

Informe nº 148/2019

Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato mixto cuyo objeto es el suministro de vehículos todoterreno mediante alquiler operativo (*renting*) con destino a la Guardería del Medio Natural de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación el Territorio y Medio Ambiente, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria.

Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente (expediente de origen 19/137/MA-SU).

ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de referencia remite, para informe, el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato mixto cuyo objeto es el suministro de vehículos todoterreno mediante alquiler operativo (*renting*) con destino a la Guardería del Medio Natural de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación el Territorio y Medio Ambiente, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y tramitación ordinaria, expediente de origen 19/1371MA-SU.

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, 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. Acerca de la existencia de un único lote (cláusula 1.2). 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, siempre que 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"*. Al tiempo, considera motivos válidos a estos efectos -entre otros- *"el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos [continúa. el precepto] deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente"* (letra "b" del artículo citado).

Pues bien, vista la redacción de la cláusula 2.3 del pliego a la luz del precepto antedicho, procede hacer las siguientes Consideraciones:

- a) Dado que el artículo 99.3 de la Ley constituye la excepción a la regla general, su aplicación deberá ser *prima [ocie]* objeto de interpretación estricta, lo que favorecerá -en caso de duda- la aplicación de la regla general preferentemente a la invocación de la excepción.
- b) Como reza el precepto, los extremos en los que se haya de basar la existencia de un único lote deben ser justificados *"debidamente"* en el expediente. El énfasis así puesto por el legislador al referirse a la [debid] justificación hace pensar que ésta, para bien ser, no podrá traducirse en un mero trámite ni consistir únicamente en la práctica

repetición en el expediente de lo que la Ley considera motivos válidos para acogerse a la excepción. La exigencia de que estas circunstancias se *justifiquen debidamente* en el expediente obliga a pensar que el legislador ha querido que en el mismo consten, con la adecuada pormenorización, las *razones técnicas* que dificultarían la correcta ejecución del contrato, de dividirse éste en lotes, cuya concurrencia en el caso concreto deberá ser fundada y demostrable (justificada), con estimación -siquiera prudencial- de las consecuencias de todo orden que podrían suscitarse de producirse la división; así como -en su caso- la *imposibilidad* (rectamente entendida en el sentido de imposibilidad material y no de mera dificultad o incomodidad) de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones que integren el objeto del contrato si hubiese una pluralidad de contratistas.

- e) Como se ha dicho, el legal acomodo de la obligada justificación ha de ser el expediente, no necesariamente el pliego. De este modo, podrá resultar formalmente correcta una información sucinta como la que se refleja en la redacción de la cláusula estudiada, sin perjuicio de su debida constancia en el expediente en los términos expuestos para poder decir que se ha atendido la exigencia legal.
- d) En todo caso, resulta llamativo que las razones aducidas en la cláusula estudiada no vayan referidas a la ejecución del contrato propiamente dicha, sino a la mayor onerosidad que supondría para la Administración controlar la ejecución del mismo si en lugar de atender a un único adjudicatario hubiese de mantenerse interlocución con varios, o a la necesidad -genéricamente aducida- de que todos los vehículos a suministrar (en numero de ochenta) deban tener idénticas características, algo que en buena lógica de enderá del fabricante y del modelo de vehículo a suministrar, y no de su arrendador, que podrá ser quienquiera siempre y cuando los bienes que se pongan a disposición en régimen de arrendamiento operativo respondan efectivamente a las características fijadas en el pliego de técnicas. Pues, al contrario de lo que se da a entender en la cláusula estudiada, no se ha de tratar necesariamente de hacer lotes en función de las diferentes prestaciones que integran el

