

Informe nº 64/2019

Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de arrendamiento sin opción de compra (suministro) de cuatro vehículos con destino a la inspección de turismo de la Dirección General de Comercio y Turismo, a adjudicar mediante procedimiento abierto simplificado y varios criterios de adjudicación, con tramitación ordinaria.

Consejería de Empleo, Industria y Turismo (expediente de origen 2/2019).

### 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 arrendamiento sin opción de compra (suministro) de cuatro vehículos con destino a la inspección de turismo de la Dirección General de Comercio y Turismo, a adjudicar mediante procedimiento abierto simplificado y varios criterios de adjudicación, con tramitación ordinaria, expediente de origen 2/2019.

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:

### 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. *Obligaciones de las partes.*

El artículo 122.2 de la Ley de contratos obliga a que en el pliego de administrativas se incluyan, entre otros, "*los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato*". En el mismo sentido, artículo 67.2, letra "n", del Reglamento.

El apartado 29 del anexo 1, puesto en relación con las cláusulas 6 y 25 del pliego, establece la posibilidad de imponer penalidades al contratista en razón del incumplimiento de determinadas obligaciones, en concreto, *la no aceptación por su parte del coste de las reparaciones de los vehículos que sean consideradas necesarias, así como el retraso superior a 24 horas en la puesta a disposición de vehículos de sustitución*. Estas obligaciones, sin embargo, no se han especificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares -salvo error de quien suscribe- y aunque cabe aventurar que se hayan incluido en el de técnicas particulares, deben formar parte del de administrativas, como resulta de los preceptos citados, así como cualquier otra que defina derechos y obligaciones de las partes.

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

**Primera.** *Inscripción en el ROLECESP (cláusula 10).* Con arreglo al artículo 74.2 de la Ley de Contratos, tanto los requisitos de solvencia como la documentación que el empresario debe aportar para su acreditación deben especificarse en el pliego y su determinación es decisión exclusiva del órgano de contratación (artículo 74.1). Es pues pertinente que sea en el pliego, en cuanto "ley del contrato", donde encuentre natural acomodo la decisión de no exigir, en su caso, la inscripción de los licitadores en el ROLECESP, en los términos propuestos por la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación de 24 de septiembre de 2018 (Comisión Permanente), cuando el órgano de contratación opte -motivadamente, obvio es decirlo- por dicha exoneración, si estimase que tal exigencia podría limitar la concurrencia (artículo 159.4, letra "a"), pues cualquier otra posibilidad comportada en la práctica una modificación del pliego que llevada

necesariamente a la retroacción de actuaciones (artículo 122.1 de la Ley de contratos). Por consiguiente esta opción, en el sentido que se considere adecuado, debe quedar reflejada indubitadamente en el clausulado y sin que pueda diferirse, por lo expuesto, a un momento o decisión posteriores.

Segunda. Presentación de proposiciones (cláusula 14). 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 14). 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.

Tercera. Proposiciones anormalmente bajas (cláusula 16). Con arreglo a la instrucción 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.

Cuarta. Presupuesto de licitación (apartado 5 del anexo I). Debe desglosarse en los términos previstos en el artículo 100.2 de la Ley de contratos.

Quinta. Acreditación de la solvencia económica (apartado 11 del anexo I). De los artículos 20.1 y 23 del Código de Comercio y 365.1 Y 369 del Reglamento del Registro Mercantil se desprende que la oponibilidad frente a terceros de las cuentas anuales del empresario se produce únicamente cuando hayan sido depositadas en el Registro Mercantil, por lo que su sola aprobación no parece suficiente para acreditar válidamente el volumen de negocio. Así pues, y como ya se ha manifestado en anteriores informes, la cláusula debe adaptarse a lo previsto en el artículo 87.3, letra “a”, de la Ley de contratos, de modo que el volumen anual de negocios del licitador o candidato se acredite por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

Sexta. Acreditación de la solvencia técnica (apartado 11 del anexo 1). El artículo 74.2 de la LCSP establece que los requisitos mínimos de solvencia deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Asimismo el artículo 89.1, letra “a”, establece con carácter general, en defecto de previsión en los pliegos, el recurso a los tres primeros dígitos del código CPV para determinar si los suministros realizados por los licitadores son coincidentes o no con el objeto del contrato proyectado. El inciso final del precepto subraya “*que en todo caso deberá garantizar [se] a competencia efectiva para la adjudicación del contrato*”.

