

**Informe núm. 335/2019**

**Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del servicio de asistencia técnica de ejecución del diagnóstico de la red y propuesta de actuaciones en la Red de carreteras del Principado de Asturias (20/018/CA-SE) (CONP/2019/735).**

**Consejería de Infraestructuras, Medio Ambiente y Cambio Climático**

**ANTECEDENTES**

Se examina el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del servicio de asistencia técnica de ejecución del diagnóstico de la red y propuesta de actuaciones en la Red de carreteras del Principado de Asturias (20/018/CA-SE) (CONP/2019/735), mediante procedimiento abierto simplificado y varios criterios de adjudicación, remitido por la Consejería de Infraestructuras, Medio Ambiente y Cambio Climático del Principado de Asturias.

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, 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 1. OBJETO DEL CONTRATO.** La vigente Ley de contratos ha venido a invertir la regla general que se utilizaba hasta ahora en materia de división en lotes del objeto del contrato. Y así, desde su entrada en vigor, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la LCSP 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.

En el apartado 1.2 de la citada cláusula se determina que no procede la división en lotes *"pues el conocimiento de una fase de los trabajos es condición obligatoria para poder ejecutar las siguientes fases"*. La justificación no es adecuada ni suficiente. Precisamente las "fases" o tareas que conforman el objeto del contrato están delimitadas en cuatro partes, y salvo mayor justificación sería susceptibles de ejecución independiente, sin perjuicio de que sean de realización sucesiva -y *con conocimiento de los resultados de las tareas anteriores o previas*- y no simultáneas. Por lo tanto, y en su caso, la justificación de la no división en lotes deberá adaptarse al mandato contenido en el artículo 99.3 de la LCSP.

**SEGUNDA.- CLÁUSULA 3. OBJETO DEL CONTRATO.** Siendo una novedad establecida en el artículo 28.4 de la LCSP la obligación de programar la actividad de contratación pública, debería establecerse en la citada cláusula el acomodo de la correspondiente licitación al plan de contratación fijado por la propia Consejería Infraestructuras, Medio Ambiente y Cambio Climático.

**TERCERA.- CLÁUSULA 5. PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN, VALOR ESTIMADO Y PRECIO DEL CONTRATO.-** El artículo 100 de la LCSP se refiere al *"presupuesto base de licitación"* entendido como límite máximo de gasto incluido el IVA, y exige que en el PCAP se desglose los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Asimismo, en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato *-cuál es el caso-* en el presupuesto debe figurar de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. Al respecto procede señalar que si bien se identifica el convenio y la categoría profesional, no existe concordancia entre lo el cálculo de gastos de personal reflejado en el apartado 5.1 y el cálculo del precio para cada una de las tareas de contrato fijado en el apartado 5.3 del PCAP.

**CUARTA.- CLÁUSULA 6. EXISTENCIA DE CRÉDITO EN RELACIÓN CON LA CLÁUSULA 8.-** La tramitación del contrato en la modalidad de anticipado de gasto resulta improcedente no solo en el momento actual tras la aprobación de Ley del Principado de Asturias 8/2019, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2020 (BOPA de 31 de diciembre de 2019), sino en la fecha de creación de los pliegos (23-12-2019) y consiguiente solicitud del presente informe.

**QUINTA.- CLÁUSULA 12 CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS PROPOSICIONES.** 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 criterios 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.

En el presente pliego se opta por criterios de valoración consistentes en precio y oferta técnica, distinguiendo a su vez entre criterios evaluables de manera objetiva y mediante juicios de valor.

La definición de los criterios técnicos configurados en los apartados 12.2 y 12.3, además de no suponer una mejor calidad en la prestación del servicio (*sino que implican otorgar puntuación a las ofertas que cumplen unos items cuya exigencia debería venir en todo caso determinada en el propio clausulado*), contravienen los requerimientos del artículo 145.5, letra "b", de la Ley de contratos, toda vez que en la práctica viene a conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, lesionando así los principios de igualdad y no discriminación.

En concreto y respecto de los criterios valoración *"de manera objetiva"*, realizaremos las siguientes precisiones:

1º.- Sin perjuicio de insistir en que no se trata de criterios de calidad, los criterios no se ha definido en términos precisos, pues por ejemplo se califica como buena cualquier oferta técnica que *"no contenga todos los elementos"* exigidos en la ficha tipo, o cuando las *"secciones"* no contengan todos los elementos principales, o falta alguna valoración económica de las mismas, lo que llevaría al absurdo, conforme a la redacción actual de otorgar la misma puntuación a la oferta técnica a la que solo le falte un elemento y a la que le falten varios.

2º.- Lo que resulta aún de mayor importancia y trascendencia: los criterios de valoración objetiva son automáticos y no es dable a la Administración efectuar ninguna apreciación discrecional, ni técnica ni de ninguna otra clase. Así lo deja sentado claramente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución nº 796/2015 (recurso 883/2015), de 11 de septiembre de 2015,

que además insiste en que en tales supuestos debe *"limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor"*.

La cláusula estudiada propone como criterios de valoración automática, amén de la oferta económica (*reducción del precio*) a puntuar mediante la aplicación de la fórmula correspondiente, la valoración de la Ficha tipo, secciones tipo, valoración económica de las secciones tipo propuestas y organigrama.

