

Informe nº 98/2019

Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de servicios informáticos para el uso, soporte y mantenimiento de licencias "Liferay Enterprise Edition", mediante procedimiento abierto, un único criterio de adjudicación (precio) y tramitación ordinaria.

Consejería de Empleo, Industria y Turismo (expediente de origen 13/2019).

#### 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 servicios informáticos para el uso, soporte y mantenimiento de licencias "Liferay Enterprise Edition", mediante procedimiento abierto, un único criterio de adjudicación (precio) y tramitación ordinaria, expediente de origen 13/2019.

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, procede **INFORMAR FAVORABLEMENTE** el mismo, siempre y cuando sean atendidas por el órgano de contratación, previamente a su aprobación, las siguientes **OBSERVACIONES**:

Primera. Lugar y forma de presentación de las proposiciones (cláusula 22 y concordantes). 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. Definición del objeto del contrato (apartado 1 del anexo I). El artículo 126.6 de la Ley de contratos dispone que *salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».**

De acuerdo con lo anterior, la descripción del objeto del contrato que, aunque lógicamente trae causa del pliego de prescripciones técnicas, forma parte del de administrativas particulares (artículo 67.2, letra "a", del RGLCAP) debe ajustarse a lo ordenado en el precepto legal antedicho.

Por otra parte y también en relación con el objeto del contrato, 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 órgano de contratación. Este criterio ya ha sido puesto de manifiesto en informes del Servicio Jurídico 361/2018, 5/2019 y 80/2019, entre otros.

Tercera. Acerca de la existencia de un único lote (apartado 1 del anexo I).

Como es sabido, la vigente Ley de contratos ha venido a invertir la regla general que se utilizaba bajo la vigencia de la anterior en materia de división en lotes del objeto del contrato. Y así, desde su entrada en vigor, debe justificarse en el expediente la no división del contrato en lotes, pues tal división habrá de ser a partir de ahora la forma ordinaria de proceder cuando la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan. Esta regla persigue facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas, como resulta de la exposición de motivos de la propia Ley.

No obstante lo anterior, el artículo 99.3 de la Ley permite al órgano de contratación excepcionar la regla general de dividir en lotes el objeto del contrato *“cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente”*. En este sentido, no parece conforme con el precepto legal citado que el pliego señale que *“no es preciso dividir el contrato en lotes”*. Justamente al contrario, si la naturaleza o el objeto del contrato lo permiten, con arreglo a la Ley sí será precisa la división, salvo que se justifique adecuadamente la concurrencia de los motivos válidos que permitan no hacerlo, en los términos señalados en el precepto legal que se cita.

Por otra parte, se indica en el pliego que el precio del mantenimiento de un conjunto de licencias será inferior al precio que el fabricante pueda dar individualmente por cada licencia, por lo que la división en lotes sería un factor de ineficiencia en el contrato. Ciertamente, el artículo 99.3 de la Ley, aunque apunta algunos motivos que en todo caso se han de considerar válidos para justificar la no división en lotes, no establece un *numerus clausus*, por lo que ninguna razón se aprecia *prima facie* para rechazar la consecución de economías de escala como motivo válido para no dividir, especialmente a la luz del principio de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos (artículo 3.1, letra “j”, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). Ahora bien, para poder apreciar adecuadamente la validez de dicho motivo, deberá justificarse

debidamente, como manda la Ley, incorporando al expediente la pertinente estimación prudencial -cuantificada- de las economías que se generarían en caso de división y, por contra, las que se perjudicarían en caso de no división. Máxime teniendo en cuenta la nada desdeñable cifra en que se fija el valor estimado del contrato (990.000,00 € IVA excluido, según el apartado 4 del anexo I).

**Cuarta. Definición de la necesidad administrativa a satisfacer (apartado 1 del anexo 1).** Deberían identificarse en el pliego los portales del Principado de Asturias para los que (actualmente) es necesario el uso del producto que se pretende adquirir, sustituyendo la expresión genérica: “*algunos de los portales*” que figura en el texto actual. Como ha dejado dicho el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 756/2014, de 15 de octubre), “*siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, [está] sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP*”. Parece pues que la justificación de la necesidad que motiva el contrato haya de pasar cabalmente por su concreción en el pliego hasta donde sea posible.

Lo anterior cobra especial sentido a la luz del apartado 28 del anexo I (modificaciones del contrato previstas en el pliego) sí, como allí se dice, la modificación del contrato podrá acordarse cuando sea “*necesaria la ampliación del número o la capacidad de los servidores para nuevos portales*”. De ello se infiere que únicamente la implementación de nuevos portales podrá justificar, en su caso, una modificación del contrato de las previstas en el pliego. Por ello, consignar en dicho documento contractual los portales que en concreto se pretende atender ahora mediante la contratación proyectada servirá de contraste indispensable para justificar, en el futuro, una modificación contractual.

**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 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 90.1, 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 servicios 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] 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*<sup>1</sup> en que se podrían integrar los

<sup>1</sup> <http://dle.rae.es/?id=QH1B7B3>

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 (72267000-4) 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 1.1 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.

**Séptima. Condiciones especiales de ejecución (apartado 24 del anexo I).** El pliego debe adaptarse totalmente a lo ordenado por la instrucción 4 de las aprobadas por el Consejo de Gobierno en su reunión de 3 de mayo de 2018, de modo que el cumplimiento como mínimo de las condiciones recogidas en los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables, sin perjuicio de la inclusión de cualquier otra condición de las determinadas en el artículo 202 de la LCSP, se configure "**como obligación contractual esencial a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 de la LCSP**".

Por otra parte, parece necesario que en la cláusula indicada se haga mención expresa también de la instrucción 2 del meritado Acuerdo de Consejo de Gobierno, de cuya lectura se desprende sin duda que las llamadas *instrucciones* no constituyen una recomendación, sino que su observancia en los pliegos resulta obligatoria (artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público): "**2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán**

*incluir, en todo caso, la obligación del adjudicatario de cumplir, al menos, las condiciones salariales respecto de los medios personales adscritos a la ejecución del contrato conforme el convenio colectivo sectorial de aplicación.”*

Deberá asimismo definirse en el pliego la forma de acreditar el cumplimiento las condiciones especiales de ejecución máxime en la medida en que se hayan de configurar como obligaciones contractuales de carácter esencial. Admitida “*la importancia de establecer medidas de control del cumplimiento de las condiciones esenciales*” (informe 14/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón), tanto más al haberse trocado el establecimiento de condiciones especiales de una mera posibilidad, con arreglo a la anterior legislación, a una efectiva obligación del órgano de contratación en la actualidad (artículo 202.1, segundo párrafo, de la Ley de Contratos), razones elementales de seguridad jurídica obligan a que se especifique en el pliego la forma en que se acreditará el cumplimiento de dichas condiciones de ejecución por parte del contratista adjudicatario (artículo 1256 del Código Civil) del modo que el órgano de contratación considere adecuado.

Octava. *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).

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, 8 de abril de 2019.

El Jefe de

Fdo.: Pedro Isidro Rodríguez.

