

Informe núm. 109/2019

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el servicio de redacción de los estudios necesarios para la contratación de la concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la carretera AS-12: Navia-Alto del Acebo, mediante el acondicionamiento general de los tramos: Navia-Boal y Boal-Grandas de Salime, y la adecuación del tramo: Grandas de Salime-Alto del Acebo (Expte.19/120 CA SE).

Consejería de Infraestructuras, **Ordenación** del Territorio y Medio Ambiente.

ANTECEDENTES

Se examina el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del servicio de redacción de los estudios necesarios para la contratación de la concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la carretera AS-12: Navia-Alto del Acebo, mediante el acondicionamiento general de los tramos: Navia-Boal y Boal-Grandas de Salime, y la adecuación del tramo: Grandas de Salime-Alto del Acebo (Expte.19/120 CA SE), mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación remitido por la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente.

En respuesta a dicha solicitud de informe, de conformidad con 10 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 10 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.- 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 Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente.

Por otra parte, resulta oportuno recordar que conforme resulta del artículo 116.4, letra "f", en relación con el 28.1 de la LCSP, 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 JJ del Libro JJ 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.

SEGUNDA.- CLÁUSULA 5 PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y PRECIO DEL CONTRATO.- El artículo 100 de la LCSP, regula el presupuesto base de licitación y exige que en el PCAP se desglosen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En la citada cláusula, por una parte, no se determinan estos últimos, y por otra, se calculan a coste cero los costes indirectos, lo que salvo mayor justificación únicamente cabe atribuirlo a un error que por 10 tanto debe ser solventado.

TERCERA.- CLÁUSULA 6 EXISTENCIA DE CRÉDITO.- En la redacción del apartado 5.9 de la citada Cláusula no se hace mención expresa a la existencia de crédito adecuado y suficiente para atender a las obligaciones que se deriven para la Administración del cumplimiento del contrato, de conformidad con lo exigido por el artículo 67.2 d) del RGLCAP.

CUARTA.- CLÁUSULA 11 DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR LOS LICITADORES.- Por 10 que respecta al apartado 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.

QUINTA.- CLÁUSULA 13 OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS.- Si bien la cláusula 13.2 cumple -*en lo que respecta a la valoración en su conjunto*- 10 dispuesto en el artículo 149.2, letra b", de la Ley de Contratos conforme al cual "*cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto*", deberá revisarse su redacción pues salvo mayor justificación parece más lógico que la anormalidad de la oferta se produzca cuando la oferta técnica "supere" un determinado valor.

En todo caso, la cláusula actual establece que la oferta será anormalmente baja cuando además de serlo la oferta económica, la oferta técnica "*no alcance un valor de 60 puntos*", y este requisito se mantiene para todos los casos, cuando concurra uno, dos, tres o cuatro licitadores -salvo dos específicos supuestos previstos en los apartados 4.2 y 4.3. Deberá valorarse por el órgano de contratación si mantener la redacción actual supone una exigencia desproporcionada en atención a los criterios de valoración previstos y su ponderación.

Partiendo siempre de la existencia de una "anormalidad" en la oferta económica, con la redacción actual se pueden dar una situación en la que un licitador que presenta una Memoria perfecta y obtiene 30 puntos y tanto el autor del anteproyecto de construcción y explotación de las obras, como el autor del estudio de viabilidad económico-financiera acumulan la experiencia requerida como mínima de 10 años, e igualmente su equipo de trabajo cumple con la experiencia mínima exigida en el pliego de 10 o 5 años según sus miembros, obtendrían 0 puntos, y a pesar de ello su oferta técnica sería "*oferta anormalmente baja*".

Igualmente debe revisarse el resto de los supuestos, pues la no obtención de al menos 60 puntos sobre los 75 posibles en la valoración técnica, con los criterios de adjudicación previstos, parece a priori una exigencia desproporcionada.

