

Informe núm. 43/2019

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

**Servicio de soporte y mantenimiento del sistema de receta electrónica y de la base de datos corporativa de medicamentos de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias
Consejería de Sanidad**

ANTECEDENTES

Se examina el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del Servicio de soporte y mantenimiento del sistema de receta electrónica y de la base de datos corporativa de medicamentos de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, remitido por la Consejería de Sanidad.

En respuesta a dicha solicitud de informe, de conformidad con lo establecido por los artículos 6.1 d) Y8 del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, la Letrada que suscribe emite su parecer al respecto con arreglo a las siguientes:

CONSIDERACIONES DE DERECHO

De conformidad con lo establecido en 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, el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), y demás disposiciones de general aplicación, se realizan las siguientes **O B S E R V A C I O N E S** :

PRIMERA.- CLÁUSULA 5.-NECESIDADES ADMINISTRATIVAS A SATISFACER.- Siendo una novedad establecida en el artículo 28.4 de la LCSP la obligación de programar la actividad de contratación pública, debería fijarse en la citada cláusula el acomodo de la correspondiente licitación al plan de contratación fijado por la propia Consejería de Sanidad.

SEGUNDA.- CLÁUSULA 13 APTITUD PARA CONTRATAR.- En el apartado 13.1 d) referido a la forma de acreditar la solvencia económica y financiera debería suprimirse la referencia a la '*información análoga*', dadas las dificultades que plantea su valoración al ser analizada por la Mesa de Contratación. Es más, conforme a lo dispuesto en el artículo 23.1 del Código de Comercio, la certificación expedida por el

Registro Mercantil es el único medio válido para acreditar de forma fehaciente el contenido de los asientos del Registro. Precisamente y en relación con la presente licitación debe señalarse que la entidad del contrato y su valor estimado (1.301.606,60 €), exigiría por prudencia la acreditación de la solvencia del adjudicatario del contrato mediante la presentación del correspondiente certificado.

Por otra parte, respecto del apartado e) relativo a la adscripción de medios personales y materiales debe justificarse adecuadamente en el expediente administrativo y con mayor detalle que los requisitos exigidos al Jefe de Proyecto y Técnicos de Sistema (Lote 1) y únicamente para los Técnicos de Sistema (Lote 2), no suponen una limitación o exigencia desproporcionada.

TERCERA.- CLÁUSULA 14 PRESENTACIÓN DE LAS PROPOSICIONES Por lo que respecta al apartado 14.2, procede recordar que 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 4*). Así, Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 632/2018, de 29 de junio y 808/2018, de 14 de septiembre, 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.

CUARTA.- CLÁUSULA 15 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.- Con carácter previo debemos recordar que la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público exige en su artículo 131.2, que la adjudicación de los contratos se realice utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de *mejor relación calidad-precio*. En consecuencia, los órganos de contratación velarán por el establecimiento de criterio de adjudicación que permitan obtener *servicios de "gran calidad"* que respondan lo mejor posible a las necesidades a satisfacer mediante la presente licitación pública.

La propia LCSP determina que la forma de conseguir la mejor relación calidad-precio es mediante la evaluación con arreglo a criterios económicos y cualitativos establecidos en el artículo 145.2 del texto legal, y siempre vinculados al objeto del contrato.

Por lo tanto y bajo dicho prisma, el criterio referido a la "Organización del equipo de trabajo", no puede ser considerado criterio de adjudicación por las siguientes consideraciones:

- Nos encontramos ante un contrato de resultado consistente en la garantizar el funcionamiento y operatividad de los Sistemas de Receta Electrónica y de la Base de Datos Corporativa de Medicamentos.
- En la presente licitación ya se exige expresamente un compromiso de adscripción de medios personales que incluye perfiles profesionales a los que se exige una determinada experiencia.
- Durante la ejecución del contrato se establece una organización del trabajo, bajo la forma de proyecto que permite obtener un "*Seguimiento formal de avance del proyecto*" (Cláusula 23.7 del PCAP).

En consecuencia, la organización del equipo de trabajo no puede ser un criterio de adjudicación en los términos expuestos, toda vez que responde a la ejecución ordinaria y necesaria para el cumplimiento de las tareas y funciones que conforman el objeto del contrato.

