

Informe nº66/2020

Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato del servicio de mantenimiento de servidores con arquitectura “Intel” propiedad de la Administración del Principado de Asturias, mediante procedimiento abierto simplificado y varios criterios de adjudicación, con tramitación ordinaria.

Consejería de Presidencia (expediente de origen CONP/2020/1308).

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 del servicio de mantenimiento de servidores con arquitectura “Intel” propiedad de la Administración del Principado de Asturias, mediante procedimiento abierto simplificado y varios criterios de adjudicación, con tramitación ordinaria, expediente de origen CONP/2019/680.

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. Cláusula 13 (Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público). Como ya se ha puesto de manifiesto en anteriores informes (por todos, informe 329/2019), con arreglo al artículo 74.2 de la Ley de Contratos, tanto los requisitos de solvencia como la documentación que el empresario debe aportar para su acreditación deben especificarse en el pliego y su determinación es decisión exclusiva del órgano de contratación (artículo 74.1). Es pues pertinente que sea en el pliego, en cuanto “ley del contrato”, donde encuentre natural acomodo la decisión de no exigir la inscripción de los licitadores en el ROLECESP, en los términos propuestos por la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación de 24 de septiembre de 2018 (Comisión Permanente), cuando el órgano de contratación opte -motivadamente- por dicha exoneración, pues cualquier otra posibilidad comportaría en la práctica una modificación del pliego que llevaría necesariamente a la retroacción de actuaciones (artículo 122.1 de la Ley de Contratos). Y en este sentido, no cabe sino considerar atinada la previsión que contiene la cláusula estudiada, por cuanto refleja sin ambages -y por ende, con respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato de los licitadores- una regla de actuación clara que se propone al órgano de contratación.

Ahora bien, no es posible perder de vista, en primer lugar, que la exoneración del requisito de inscripción en el ROLECESP debe ser una excepción a la regla general y, por tanto, objeto de una aplicación estricta, tanto más una vez que ha expirado con creces el período transitorio previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley. Y, en segundo, que la propia Recomendación de la Junta Consultiva (datada hace más de un año y medio) considera la circunstancia que permitiría la repetida exoneración como algo *coyuntural*, de modo que “*no cabe (...) aceptar (...) que esta situación coyuntural se convierta en permanente. Tal circunstancia no está justificada más que durante el lapso de tiempo, que necesariamente ha de ser breve, en que subsista la afectación del principio de concurrencia*”, lo que para su recta aplicación, obliga a recomendar que esta decisión se motive especialmente en el expediente (artículo 35.1, letra “i”, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) más concretamente en lo que hace a la persistencia o no de la situación descrita, en cuanto susceptible de menoscabar la concurrencia. Dicho de otro modo: la mera invocación de la repetida Recomendación no habrá de bastar para la exoneración que se propone si no va acompañada de la debida motivación en el expediente justificativa de que, a día de hoy, la exigencia del requisito de inscripción en el ROLECESP es susceptible de menoscabar la concurrencia.

Segunda. Apertura de proposiciones (cláusula 19). El artículo 159.4, letra “d”, en redacción dada por la disposición final 3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril (BOE del 29) con vigencia desde el 30, queda redactado como sigue:

«d) La oferta se presentará en un único sobre o archivo electrónico en los supuestos en que en el procedimiento no se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. En caso contrario, la oferta se presentará en dos sobres o archivos electrónicos.

La apertura de los sobres o archivos electrónicos conteniendo la proposición se hará por el orden que proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 145 en función del método aplicable para valorar los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos. La apertura se hará por la mesa de contratación a la que se refiere el apartado 6 del artículo 326 de la presente Ley. »

Igualmente se ha modificado el artículo 159.4, letra “f” que, con idéntica vigencia, pasa a tener la siguiente redacción:

«f) En todo caso, la valoración a la que se refiere la letra anterior deberá estar efectuada con anterioridad a la apertura del sobre o archivo electrónico que contenga la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Tras la apertura del sobre o archivo electrónico y en la misma sesión la mesa procederá a:

- 1.º Previa exclusión, en su caso, de las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego, evaluar y clasificar las ofertas.*
- 2.º Realizar la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación.*
- 3.º Comprobar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que la empresa está debidamente constituida, el firmante de la proposición tiene poder bastante para formular la oferta, ostenta la*

solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso la clasificación correspondiente y no está incurso en ninguna prohibición para contratar.

4.º Requerir a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el compromiso al que se refiere el artículo 75.2 y la documentación justificativa de que dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y todo ello en el plazo de siete días hábiles a contar desde el envío de la comunicación.

En el caso de que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presuma que es anormalmente baja por darse los supuestos previstos en el artículo 149, la mesa, realizadas las actuaciones recogidas en los puntos 1.º y 2.º anteriores, seguirá el procedimiento previsto en el citado artículo, si bien el plazo máximo para que justifique su oferta el licitador no podrá superar los 5 días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación.

Presentada la garantía definitiva y, en los casos en que resulte preceptiva, previa fiscalización del compromiso del gasto por la Intervención en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en un plazo no superior a 5 días, se procederá a adjudicar el contrato a favor del licitador propuesto como adjudicatario, procediéndose, una vez adjudicado el mismo, a su formalización.

En caso de que en el plazo otorgado al efecto el candidato propuesto como adjudicatario no presente la garantía definitiva, se efectuará propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación, otorgándole el correspondiente plazo para constituir la citada garantía definitiva.

