

Informe nº 111/2019

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación del servicio de desarrollo de los programas de acogimiento familiar en el Principado de Asturias.

Consejería de Servicios y Derechos Sociales.

ANTECEDENTES

Se examina el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación, por procedimiento abierto, mediante lotes y con varios criterios de adjudicación, del servicio de desarrollo de los programas de acogimiento familiar en el Principado de Asturias, remitido por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales.

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

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 el siguiente motivo:

Único.- Acreditación de estar habilitada como institución colaboradora de mediación (cláusula 13.3 L): La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 1/2009, de 25 de septiembre, ha dejado dicho: *"La habilitación empresarial o profesional (...) hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. [•••] En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 [hoy 65.2 LCSP] citado es un requisito de legalidad v no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad eh forma leas!"*.

En el presente caso, la cláusula propone que se exija a quien resulte propuesto como adjudicatario acreditación de tratarse de entidad habilitada como entidad colaboradora de mediación para la constitución de acogimientos familiares, de conformidad con dispuesto en la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del menor, y en el Decreto 5/1998, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de instituciones colaboradoras de integración familiar y de entidades colaboradoras de adopción internacional. Examinada la normativa que se cita en la cláusula, se constata que la misma no impone el requisito de habilitación para desarrollar la actividad objeto del contrato.

En efecto, de los artículos 67 y 70 de la Ley citada y, más concretamente, del artículo 7 del Reglamento, no resulta que el desarrollo del servicio objeto del contrato (difusión, captación, preparación y valoración de familias para el acogimiento, según la cláusula 3.1) se corresponda que los que, según las normas citadas, requieren habilitación profesional. Exigir este requisito resulta pues contrario al artículo 65.2 y, por ende, al principio de libertad de acceso a las licitaciones previsto en el artículo 1.1 ambos de la LCSP.

Sin perjuicio de lo anterior, el órgano consultante debe tener presente que el artículo 132.2 de la Ley de contratos establece que *"en ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jur/dica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta"*; entre los que no se encuentra el servicio que es objeto del pliego estudiado. Por

consiguiente, exigir en el presente caso que se trate de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, aplicando por remisión el artículo 68 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, conculca lo previsto en el artículo 132.2 de la Ley contractual.

Esta cuestión ya fue planteada por este Servicio Jurídico a la Consejería, en el informe nº 34/2019, del Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de servicio de formación de solicitantes de adopción internacional y nacional en el Principado de Asturias, mediante procedimiento simplificado *abreviado*, varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria, expediente de origen 585/19-10-012.

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

Primera.- *Insuficiencia de medios propios para llevar a cabo el servicio objeto del contrato proyectado (cláusula 4).* 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 11 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 los perfiles profesionales requeridos (*psicóloga/a y trabajadora social, educador social.. cláusula 11.5.6*) son frecuentes en la Consejería contratante.

Esta cuestión ya fue suscitada por este Servicio Jurídico en su informe nº 34/2019, del Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de servicio de formación de solicitantes de adopción internacional y nacional en el Principado de Asturias, mediante procedimiento simplificado *abreviado*, varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria, expediente de origen 585/19-10-012.

Segunda.- Acreditación de la solvencia técnica de los licitadores (cláusula 13.3 apartado C): 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 90.1 a) establece con carácter general como criterio de solvencia técnica, basada en trabajos similares, que se atenderá en orden a determinar lo que se entiende por trabajos similares a los tres primeros dígitos del CPV.

En la cláusula del PCAP no se establece ni se define lo que se entiende por trabajos similares a efectos de acreditar la solvencia técnica, por lo que resulta necesario hacer referencia a dicho aspecto.

