÁUSULA 10 PROCEDIMIENTO y FORMA DE ADJUDICACIÓN- Con carácter previo al análisis de estos aspectos debemos recordar que la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público exige en su artículo 131.2, que la adjudicación de los contratos se realice utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de *mejor relación calidad-precio*. En consecuencia, los órganos de contratación velarán por el establecimiento de criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de "*gran calidad*" que respondan lo mejor posible a las necesidades a satisfacer mediante la presente licitación pública.

La propia LCSP determina que la forma de conseguir la mejor relación calidad-precio es mediante la evaluación con arreglo a criterios económicos y cualitativos establecidos en el artículo 145.2 del texto legal, y siempre vinculados al objeto del contrato.

En el apartado 10.3 se identifican como criterios de valoración el precio ofertado y "la reducción del plazo de entrega de los distintos trabajos que componen la prestación del servicio". Al respecto, deben realizarse las siguientes observaciones:

10) Respecto del precio, debe justificarse en el expediente la elección de la fórmula propuesta (*artículo 146.2 de la LCSP*), tanto más en el presente caso en que se recurre a un factor de corrección del 70% de la media aritmética de las ofertas presentadas.

2º) respecto de la reducción del plazo deberá por una parte justificarse adecuadamente que la reducción de los plazos implica de forma real y efectiva una mayor "calidad" en su resultado, y por otra procede señalar que en modo alguno puede puntuarse la entrega en el plazo exigido en los PCAP o PPT. En este sentido carece de sustento legal la valoración de la "entrega en plazo" con 20 puntos, conforme se establece en la citada cláusula.

En base al mismo razonamiento, resulta inadecuado el cálculo de la "oferta anormalmente baja" fijado en la cláusula 13.3, referido a la obtención de 20 puntos por el hecho de cumplir lo exigido en los pliegos.

SEXTA.- CLÁUSULA 11 LUGAR y FORMA DE PRESENTACIÓN DE LAS PROPOSICIONES Por lo que respecta al apartado 11.2, procede recordar que la disposición adicional decimoquinta de la Ley de contratos obliga a la utilización de medios electrónicos para la presentación de proposiciones, con las solas excepciones previstas en el propio precepto. Varias resoluciones de tribunales de contratos públicos avalan esta exigencia, por aplicación de la norma especial (*la contenida en la Ley 9/2017*), frente a la general (*contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, artículo 4*). Así, Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 632/2018, de 29 de junio y 808/2018, de 14 de septiembre, y 104/2018, de 22 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. Previamente en este sentido, informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 2/2018, de 2 de marzo.

De la lectura del pliego examinado no se infiere -*salvo error de quien suscribe*- que concurra alguna de las excepciones legalmente previstas, extremo éste que deberá ser revisado y, en su caso, justificado por el órgano de contratación a tenor del artículo 336.1, letra "h", de la Ley de contratos.

SEXTA.- CLÁUSULA 13 ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO- En el apartado 13.6 no se exige entre la documentación a presentar por la entidad licitadora que haya obtenido la mejor puntuación, la solvencia económica y financiera y técnica o

profesional. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 159.6, efectivamente en el procedimiento abierto simplificado abreviado, se exige al licitador propuesto como adjudicatario de acreditar la solvencia económica y financiera técnica o profesional (apartado b), pero ello no exige al órgano de contratación de consignar en los pliegos los requisitos mínimos de solvencia exigidos por el órgano de contratación para la ejecución del presente contrato, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 122.2 de la LCSP.

SÉPTIMA.- CLÁUSULA 15 DIRECCIÓN TÉCNICA DEL SERVICIO RESPONSABLE DEL CONTRATO- La redacción de la presente cláusula deberá adaptarse a lo dispuesto en el artículo 62 de la LCSP pues parece identificarse la unidad administrativa con el responsable del contrato, cuando el precepto vigente señala que *“con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución (...)”*.

Del presente pliego *-salvo mayor explicación-*, parece deducirse que la unidad encargada del seguimiento es la misma que asume las funciones del "responsable del contrato". Precisamente la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato deberá coadyuvar al responsable del control de la ejecución material de los contratos con el objetivo de asegurar su correcta ejecución, tramitando en su caso los correspondientes expedientes de penalización, incidencias en la ejecución, prórroga y, en su caso, la resolución del contrato.

OCTAVA.- CLÁUSULA 16 EJECUCIÓN DEL CONTRATO. - Deberá revisarse la redacción del apartado 16.3.1 pues la obligación esencial es la obediencia u inobservancia de las órdenes escritas del responsable del contrato. Carece por tanto de sentido que exista o no "reiteración" en su incumplimiento.

Por otra parte, el apartado 16.4 debería redactarse recogiendo el texto íntegro del Acuerdo de Consejo de Gobierno de fecha 3 de mayo de 2018, en su apartado 4º, En este sentido, procede recordar que las instrucciones dadas por el Consejo de Gobierno para la inclusión de criterios sociales en la tramitación de contratos de la Administración del Principado de Asturias y su sector público, no constituyen una recomendación, sino que su observancia en los pliegos resulta obligatoria para los órganos de contratación y, por consiguiente, su no atención debe ser advertida, cuando se detecte, en el informe preceptivo a los pliegos de cláusulas, pues aunque su incumplimiento pueda no afectar *per se* a la validez del pliego, no por ello deja de constituir una infracción legal (cfr. artículos 3.1 y 6.1, de la Ley 40/2015, y 21 de la Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias).

NOVENA.- CLÁUSULA 22 CESIÓN y SUBCONTRATACIÓN.- Es principio general de la Ley de Contratos favorecer la subcontratación, conforme se ha previsto en su artículo 215, por lo que la prohibición de subcontratar debe justificarse adecuadamente en el expediente, expresando además la relación de tareas críticas que hayan de ser ejecutadas exclusivamente por el contratista (artículo 215.2, letra "e").

DÉCIMA.- ANEXOS- El Anexo IV "*Modelo de proposición económica*" se refiere al servicio de seguimiento de noticias de la Consejería, por lo que deberá adaptarse al objeto del contrato, así como a lo dispuesto en la observación quinta del presente informe referido a la entrega en plazo como criterio de adjudicación.

El Anexo VI "*Modelo de autorización(...)*", contraviene lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, pues la presentación de las proposiciones de los interesados "*supone la aceptado» incondicionada (...), así como la autorización a la mesa al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (...)*".

A mayores conviene recordar que el ROLECSP es un registro público y al mismo se accede de forma abierta por mandato del artículo 344 de la LCSP, por lo que resulta innecesario -*además de suponer una carga administrativa para el administrado que no está obligado a soportar-*, el requerimiento de una "*autorización expresa*" para realizar la consulta, y sin que en modo alguno pueda ampararse dicha petición en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y garantía de los derechos digitales.

CONCLUSIONES

ÚNICA.- Se informa FAVORABLEMENTE el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del Servicio de elaboración, manipulación y envío masivo de las declaraciones anuales a pensionistas no contributivos de la seguridad social por la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias, mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, siempre que con carácter previo a la aprobación del pliego se atiendan las observaciones formuladas.

Es opinión de quien suscribe, salvo mejor criterio fundado en derecho.

Oviedo, a 26 de febrero de 2018
LA LETRADA DEL SERVICIO JURÍDICO
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS
LOPD

Maria Alvarez Kea