

GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Servicio Jurídico del
Principado de Asturias.

Informe nº 163/2019

Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de servicios de telecomunicaciones de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos, empresas, entidades y entes públicos, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria.

Consejería de Empleo, Industria y Turismo (expediente de origen CONP/2019/14/23/2019).

ANTECEDENTES

La Secretaría General Técnica de la Consejería de referencia remite, para informe, el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato de servicios de telecomunicaciones de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos, empresas, entidades y entes públicos, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria, expediente de origen CONP/2019/14/23/2019.

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. Objeto del contrato (apartado 1 del anexo I). El objeto del contrato se orienta a satisfacer las necesidades en materia de telecomunicaciones tanto de la Administración del Principado estrictamente considerada (Ley del Principado de Asturias 8/1991, de 30 de julio), como de otros organismos, empresas, entes y entidades integrantes del sector público autonómico, lo que determina que su financiación se base en aportaciones de distinta procedencia (apartado 5 del anexo I). Es de aplicación directa, por tanto, lo prevenido en el artículo 116.5 de la Ley de Contratos y, analógicamente, lo estipulado en el 323.5 de la propia Ley para los órganos de contratación estatales y 8 del RGLCAP. En consecuencia, deberán incorporarse al expediente los convenios o protocolos de actuación que justifiquen el encargo a la Administración del Principado de licitar y contratar el servicio en interés de los organismos, empresas, entes y entidades del sector público autonómico con personalidad jurídica y capacidad de obras diferenciadas de la Administración. (Véanse, en este sentido, informes de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón 4/2012, de 22 de enero, y 5/2014, de 21 de marzo).

Segunda. Presupuesto máximo de licitación y crédito en que se ampara (apartado 5 del anexo I). No se han indicado los créditos presupuestarios que amparan la contratación, como manda el artículo 67.2, letra "d", del RGLCAP. Además, en el caso de organismos o entidades incluidos en el objeto del contrato cuyo presupuesto no tenga carácter limitativo, debería identificarse en cada caso el convenio o protocolo de actuación justificativo del encargo a que se refiere la observación primera anterior, del que habrá de resultar la disponibilidad de la correspondiente aportación económica (artículo 116.5 de la Ley).

Tercera. Coste variable de la telefonía móvil (apartado 5 del anexo I, páginas 48 y 49). 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 información relativa al coste variable de la telefonía móvil 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.


Cuarta. Plazo de ejecución del contrato (apartado 8 del anexo I). Debe indicarse la vigencia del contrato que actualmente provee los servicios correspondientes al lote 2 del pliego (artículo 67.2, letra “c”, inciso final, del RGLCAP) en la medida en que pueda condicionar la ejecución del que ahora se proyecta.

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*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 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).

¹ <http://dle.rae.es/?id=QHIB7B3>

Este criterio ya ha sido manifestado en informes del Servicio Jurídico 231, 249, 286, 299 y 355/2018, 64, 80, 98 y 106, 149, 160 y 161/2019, entre otros.

Séptima. Concreción de las condiciones de solvencia: acerca del personal "in situ" (apartado 12 del anexo I). Procede recordar que en los pliegos de prescripciones técnicas deben determinarse con total precisión las prestaciones a realizar por el personal de la/s empresa/s adjudicataria/s, 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.

Octava. Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación (apartado 19 del anexo I). El artículo 146.2 de la Ley de Contratos atribuye a un comité de expertos la aplicación de los criterios de valoración de las ofertas dependientes de un juicio de valor cuando éstos tengan atribuida una ponderación mayor que aquéllos susceptibles de aplicación de forma automática (apartado "a") y a la mesa de contratación en los restantes supuestos (apartado "b").

Como ha dejado dicho El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución de 6 de julio de 2018 (655/2018, recurso 571/2018) *“la figura del comité de expertos se alza como una garantía para una correcta e imparcial valoración de aquellas ofertas donde los juicios de valor tienen un determinado peso en el total de la puntuación a otorgar por el órgano de contratación. Es decir, en definitiva, el comité de expertos no se constituye como un determinado requisito ante un determinado escenario, y si no estamos en él no puede acudir al mismo, sino que, y como afirmamos, es un instrumento al que los órganos de contratación pueden acudir para asegurar la correcta e imparcial valoración de las ofertas que se incluyan en una licitación. En este sentido, este Tribunal hace suyo el informe nº 21/2009, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón señala sobre el Comité de Expertos que ‘la finalidad de esta nueva figura creada en la LCSP, que recordemos no está exigida por las directivas comunitarias, no es otra que la de reforzar la objetividad en la valoración de ofertas, de manera que en los casos en que esta dependa mayoritariamente de juicios de valor y no de la mera aplicación de fórmulas matemáticas, la valoración de los mismos recaerá no en la mesa de contratación si no en un grupo de personas expertas. Esta es la diferencia fundamental respecto de los miembros de la mesa de contratación que no tienen por qué ser expertos en la materia sobre la que versa la valoración’”.*