En cuanto al criterio "Oferta Económica", el artículo 146.2 b) de la LCSP exige que su elección se tendrá que justificar en el expediente, debiendo constar en el presente caso el razonamiento por el cual se introduce un factor de corrección al disminuir la media del precio de las ofertas en un 20%.

Finamente, sobre la composición del Comité de Expertos prevista en la cláusula 15.4.2, y por lo que respecta a su designación, deberá adaptarse a lo dispuesto en el artículo 29 del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

QUINTA.- CLÁUSULA 16 ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.- Desde el pasado 7 de diciembre de 2018, se encuentra en vigor la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, que adapta al nuestro ordenamiento jurídico el Reglamento General de Protección de Datos (*en vigor desde el pasado 25 de mayo de 2018*).

La Disposición Adicional Duodécima de la citada LOPDGD modifica el artículo 28 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas *-en concreto sus aparatos 2 y 3-*, eliminado el consentimiento tácito del interesado para la consulta de datos personales elaborados por otras Administraciones. Por otra parte, precepto que debe ponerse en relación con el contenido del artículo 6.1 de la Ley: "*de conformidad con el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre,*

específica, informada e inequívoca por la aceptación, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen".

En consecuencia, para poder realizar la consulta de los datos obrantes en poder de otras Administraciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el órgano de contratación deberá recabar el consentimiento expreso de los licitadores en los términos exigidos en la vigente LOPDGD, en aquellos supuestos en los que, o bien los licitadores no están inscritos en el Registro de Licitadores, o bien porque no se reflejen los datos de estar al corriente de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social, o finalmente, porque los inscritos contuvieran una información "caducada" en el momento de realizar la comprobación.

SEXTA.- CLÁUSULA 20 ABONOS A LA EMPRESA ADJUDICATARIA.- Por lo que respecta al régimen de pagos debería indicarse la exigencia, o en su caso, la posibilidad del adjudicatario de emitir factura electrónica, de conformidad con lo establecido a la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, y de ser ésta presentada a través del punto general de entrada de facturas electrónicas del Estado (FACE).

Asimismo, toda vez que de conformidad con lo establecido en el Decreto 151/2014, de 29 de diciembre, por el que se establecen exclusiones a la obligación de facturación electrónica, las facturas emitidas por los proveedores de bienes y servicios de la Administración del Principado de Asturias cuyo importe sea de hasta 5.000 euros quedan excluidas de la obligación de emisión en formato electrónico, deberá indicarse en la citada cláusula la posibilidad de presentar la factura en el correspondiente registro administrativo.

SEPTIMA.- CLÁUSULA 23.- EJECUCIÓN DEL CONTRATO. Por lo que respecta a las condiciones especiales de ejecución del contrato, deberá definirse en el pliego la forma de acreditar el cumplimiento de todas las condiciones especiales de ejecución, máxime cuando aquéllas que se configuren con el carácter de obligación contractual esencial <Acuerdo Consejo de Gobierno de 3 de mayo de 2018-. 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 LCSP), 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 más adecuado.

OCTAVA.-CLÁUSULA 25 RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.- A tenor del presupuesto del contrato y de las importantes consecuencias que se pueden derivar de los incumplimientos de las obligaciones del contratista, deberá valorarse por el órgano de contratación la conveniencia de exigir al adjudicatario del contrato la suscripción de un seguro de responsabilidad civil en el importe que en su caso se determine.

NOVENA.- CLÁUSULA 30 MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.- La redacción de la presente cláusula deberá adaptarse a las exigencias del artículo 204.1 de la LCSP, pues en los términos actuales ni es posible comprender su alcance exacto, ni cumple la exigencia legal de precisar con detalle suficiente su alcance límites y naturaleza, ni tampoco las condiciones "*en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva*".

DÉCIMA.- ANEXOS.- Respecto del Anexo 1 y el ejercicio del derecho de oposición, damos por reproducida la observación cuarta del presente informe.

CONCLUSIONES

ÚNICA.- Se informa FAVORABLEMENTE el contenido del Servicio de soporte y mantenimiento del sistema de receta electrónica y de la base de datos corporativa de medicamentos de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, siempre que con carácter previo a la aprobación del pliego se atiendan las observaciones formuladas.

Es opinión de quien suscribe, salvo mejor criterio fundado en derecho.

Oviedo, a 13 de marzo de 2019

LA LETRADA DEL SERVICIO JURÍDICO
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

LOPD

María Álvarez Rea