De este modo, el pliego podrá establecer una previsión en cuya virtud la correspondencia entre unos y otros trabajos venga dada por los cuatro, los cinco o el número cualquiera de primeros dígitos de la CPV que se considere adecuado al caso particular, incluso todos los dígitos de la CPV en supuestos que se reputen muy específicos; o al contrario, por los dos primeros o sólo por el primero, si se considera pertinente una mayor generalidad o amplitud en lo que hace a la apreciación de la solvencia técnica. Por tanto, cuantos más dígitos de correspondencia con la CPV (u otro sistema de clasificación) se exijan, la concurrencia de licitadores será potencialmente menor y vice-versa. Y en defecto de previsión expresa, el legislador ha optado por un grado de apertura intermedio (coincidencia de los tres primeros

digitos de la CPV), de manera que ni se menoscabe la concurrencia ni se admita a prácticamente cualquier licitador, lo que restaría virtualidad a la exigencia de solvencia. Y es que, cuando el precepto alude a la *naturaleza* de los servicios o trabajos que constituyen el objeto del contrato, se está refiriendo -salvo opinión mejor fundada- no al objeto del contrato en sentido estricto (ello sería entre otras cosas redundante) sino a la *especie, género o clase* en que se podrían integrar los trabajos o servicios que justamente han de ser objeto del concreto contrato. De ahí la pertinencia de acudir a la ordenación jerarquizada, objetiva y sistemática que proporcionan los sistemas de clasificación, en lugar de dejarlo al albur de cada caso particular.

En el pliego examinado se acude a todos los dígitos del CPV (34111200-0) para considerar que los trabajos previos realizados por el licitador sean de naturaleza igualo similar a los que constituyen el objeto del contrato, condiciones de solvencia que, al resultar más restrictivas que las exigibles con carácter general, hacen necesaria una concreta motivación al respecto en el expediente de contratación (artículo 35.1, letra "i", de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) que justifique su proporcionalidad y su vinculación con el objeto del contrato, en evitación de cualquier menoscabo del principio de libertad de acceso a las licitaciones (artículo 1.1 de la Ley de Contratos).

Este criterio ya ha sido manifestado en informes del Servicio Jurídico 231, 249, 286 y 299, 355/2018, los tres últimos emitidos a petición del órgano ahora consultante.

**Séptima. Condiciones especiales de ejecución (apartado 23 del anexo 1).** La actual redacción de las condiciones especiales de ejecución incumple el mandato previsto en el artículo 202 de la Ley de Contratos, al atribuirse tal carácter a unas condiciones a las que el adjudicatario ya viene obligado por la normativa de aplicación, en concreto, en materia medioambiental, toda vez que respetar la normativa vigente en materia de residuos, vertidos o emisiones es obligación que atañe al adjudicatario en razón de la mera observancia del ordenamiento jurídico.

<sup>1</sup> <http://dle.rae.es?id=QHIB7B3>

Dicho de otro modo: lo que se ha propuesto en el pliego, en este apartado, son condiciones *generales* de ejecución, y no condiciones *especiales* de ejecución entendidas, a la luz del artículo 202 de la Ley contractual, como un añadido, en la forma de ejecutar la prestación, a lo que ya resulta legal o convencionalmente exigible.

Por otra parte, como ya se ha expuesto reiteradamente en anteriores informes, la sola declaración del contratista adjudicatario acerca del cumplimiento de una obligación calificada de condición especial de ejecución colisiona con el artículo 1256 del Código Civil al dejar, en la práctica, el cumplimiento de un aspecto básico del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

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, 10 de marzo de 2019.

Fdo.: Pedro Isidro Rodríguez.