objeto del contrato (suministro de vehículos, mantenimiento integral, reparación y aseguramiento), sino de dividirlo en lotes (1, 2, 3, 4 o los que se consideren adecuados) de un número determinado de vehículos idénticos junto con los demás servicios que se requieren, de modo que se permita optar al contrato, en su caso, a empresas de diferente dimensión. En opinión de quien suscribe, por tanto, la motivación ofrecida en el pliego no resulta bastante para excepcionar el principio general de la Ley, máxime cuando la dimensión de cada lote puede ser establecida por el órgano consultante en los términos que considere razonables (v. gr. 40, 30, 20 vehículos). Y así, es de suponer que, entre un único lote (como se propone en el pliego) y más de uno (como parece que se trata de evitar) podrá hallarse un equilibrado término medio que el órgano consultante considere prudente el cual, sin llegar a hacer imposible el control de ejecución con los medios de que disponga la Consejería, permita acceder a más de una empresa adjudicataria, en especial teniendo en cuenta el nada desdeñable valor estimado del contrato (superior a tres millones de euros, como luego se dirá) y su duración potencial (hasta cincuenta y seis meses), considerando sus posibles prórrogas.

Segunda. Valor estimada del contrato (cláusula 5.2) Salvo error de quien suscribe, la cláusula ha tenido en cuenta para su cálculo únicamente los 48 meses de duración prevista sin incluir una eventual prórroga de otros 12 meses (cláusula 6.1), lo que hace necesario sumar otros 518.400,00 € a 1052.592.000,00 estimados. Ello a tenor de lo previsto en el artículo 101.2, letra "a", de la Ley de Contratos.

Tercera. Lugar y forma de presentación de las proposiciones (cláusula 10). 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,

¹ Véase observación segunda.

artículo 14). Así, Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 63212018, de 29 de junio, 80812018, de 14 de septiembre, 88312018, de 5 de octubre y 1077/2018, de 23 de noviembre de 2018; y 10412018, 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 212018, 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. Ofertas anormalmente bajas (cláusula 11.2). Con arreglo a la instrucción 3 de las aprobadas por el Consejo de Gobierno en su reunión de 3 de mayo de 2018, cuando la Mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación, hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores la presentación de aquellos documentos que justifiquen el cumplimiento, como mínimo, de las condiciones impuestas en el convenio colectivo sectorial vigente que resulte de aplicación. Dado que las citadas instrucciones no son disposiciones de carácter general, su contenido no resultará claramente exigible a licitadores y/o contratistas si no se trasladan previamente al clausulado de cada contrato.

Quinta. Condición especial de ejecución (cláusula 16) v penalidades (cláusula 17.6). La única condición especial de ejecución que se ha fijado (cláusula 16) ha sido configurada como obligación contractual esencial a los efectos del artículo 211.1, letra "f", de la Ley de Contratos. No se comprende pues que la cláusula 17.6 fije una penalidad "por incumplimiento de las condiciones especiales (sic) de ejecución", pues el incumplimiento de la -única- determinada en la cláusula 16 habrá de acarrear necesariamente la resolución del contrato. Deberá corregirse este extremo en el sentido indicado.

Por otra parte la 17.3 considera penalizable la demora en la entrega de los vehículos más allá del plazo máximo de 300 días naturales fijado en el pliego. Sin embargo, la cláusula 11 (criterios de valoración) otorga una puntuación de hasta el

GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERIA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Servicio Jurídico del
Principado de Asturias.

20% por la reducción del plazo de entrega por debajo del umbral máximo de 300 días. De este modo, cabría que el adjudicatario se comprometiese a entregar los vehículos antes de los 300 días naturales, por lo que la penalización por demora, para que resulte efectiva, debe referirse no a los repetidos 300, sino a los días que resulten del plazo de entrega ofrecido por el adjudicatario, pues de otro modo podría darse el absurdo de que, comprometido un plazo de entrega inferior al máximo estipulado en el pliego, acaso determinante de la adjudicación del contrato, pudiera incumplirse por un hipotético contratista moroso sin mayor consecuencia hasta rebasar el umbral de 300 días.

Lo que se informa. a los efectos oportu sin perjuicio de criterio mejor fundado en Derecho. No obstante, el órgano de contratación resolverá lo que estime más acertado.

Oviedo, 24 de mayo de 2019.



Fdo.: Pedro Isidro Rodríguez.