El Tribunal, interpretando sistemáticamente los artículos 150.2 y 160.1, segundo inciso, del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, llega a la conclusión de que, en el primero de los supuestos (cuando los elementos sujetos a juicio de valor tengan una ponderación mayor que los automáticos) el recurso al comité de expertos es obligatorio; mientras que en el segundo (los criterios subjetivos ponderan menos que los de aplicación automática), será potestativo del órgano de contratación, pues aunque la norma no lo exija, ello no excluye la posibilidad de constituir un órgano que asesore para la valoración de las ofertas, es decir, un comité de expertos, dentro de la genérica posibilidad *“de solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos”*. Dicho de otro modo: en estos casos el órgano de contratación, para la valoración de los criterios subjetivos, podrá auxiliarse de un órgano sujeto a menos exigencias formales que el comité de expertos (informe técnico del servicio que corresponda), pero también puede acudir a un comité de expertos.

El razonamiento anterior resulta extrapolable a la regulación contenida en la vigente Ley de Contratos del Sector Público, cuyos artículos 146.2, letra "a" y 157.5 son sustancialmente un trasunto de la regulación derogada, lo que permite dar cabida, si así lo decide el órgano de contratación, a que se prevea la constitución de un comité de expertos para la informar la aplicación de los criterios subjetivos cuando, no siendo ello preceptivo, se considere conveniente.

En el presente caso, es verdad que la ponderación que se propone para los criterios subjetivos, aunque se acerca, no alcanza el umbral que haría legalmente exigible su aplicación por un comité de expertos *ex artículo* 146.2, letra "a" de la Ley, a saber, el 34% en el lote 1, 49% en el 2, 50% en el 3 y 48% en el 4. Pero no lo es menos que la letra "b" del precepto citado, en relación con el 157.5 del mismo cuerpo legal, permite recurrir a dicho comité si así se previese en el pliego, posibilidad que se nos antoja harto recomendable teniendo en cuenta las particulares características del contrato, su duración y su montante económico.

En efecto, es de ver que -salvo el precio- la aplicación automática, mediante fórmulas, de casi todos los restantes criterios de valoración requiere, por su complejidad y especialización, de un conocimiento profundo de la materia objeto del contrato que no tienen por qué tener -y que previsiblemente no tendrán- la mayor parte de los miembros de la mesa de contratación.

Así v. gr. para el lote 1, el criterio 3 denominado "*prestaciones adicionales*", se divide a su vez en otros 11 subcriterios cuya aplicación, sin menoscabo de su automatismo, resulta de tal prolijidad que requiere de una extensa regulación, detallada en las páginas 86 a 94 del pliego, y se refiere a cuestiones tan ajenas a los temas iniciados en la materia como la siguiente, que se transcribe a título de ejemplo:

"1. Tecnología de accesos principales en los centros (13 puntos).

Tecnología de accesos principales en los centros. Se valorará la tecnología propuesta (según clasificación de bloques) para los enlaces principales propuestos en cada centro, valorando la tecnología propuesta para los enlaces principales.

Para cada uno de los centros, el licitador indicará la tecnología mediante la cual presta el acceso principal (fibra óptica dedicada, FTTH propio, HFC, radioenlace garantizado punto a punto, radioenlace multivano, etc), indicando si el circuito principal lo establecerán por enlace dedicado o no

GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Servicio Jurídico del
Principado de Asturias.

y el bloque según la clasificación de bloques especificada en el PTT que corresponde a cada acceso (FIDE, FIHCOM, ARGA, ARG1, OTROS).

Teniendo en cuenta la tecnología indicada para el acceso principal en ese centro, se otorgará la siguiente puntuación a cada uno de los accesos principales:

El acceso principal propuesto se corresponde al bloque FIDE (de acuerdo con las tecnologías que se engloban en este bloque según el PPT): se otorgan 13 puntos a ese enlace principal.

El acceso principal propuesto se corresponde al bloque FIHCOM (de acuerdo con las tecnologías que se engloban en este bloque según el PPT): se otorgan 8 puntos a ese enlace principal.

El acceso principal propuesto se corresponde al bloque ARGA (de acuerdo con las tecnologías que se engloban en este bloque según el PPT): se otorgan 3 puntos a ese enlace principal.

El acceso principal propuesto se corresponde al bloque ARG1 (de acuerdo con las tecnologías que se engloban en este bloque según el PPT): se otorgan 1 puntos a ese enlace principal.