Sucede sin embargo que la valoración de todos ellos y su subsiguiente puntuación, no puede realizarse de modo automático, al contrario de lo que propone el pliego, sino que requiere *-en opinión de quien suscribe-* un determinado margen de apreciación discrecional en orden a constatar si se aplican o no los precios de mercado en la valoración económica de las secciones tipo o si están o no completamente definidas las secciones o si la experiencia efectivamente acreditada por los medios personales se refiere o no trabajos de construcción y conservación (ingenieros) o solo de conservación (Ingeniero técnico) para lo cual habrá de examinarse la *"descripción de los trabajos realizados"* en el pasado a partir de las certificaciones que se aporten o de la documentación técnica acreditativa, debidamente certificada. Se trata pues de comparar, desde un punto de vista cualitativo y no meramente numérico, si la experiencia profesional aducida en cada caso es incardinable o no, y en qué medida, en la que deba ser objeto de valoración positiva.

Resulta llano pues que la apreciación o no de similitud suficiente entre los trabajos realizados en el pasado y los que serán objeto del contrato implica un juicio de valor, por mínimo que sea, de modo que sólo una vez contrastada con resultado afirmativo la necesaria similitud entre unos y otros trabajos se podrá asignar -esta vez sí, de modo automático- los puntos previstos.

A mayores y respecto de la valoración de los equipos de trabajo, procede recordar que el artículo 145.2.2º de la Ley de contratos permite su aplicación *"siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución"*. En este sentido, la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13* admite la posibilidad de establecer entre los criterios de adjudicación de un concurso público la evaluación de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato teniendo en cuenta su constitución, experiencia probada y análisis curricular, *si se acredita la repercusión del equipo humano en la calidad de la ejecución del contrato: "la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo) valía que está constituida por su experiencia profesional y [ormacion" (...)*, pues reconoce el Tribunal que *"cuando un contrato*

*de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18" (FJ 31).*

Finalmente, por lo que respecta a los criterios técnicos de valoración mediante juicios de valor contenidos en la cláusula 12.3, se reitera que 1) no son criterios de calidad, 2) adolecen de la misma falta de concreción e imprecisión respecto de la forma en la que se va a otorgar la puntuación establecida y en todo caso, 3) ambos criterios puede configurarse como una tarea más de las que conforman el objeto de contrato, en base al resultado obtenido en las fases previas; no reuniendo, en definitiva, los requisitos exigidos por la normativa de aplicación para ser configurados como criterios de adjudicación.

**SEXTA- CLÁUSULA 13. OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS.-** Deberá revisarse la redacción actual pues la determinación de la anormalidad de la baja respecto de la oferta técnica se referencia sobre 45 de los 51 puntos posibles.

**SÉPTIMA. CLÁUSULA 14. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.-** En cuanto a la solvencia económica y financiera deberá revisarse la forma de acreditar el volumen anual de negocios de la empresa. En el pliego se hace referencia a la aportación de una declaración del empresario junto con las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil. El artículo 87.2 se de la LCSP exige la aportación *"de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente, de entre los siguientes: la certificación bancaria, póliza o certificado de seguro por riesgos profesionales, cuentas anuales y declaración del empresario indicando de volumen de negocios global de la empresa"*. El análisis de este precepto puede dar lugar a distintas interpretaciones, por lo que no existiendo en el momento actual un *"desarrollo reglamentario"* que concrete *"para cada caso"*, lo más prudente sería exigir certificado o cuando menos de nota simple expedida por el Registro Mercantil (artículos 16.2, 20.1 Y 23.1 del Código de Comercio), de las 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 el que deba estar inscrito, o mediante los libros de inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil en caso de empresario individuales.

Por otra parte, el apartado b.2) referido a la solvencia técnica deberá completarse indicando la solvencia exigida a las empresas de nueva creación, en los términos exigidos en el artículo 90.4 de la LCSP.

**OCTAVA.-CLÁUSULA 27.- SUBCONTRATACIÓN.-Deberá** incorporarse la modificación operadas sobre la LCSP tras la entrada en vigor el día 6 de noviembre del Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, que establece entre otros, la modificación en la redacción del artículos 215.4 LCSP, cuya transcripción resulta incompleta en el momento actual.

**CONCLUSIONES**

**ÚNICA.-** Se informa **DESAVORABLEMENTE** el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del servicio de asistencia técnica de ejecución del diagnóstico de la red y propuesta de actuaciones en la Red de carreteras del Principado de Asturias (20/018/CA-SE) (CONP/2019/735), mediante procedimiento abierto simplificado y varios criterios de adjudicación, remitido por la Consejería de Infraestructuras, Medio Ambiente y Cambio Climático, en tanto no se tengan en consideración las observaciones formuladas.

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

Oviedo, a 16 de enero de 2020  
LA LETRADA DEL SERVICIO JURÍDICO  
DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

ALVAREZ REA  
MARIA - DNI  
LOPD



Firmado digitalmente por ALVAREZ REA MARIA - DNI  
Nacional de identificación: (DNI) e-ES,  
ou=MINISTERIO DE JUSTICIA,  
eq=CENTRO DE REGISTRO ELECTRONICO DE  
PARLAMENTO PUBLICO,  
serialNumber=EDCES-32872373C,  
p=ALVAREZ REA, givenName=MARIA,  
cn=ALVAREZ REA MARIA - DNI  
Fecha: 2020.01.17 10:12:09 +01'00'

María Álvarez Rea