

Informe nº 106/2019

Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de servicio de asistencia técnica especializada en la plataforma de virtualización "Citrix", a adjudicar mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria.

Consejería de Empleo, Industria y Turismo (expediente de origen 10/2019).

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 servicio de asistencia técnica especializada en la plataforma de virtualización "Citrix", a adjudicar mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria, expediente de origen 10/2019.

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 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 que dependen de un juicio de valor: valoración de la oferta técnica (apartado 19 del anexo I). El pliego valora la planificación y organización (se entiende, de la propuesta de intervención técnica que formule cada licitador) a la cual otorga un máximo de 50 puntos. Seguidamente, define la forma en que cada uno de los aspectos (integrantes la propuesta) van a ser valorados, explicitando cuándo podrán alcanzar la máxima puntuación, cuándo una intermedia, cuándo una mínima y cuándo ninguna puntuación, reglas precisas que -en efecto- pueden así ser conocidas de antemano por los licitadores. Para a continuación definir cada uno de los aspectos objeto de valoración (quizá debiera hacerse en orden inverso para su mejor comprensión), que se valorarán en más o en menos con arreglo a lo previsto en la propia cláusula. Lo que la cláusula no ha previsto, sin embargo, es la ponderación de cada uno de los aspectos a valorar en el conjunto de los 50 puntos que, como máximo, habrá de obtener la propuesta técnica, omisión que resulta contraria a los requerimientos del artículo 145.5, letra “b”, de la Ley de contratos, toda vez que en la práctica viene a conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada al dejar en manos de quien valora otorgar más peso a uno u otro factor, lesionando así los principios de igualdad y no discriminación.

No se han delimitado pues completamente los parámetros en que habrá de describirse la valoración subjetiva de las proposiciones, que obviamente no puede operar sin sujeción a aquéllos para cumplir cabalmente con el precepto legal citado, que se torna especialmente importante, si cabe, cuando los criterios basados en un juicio de valor ponderan el 50% de la total puntuación atribuible a una oferta, como acontece en el presente caso. Véanse, en este sentido, Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 1077/2018 (recurso 1015/2018), de 23 de noviembre de 2018, y nº 492/2018 (recurso 350/2018), de 18 de mayo de 2018. En fin, la Resolución del citado Tribunal 132/2015, de 6 de febrero, ha dejado dicho: “*basta con que [las cláusulas] permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta*” (STJUE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06).

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

Primera. Presentación de proposiciones (cláusula 22). 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, 808/2018, de 14 de septiembre, 883/2018, de 5 de octubre y 1077/2018, de 23 de noviembre de 2018; 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.

Segunda. Sobre la definición del objeto de contrato y de las necesidades administrativas a satisfacer (apartado 1 del anexo I). 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 licitación a que se refiere el presente pliego al plan de contratación fijado por el Servicio de Emergencias del Principado de Asturias. Este criterio ya ha sido puesto de manifiesto en informes del Servicio Jurídico 361/2018 y 5 y 80/2019, entre otros.

Por otra parte, es 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).

Tercera. 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.

Cuarta. Acreditación de la solvencia técnica (apartado 11 del anexo I). 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 garantizarse [se] la 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 dígitos 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*¹ 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 (72600000-6) para considerar que los trabajos previos realizados por el licitador sean de naturaleza igual o 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 35.1 de la Ley de Contratos).

Este criterio ya ha sido manifestado en informes del Servicio Jurídico 231, 249, 286, 299, 355/2018 y 64 y 80/2019, entre otros, los cinco últimos emitidos a petición del órgano ahora consultante.

Quinta. *Ámbito temporal del deber de confidencialidad (apartado 33 del anexo I)*. Deberá justificarse en el expediente la determinación de un plazo superior al legalmente establecido por defecto en el artículo 133.2 de la Ley de contratos (artículo 35.1, letra "i", de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

¹ <http://dle.rae.es/?id=QH1B7B3>

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 para el caso de que todos los cometidos se desarrollen en centros de trabajo dependientes de la Consejería consultante, utilizando para ello medios materiales propios de la Administración (*mesa, silla, teléfono, fotocopiadora, fax...*). Es decir, si toda la estructura organizativa para el desarrollo del objeto del contrato estuviese enmarcada en la propia Administración, sin que el adjudicatario tenga o necesite de una estructura propia, salvo el propio personal que debe adscribirse al servicio. E igualmente, 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, 15 de abril de 2019.

Fdo.: Pedro Isidro Rodríguez.