

Informe nº 202/2019

Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato mixto comprensivo del diseño de imagen de la *feria de artesanía de navidad* y del suministro de elementos divulgativos, así como del servicio de montaje del espacio relativo a la exposición "Pieza Única", a adjudicar mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.

Consejería de Empleo, Industria y Turismo (expediente de origen CONP/2019/120).

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 mixto comprensivo del diseño de imagen de la *feria de artesanía de navidad* y del suministro de elementos divulgativos, así como del servicio de montaje espacio relativo a la exposición "Pieza Única", a adjudicar mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, expediente de origen CONP/2019/120.

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 subjetivos evaluables de forma no automática (apartado 19 del anexo I). El artículo 145.5, letra "b", de la Ley de Contratos del Sector Público, establece que los criterios de adjudicación "*deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada*". Sin embargo en nuestro caso, la definición de los criterios subjetivos contenida en el pliego, en la práctica, viene a conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada pues, al no haberse establecido unos parámetros o valores estéticos a cuya consecución deban tender las propuestas de los licitadores, la puntuación que se les otorgue pivotará exclusivamente sobre el gusto particular de quien finalmente haya de apreciarlos, de su percepción como algo estéticamente bello o desagradable, de su preferencia personal en definitiva, opinión que podrá ser aceptada o no por otros con el mismo grado de corrección y que, por eso mismo, no puede servir como criterio de valoración.

Es verdad que la Ley (artículo 145.2.1º) permite apreciar la relación calidad-precio atendiendo a las características estéticas del producto o servicio a contratar, pero no lo es menos que, para hacerlo, es necesario sujetarse a las reglas de definición de los criterios de valoración legalmente establecidas, entre ellas, la obligación de formularlos de manera objetiva lo que se traduce, en el presente caso, en la necesidad de que se concreten y definan en el propio pliego los valores estéticos a los que deben tender las propuestas a valorar (v. gr. equilibrio, armonía, simplicidad, simetría, dramatismo, solemnidad, delicadeza, majestuosidad, fantasía, grandiosidad o cualesquiera otros) con arreglo -entonces sí- a las preferencias del órgano de contratación, pero de modo y manera que resulten perfectamente cognoscibles *ex ante* por quienes tengan interés en formular su proposición. Dicho de otro modo: la mayor o menor valoración de una propuesta no debe depender de que *guste* más o menos a quien haya de valorarla. Su apreciación podrá ser *subjetiva* en la medida en que no pueda realizarse de forma automática, pero su definición deberá ser *objetiva* y *previa* al trámite de valoración.

Por lo expuesto, es opinión de este Letrado que la definición de los criterios subjetivos contenida en el pliego cuando se dice que se valorará (con hasta 20 puntos sobre 100) la "*estética atractiva del diseño*" o el "*atractivo y originalidad del*

dossier fotográfico y material complementario" (hasta 5 puntos sobre 100) o la *"originalidad y modernidad"* del diseño presentado (hasta 45 puntos sobre 100) conculca el artículo 145.5, letra "b", de la Ley de Contratos.

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

Primera. *Acreditación de la solvencia económica y financiera de quien resulte propuesto como adjudicatario (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.

Segunda. *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 no más 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 (ponderan justamente un 50%), no alcanza el umbral que haría legalmente exigible su aplicación por un comité de expertos *ex artículo 146.2*, letra "a" de la Ley. 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, y en concreto, la aplicación de criterios de índole estética para obtener hasta el 50% de la puntuación total.

Tercera. Unidad encargada de la valoración de los criterios subjetivos (apartado 23 del anexo I). El artículo 157.5 de la Ley de Contratos permite (no obliga) a la mesa de contratación recabar cuantos informes técnicos considere precisos para valorar criterios distintos al del precio. Se trata pues -por un lado- de informes *técnicos* y -por otro- de informes *potestativos*, que la mesa de contratación decidirá solicitar o no, atendiendo al precepto legal citado.

Desde este punto de vista, no se comprende bien que el pliego haya previsto que la solicitud de informe tenga carácter obligatorio para la mesa de contratación, como tampoco que el informe se recabe al órgano superior jerárquico (la Dirección General) del que promueve la contratación (el Servicio de Gestión y Calidad Comercial, según el apartado 2) y habrá de responsabilizarse de controlar su seguimiento y ejecución (apartado 3), y cuyo titular habrá de formar parte de la mesa (Resolución de 16 de marzo de 2018, de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, por la que se constituye con carácter permanente la Mesa de contratación de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, y se designan sus miembros), no obstante lo cual estará vinculado, como es natural, por el sentido del informe emitido por su superior jerárquico.

Cuarta. Condiciones especiales de ejecución (apartado 24 del anexo I). Como es sabido, la facultad de dictar *instrucciones* a que se refiere el artículo 6.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, permite a los

órganos superiores dirigir y ordenar la actuación de los subordinados en el sentido que se considere más adecuado y constituye un instrumento típico de toda organización jerárquica cual es la Administración pública. Por otra parte, es llano que el carácter vinculante de las *instrucciones* no se ve mermado por la más débil consecuencia jurídica frente a terceros que pudiera derivarse de su incumplimiento (artículo 6.2 de la Ley citada).

En este sentido, las instrucciones dadas por el Consejo de Gobierno, en su reunión de 3 de mayo de 2018, para la inclusión de criterios sociales en la tramitación de contratos de la Administración del Principado de Asturias y su sector público, no constituyen una recomendación, sino que su observancia en los pliegos resulta obligatoria para los órganos de contratación y, por consiguiente, su no atención debe ser advertida, cuando se detecte, en el informe preceptivo a los pliegos de cláusulas, pues aun cuando su incumplimiento pueda no afectar *per se* a la validez del pliego, no por ello deja de constituir una infracción legal (cfr. artículos 3.1 y 6.1, de la Ley 40/2015, y 21 de la Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias).

En el pliego examinado es de advertir que no se han tenido en cuenta totalmente en sus términos las instrucciones 2 y 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**" (instrucción 4).

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, 26 de julio de 2019.

Fdo.: Pedro Isidro Rodríguez