En torno a esta cuestión, resulta preciso reseñar que la utilización de más dígitos de los establecidos en la LCSP (tres dígitos) a efectos de acreditar la solvencia técnica, debe tener una justificación adecuada en el expediente de contratación, porque dichas condiciones de solvencia al resultar más restrictivas que las exigibles con carácter general, exigen una motivación y justificación en el expediente de contratación, que acredite su vinculación con el objeto del contrato y su proporcionalidad con el objeto del mismo, la no justificación en los términos mencionados conllevaría que dicha exigencia de solvencia, resultaría contraria a los principios de libre concurrencia y libre competencia.

Tercera.- Medios Personales a adscribir al contrato (cláusula 11.5.6 y cláusula 13.3 apartado C): En la cláusula 11.5.6 se exige como requisitos con los que deberá contar el personal a adscribir al contrato, dos aspectos:

Formación relativa a las medidas del sistema de protección y específicamente de acogimiento...

Experiencia mínima de un (1) año en el desarrollo profesional en acogimiento.

Es preciso, a juicio de este Letrado, que se concrete con un módulo temporal, al igual que se realiza en el caso de la experiencia (1 año), el requisito referido a la formación, en definitiva que se establezca la cantidad en horas, meses... de formación que resulta exigible como requisito.

Cuarta.- Cláusula 16.3 y 16.4 punto primero: El contenido de dichas cláusulas resulta reiterativo, ya que son idénticas, resulta claro que la intención del órgano

gestor es la de incluir en dichas cláusulas las obligaciones fijadas en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 3 de mayo de 2018, por el que se aprueban las "*Instrucciones para la inclusión de criterios sociales en la tramitación de contratos de la Administración del Principado de Asturias y su Sector Público, en las distintas fases del procedimiento de contratación*" y la Guía práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social y medioambiental en la contratación administrativa del Principado de Asturias y su Sector Público, dicho Acuerdo establece la obligación de incluir en los PCAP los apartados 20 y 40, siendo preciso tener en cuenta que dichos apartados se refieren a cuestiones distintas, y pueden tener distintas consecuencias jurídicas su incumplimiento:

El apartado 2º del Acuerdo de Consejo de Gobierno, hace referencia a la obligación que tiene el adjudicatario de cumplir con respecto a los medios personales adscritos al contrato, con las condiciones salariales del convenio sectorial de aplicación. Dicha obligación puede otorgársele la naturaleza de condición especial de ejecución o de obligación contractual esencial, con distintas consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento, tal y como se concluye del artículo 202.3 de la LCSP.

El apartado 4º del Acuerdo de Consejo de Gobierno, establece la obligación de incluir en el PCAP de la obligación de la empresa adjudicataria de cumplir como mínimo con las condiciones recogidas en los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables, debiendo otorgarse a dicha obligación el carácter de contractual esencial, generando su incumplimiento la resolución contractual de conformidad con el artículo 211 f) de la LCSP.

Las cláusulas del PCAP, no resultan adecuadas al contenido del Acuerdo de Consejo de Gobierno, por los siguientes motivos:

No se hace mención expresa en dichas cláusulas del Acuerdo de Consejo de Gobierno que da lugar a dichas obligaciones, considero adecuado que se mencione expresamente dicho Acuerdo en el PCAP.

En la cláusula 16.3 se establece como obligación contractual esencial el cumplimiento del convenio colectivo sectorial y territorial de aplicación, pero no se concreta que dicha exigencia se refiere a los trabajadores adscritos al

contrato (medios personales). Es preciso por tanto que se incluyan dicha obligación de forma diferenciada.

Finalmente resulta preciso que en las cláusulas 16.3 y 16.4 se establezca de forma expresa la forma de acreditar el cumplimiento de dichas obligaciones contractuales esenciales, qué documentación se le va a exigir al contratista en orden a acreditar el cumplimiento de dichas obligaciones, cuestión esta que no resulta baladí ya que el incumplimiento de esas obligaciones al tener carácter de esenciales conlleva la resolución del contrato, de conformidad con el artículo 211 de la LCSP.

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, 17 de abril de 2019.

El Letrado,

LOPD

Ldo.: Eloy García Suárez
Letrado del Servicio Jurídico
del Principado de Asturias