El acceso principal propuesto se corresponde al bloque OTROS (de acuerdo con las tecnologías que se engloban en este bloque según el PPT): se otorgan 0 puntos a ese enlace principal.

Los licitadores deberán tener en cuenta que existen centros donde obligatoriamente puede solicitarse proponer un bloque determinado.

Se asignarán los 13 puntos de este apartado al licitador con mayor puntuación final correspondiente al sumatorio de la puntuación obtenida por cada enlace, puntuándose el resto de las ofertas de forma proporcional. Según la siguiente fórmula (...)"

A continuación el pliego expresa la fórmula que resultará de aplicación.

De un modo similar son tratados la mayor parte de los subcriterios en que se divide el criterio, y otro tanto acontece, salvadas las distancias, con las "prestaciones adicionales" a valorar para los lotes 2, 3 y 4.

Ello hace prever que la mesa de contratación, para poder constatar cabalmente si la oferta de cada licitador incluye o no los diferentes ítems cuya valoración habrá de hacerse de modo automático, o lo que es lo mismo, si la oferta contempla o no las especificaciones técnicas merecedoras de valoración positiva, haya de recurrir al órgano proponente de la contratación en demanda del informe técnico a que se refiere el artículo 157.5, inciso final, de la Ley (necesidad de verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego) pues, aún sin margen de discrecionalidad, se trata de requerimientos de compleja apreciación para cualquier profano. Por otra parte, la mesa se verá en la necesidad de solicitar un segundo informe técnico para la aplicación de los criterios subjetivos (artículo 157.5, primer inciso). Ello traerá como consecuencia que un elevado porcentaje de la puntuación a otorgar a las ofertas, o sea, el correspondiente a la

suma de la oferta técnica y de las prestaciones adicionales², habrá de pivotar, por la doble razón que se ha expuesto, sobre informes técnicos en puridad ajenos a la mesa de contratación, que podrán ser evacuados por profesionales cualificados, aunque sin las exigencias formales propias del comité de expertos.

Por consiguiente, parece recomendable -aun no siendo preceptivo- que se prevea en el pliego la posibilidad de recurrir a un comité de expertos para la valoración de los criterios subjetivos, de modo que -en el decir del Tribunal de recursos- se pueda “asegurar la correcta e imparcial valoración de las ofertas que se incluyan en una licitación”, sin perjuicio de que la mesa pueda también solicitar al órgano que interesa la contratación, si lo estima necesario, el informe técnico para la verificación de las ofertas, de modo que uno y otro informe puedan ser emitidos por órganos diferentes.

Novena. Sobre la ponderación del precio como criterio de adjudicación (apartado 19 del anexo I). Es de recordar que el artículo 145.5, letra “b”, de la Ley de Contratos sujeta al principio de proporcionalidad la formulación de los criterios de adjudicación del contrato, proporcionalidad que deberá justificarse adecuadamente en el expediente. En este sentido, se constata que el precio es escasamente (15% para el lote 1, 20% para el lote 2, y 25 % para los lotes 3 y 4). Así pues, la justificación de los criterios deberá extenderse a garantizar que, en la práctica, el elemento *precio* no resulte irrelevante para la adjudicación del contrato, efecto que sería contrario al artículo 145 de la Ley de Contratos.

Igualmente contrario al mencionado precepto, por desproporcionada, pudiera ser una ponderación excesiva de las mejoras (46 % para el lote 1, 25 % para el 2, 20% para el 3 y 27% para el 4) , si se tiene en cuenta que las mejoras no pueden ser sino *prestaciones adicionales* a las que figuran definidas en el pliego como objeto del contrato y que el esfuerzo económico a realizar en este aspecto por los licitadores puede resultar comparativamente pequeño atendiendo al valor estimado del contrato y a que la minoración del precio (oferta económica) pondera escasamente, como se ha dicho. Ambos extremos, por tanto, deberán ser objeto de específica justificación en el expediente.

² Lote 1: 34 % + 46 %, respectivamente. Lote 2: 49% + 25 %; lote 3: 50 % + 20 % y lote 4: 48 %

Este criterio ya ha sido manifestado en informes 362/2018 y 36, 146 y 149/2019.

Décima. Modificaciones del contrato previstas en el pliego (apartado 28 del anexo I). Debe especificarse el límite porcentual previsto en el artículo 204.1 de la Ley.

Undécima. 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).

Finalmente es de advertir que se ha omitido el dato del *ancho de banda* en las páginas 89 y 90 del pliego.

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, 5 de junio de 2019.

El Letrado,

Fdo.: Pedro Isidro Rodríguez