SEXTA.- CLÁUSULA 14 ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.- Por lo que respecta al apartado 14.5.b)3 deberá incorporarse en su caso la referencia a las titulaciones establecidas conforme al marco del Espacio Europeo de Educación Superior.

SÉPTIMA.- CLÁUSULA 20 RÉGIMEN DE PAGOS.- Tratándose de un servicio para la redacción de diferentes estudios, anteproyecto y PPT, deberá revisarse la forma de pago del precio, pues se prevé mediante "*certificaciones mensuales*", cuando no nos encontramos ante la ejecución de una obra. En buena lógica, los abonos no deberían realizarse sin la previa entrega a conformidad de la Administración de los documentos que conforman el objeto del contrato. No cabe justificar el abono mediante "*certificaciones mensuales* si se tiene en cuenta la necesidad de observar el principio general de *servicio hecho* que rige la contratación pública. y así, el artículo 17.3 del Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias, aprobado por Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, establece que "*cuando las obligaciones económicas [de la Administración del Principado de Asturias] se deriven de la ejecución del presupuesto, el pago por la realización de obras o de prestación de servicios no podrá realizarse hasta que el acreedor no haya cumplido o garantizado sus obligaciones contractuales.*"

En este sentido ya se pronunció el Informe del Servicio Jurídico 240/2017 que ha de regir la contratación del "suministro de una unidad móvil de inmisión para el control de la calidad del aire, remitido por esta misma Consejería: "*En efecto, es sabido que en Derecho civil, tratándose de obligaciones sinalagmáticas, rige la regla de ejecución simultánea de las prestaciones recíprocas, cuya consecuencia más importante es la excepción de incumplimiento contractual, en cuya virtud cada parte puede, en principio, rehusar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo mientras la otra parte no cumpla con la suya. En cambio, quienes contratan con la Administración están obligados a realizar su parte del contrato antes del cobro del precio. Por tanto, en el ámbito de la contratación pública, una vez adjudicado y formalizado el contrato, se inicia su ejecución que deberá cumplirse en los términos pactados. La obligación principal del contratista es ejecutar la prestación dentro del plazo total pactado, así como en los plazos parciales. La obligación principal de la Administración es el pago del precio pactado una vez realizada la prestación.*"

En el caso del pliego estudiado, el objeto del contrato es la adquisición de varios documentos, que aisladamente considerados no pueden colmar la necesidad administrativa a satisfacer mediante el contrato, en la medida en que no parece que los elementos a suministrar sean susceptibles de aprovechamiento separado. O al menos no para la consecución del fin proyectado.

GOBIERNO DEL PRINCIPADa DE ASTURIAS

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Servicio Jurídico

OCTAVA.- CLÁUSULA 23 PENALIDADES ADMINISTRATIVAS. Debe precisarse que del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución previstas en el presente PCAP, solamente la fijada en el apartado 18.1 puede dar lugar a la imposición de penalidades.

NOVENA.- CLÁUSULA 28 DEBER DE CONFIDENCIALIDAD. La redacción de la presente cláusula debe adaptarse al contenido del artículo 133 de la LCSP en el sentido de fijar e informar a los licitadores del plazo máximo establecido durante el cual se exigirá el cumplimiento del deber de confidencialidad, ya sea éste de cinco años o de otro superior pero en todo caso *"deberá ser definido y limitado en el tiempo"*.

CONCLUSIONES

ÚNICA.- Se informa **DESFAVORABLEMENTE** el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la celebración de contrato de servicio de redacción de los estudios necesarios para la contratación de la concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la carretera AS-12: Navia-Alto del Acebo, mediante el acondicionamiento general de los tramos: Navia-Boal y Boal-Grandas de Salime, y la adecuación del tramo: Grandas de Salime-Alto del Acebo (Expte.19/120 CA SE), mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, en tanto no se atiendan las observaciones formuladas.

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

Oviedo, a 24 de abril de 2019
LA LETRADA DEL SERVICIO JURÍDICO
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

LOPD

Maria Alvarez Rea