En el supuesto de que el empresario tenga que presentar cualquier otra documentación que no esté inscrita en el Registro de Licitadores, la misma se tendrá que aportar en el plazo de 7 días hábiles establecido para presentar la garantía definitiva.»

Por tanto, la cláusula deberá adaptarse a la nueva regulación.

Tercera. Sobre las necesidades administrativas a satisfacer (apartado 1 del anexo I). Para el adecuado cumplimiento de lo mandado por los artículos 28.1 de la Ley de contratos y artículo 67.2, letra “b”, del RGLCAP, se estima necesario que en el apartado del pliego que se indica, se incluya una mención a la Resolución de la Consejera de Presidencia de 2 de abril de 2020, por la que se acuerda la continuación de los procedimientos administrativos de contratación, entre otros, en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones, dictada al amparo de la

disposición adicional tercera, apartado 4, Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Ello en el entendimiento de que se trata de un factor relevante que debe ser conocido de antemano por los interesados, toda vez que de los apartados 1 y 2 de la antedicha disposición adicional resulta, con carácter general, la suspensión de términos e interrupción de plazos para la tramitación de todos los procedimientos de todas las entidades del sector público y por tanto -salvas las excepciones legales, como la que tiene por objeto el contrato proyectado- la imposibilidad de impulsar e instruir de oficio procedimientos que requieran la participación de los interesados, dado que éstos verán sensiblemente mermada, por mor del Real Decreto 463/2020, su capacidad de cumplimentar trámites y asumir las cargas propias de todo procedimiento administrativo en un contexto como el establecido por la citada norma que, entre otras restricciones, establece limitaciones a la libertad de movimientos de las personas (artículo 7), permite que se ordenen requisas temporales y prestaciones personales obligatorias (artículo 8), e impone limitaciones en materia de transportes (artículo 14), por citar algunos. El Real Decreto continúa vigente a día de hoy (artículos 1 y 2 del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril).

En otro orden de cosas, también en relación con la necesidad administrativa a satisfacer y la descripción del objeto del contrato, es de recordar que el artículo 28.1 de la Ley de Contratos establece que *“las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”*. Los términos prohibitivos en los que se expresa el precepto transcrito obligan a interpretarlo estrictamente, de modo que no será dado a los órganos de contratación celebrar aquellos que se sitúen *extra muros* de sus propios fines.

La definición del objeto del contrato se refiere al servicio de mantenimiento de determinados servidores *“Intel”* de la Administración del Principado de Asturias con arreglo al anexo IX del propio pliego, el cual relaciona ubicaciones del *hardware* objeto del contrato tanto en dependencias tanto de la propia Administración como de otros organismos que, si bien forman parte del sector público del Principado de

Asturias, no son propiamente la Administración (cfr. artículos 1 de la Ley 8/1991, de 30 de julio, de Organización de la Administración del Principado de Asturias, y disposición adicional primera de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, en redacción dada por la Ley 7/2014, de 17 de julio) sino personas jurídicas distintas y diferenciadas de ésta, dotadas de sus propios órganos de administración y gobierno y -obvio es decirlo- de contratación. Así por ejemplo, el organismo autónomo “Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias-SEPEPA” (Ley del Principado de Asturias 3/2005, de 8 de julio) o el organismo autónomo “Centro Regional de Bellas Artes” (Ley del Principado de Asturias 8/1988, de 13 de diciembre).

El artículo 10.1, letra “c”, del Decreto 79/2019, de 30 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Presidencia, restringe a la Administración del Principado de Asturias las funciones de la Dirección General de Sector Público, Seguridad y Estrategia Digital en materia de mantenimiento de sistemas de información de soporte a la gestión, soporte que parece ser justamente la necesidad administrativa a satisfacer conforme se define en el pliego cuando se afirma que *“este equipamiento se requiere para el funcionamiento de los servicios que el Principado de Asturias ofrece a su ciudadanía a través de su portal corporativo y de igual forma para sistemas de gestión internos”*.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que mediante la contratación proyectada pretenden satisfacerse tanto necesidades de la Administración del Principado de Asturias como otras análogas o idénticas propias de otras entidades del sector público distintas y diferenciadas de la Administración lo que, vista la redacción del artículo 10.1, letra “c”, del Decreto en relación con el 28.1 de la Ley de Contratos, debería descansar en un previo instrumento de colaboración o cooperación entre las diferentes entidades concernidas, lo que deberá justificarse adecuadamente en el expediente (artículo 116.4, letra “d”, de la Ley de Contratos).

Cuarta. Condiciones especiales de ejecución (apartado 14 del cuadro resumen de características del contrato). En opinión de quien suscribe, la obligación que se impone al contratista de facilitar al órgano de contratación la documentación requerida en materia de subcontratistas o suministradores no es tanto una condición especial de ejecución como una obligación contractual que podrá calificarse de

esencial si así se considera oportuno, entendiendo que el sometimiento a la normativa vigente (en materia de subcontratación) en el lugar de ejecución del contrato y su cumplimiento son obligaciones que atañen al adjudicatario en razón de la mera observancia del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo: lo que se ha propuesto en el pliego, sobre este particular, son condiciones *generales* de ejecución, y no condiciones *especiales* de ejecución entendidas, a la luz del artículo 202 de la Ley contractual, como un añadido, en la forma de ejecutar la prestación, algo adicional a lo que ya resulta legal o convencionalmente exigible.

Sin perjuicio de lo anterior es sabido que 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).

Es de advertir que en el pliego examinado no se han tenido en cuenta 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, y especialmente las de carácter salarial respecto de los medios personales adscritos a la ejecución del contrato, 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, 30 de abril de 2020.

El Letrado,

