

Informe núm. 157/2019

**Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el servicio para la realización de un estudio científico técnico de la ecología trófica del lobo y su coexistencia con el hombre en Asturias (Expte.19/019/MA-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 para la realización de un estudio científico técnico de la ecología trófica del lobo y su coexistencia con el hombre en Asturias (Expte.19/019/MA-SE), mediante procedimiento abierto simplificado 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 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, el Letrado 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 **OBSERVACIONES**:

PRIMERA.- CLÁUSULA 2 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 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.

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 no se determinan ni concretan con claridad la totalidad de costes indirectos.

TERCERA.- CLÁUSULA 10 DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR LOS LICITADORES.- Por lo 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.

CUARTA.- CLÁUSULA 11 CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN DE LAS PROPOSICIONES

Por otra parte, se suscribe en su integridad la observación realizada por Letrado de este Servicio Jurídico en el Informe 128/19 (*MODIFICACIÓN PARCIAL de modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la contratación del servicio de redacción de proyectos para las obras promovidas por la Consejería de Infraestructuras,*

GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Servicio Jurídico

Ordenación del Territorio y Medio Ambiente) por resultar de plena aplicación al presente pliego y cuyo tenor literal se reproduce a continuación:

"En otro orden de cosas, es de hacer notar que con posterioridad al informe que en su día se emitió al pliego tipo (nº 83/2018 de 18/05/2018) se ha tenido oportunidad de estudiar con mayor detenimiento la cuestión de la experiencia profesional del equipo humano en los contratos de servicios y, en concreto, la posibilidad de valoración automática de ese aspecto de la oferta, llegándose a la conclusión de que tal automatismo carece de acomodo legal. Así se ha hecho constar en informes posteriores, en concreto 250 y 320/2018 (el primero de ellos emitido a instancia del órgano ahora consultante) y 5, 13, 34 y 41/2019, entre otros.

Como es sabido, en la aplicación de criterios de valoración automática no es dable a la Administración efectuar ninguna apreciación discrecional, ni técnica ni de ninguna otra clase. Así lo deja sentado claramente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución nº 796/2015 (recurso 883/2015), de 11 de septiembre de 2015, que además insiste en que en tales supuestos debe "limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor".

La cláusula 10.7 del pliego tipo propone como criterios de valoración automática, amén de la oferta económica (reducción del precio) a puntuar mediante la aplicación de la fórmula correspondiente, la experiencia adicional [por encima del mínimo exigido] del ingeniero autor del proyecto y de los restantes integrantes del equipo en trabajos similares al que constituya el objeto del contrato, asignándose una determinada puntuación por cada año de experiencia adicional (cláusula 11).

Sucede sin embargo que la valoración de la experiencia profesional previa –y su subsiguiente puntuación– no es algo que pueda hacerse de modo automático, al contrario de lo que propone el pliego, sino que requiere –en opinión de quien suscribe– un determinado margen de apreciación discrecional en orden a constatar si la experiencia efectivamente acreditada por los candidatos va referida o no a "trabajos similares" a los que serán objeto del contrato, para lo cual habrá de examinarse la descripción de los trabajos realizados en el pasado por quienes se propongan para formar parte del equipo a adscribir al contrato, a partir de la especificación "de las funciones y experiencia en trabajos similares de cada uno de los integrantes" que los licitadores expresarán en el "organigrama" que han de aportar con su oferta. Se trata pues de comparar, desde un punto de vista cualitativo y no meramente numérico, si la experiencia profesional aducida en cada caso es incardinable o no, y en qué medida, en la que deba ser objeto de valoración positiva. Tan es así que el propio pliego establece que "se excluirá la oferta que contemple un organigrama de tipo general, en el que no se especifiquen las experiencias..."

Resulta llano pues que la apreciación o no de similitud suficiente entre los trabajos realizados en el pasado y los que serán objeto del contrato proyectado implica un juicio de valor, por mínimo que sea, de modo que sólo una vez contrastada con resultado afirmativo la necesaria similitud entre unos y otros trabajos se podrá asignar –esta vez sí, de modo automático– la puntuación que corresponda por cada año de experiencia.

GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Servicio Jurídico

La ponderación asignada a la valoración de la experiencia del ingeniero autor del proyecto y del restante equipo humano es de 30 sobre 100, lo que sumado a los 36 sobre 100 con que se ponderan los criterios que han de valorar la memoria da como resultado que 66 puntos sobre 100 correspondan a criterios que dependen de un juicio de valor.

Así las cosas, resulta de plena aplicación lo previsto en el artículo 146.2, letra "a", de la Ley de Contratos, en cuya virtud "la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar ésta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos."

Por tanto, el pliego deberá adaptarse totalmente a lo ordenado en el precepto citado, especialmente las cláusulas 11 y 12 y el cuadro resumen, en el cual se debería atender lo ordenado por el artículo 29.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, "la designación de los miembros del comité de expertos [...] podrá hacerse directamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o bien establecer en ellos el procedimiento para efectuarla."

Finalmente y respecto de la valoración de los equipos de trabajo, es de ver que el artículo 145.2.2º de la Ley de contratos permite su aplicación "siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución". En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13 admite la posibilidad de establecer entre los criterios de adjudicación de un concurso público la evaluación de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato teniendo en cuenta su constitución, experiencia probada y análisis curricular, si se acredita la repercusión del equipo humano en la calidad de la ejecución del contrato: "la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y formación" (...)", pues reconoce el Tribunal que "cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18" (FJ 31). Este extremo, por tanto, deberá resultar acreditado en cada expediente de contratación para la adecuada utilización del modelo de pliego".

QUINTA.- CLÁUSULA 12 ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.- Los criterios de desempate fijados en la cláusula 12.4 –mayor porcentaje de mujeres-no coinciden con los reflejados en el Anexo IV del PCAP –trabajadores discapacitados-.

Por lo que respecta al apartado 12.5.b)3 deberá incorporarse en su caso la referencia a las titulaciones establecidas conforme al marco del Espacio Europeo de Educación Superior.

SEXTA.- CLÁUSULA 20 PAGO DEL PRECIO Y REVISIÓN DE PRECIOS.- Tratándose de un servicio para la realización de un estudio científico técnico, deberá revisarse la forma de pago del precio, pues se prevé mediante "*certificaciones trimestrales*", 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 realización de un estudio científico-técnico de la ecología trófica del lobo y su coexistencia con el hombre en Asturias, debiendo realizarse unos trabajos de campo previos a la

realización de una memoria. Entendemos que los trabajos, aisladamente considerados, no pueden colmar la necesidad administrativa a satisfacer mediante el contrato, en la medida en que no parece que los elementos objeto del servicio sean susceptibles de aprovechamiento separado. O al menos no para la consecución del fin proyectado.

CONCLUSIONES

ÚNICA.- Se informa **DESFAVORABLEMENTE** el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la celebración de contrato de servicio para la realización de un estudio científico técnico de la ecología trófica del lobo y su coexistencia con el hombre en Asturias (Expte.19/019/MA-SE), mediante procedimiento abierto simplificado y varios criterios de adjudicación remitido por la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, en tanto no se atiendan las observaciones formuladas.

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

Oviedo, a 20 de mayo de 2019
EL LETRADO DEL SERVICIO JURÍDICO
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS


Pablo Álvarez Bertrand