

Ref.:SUB/SCC/mv-as-jb

INFORME 3/2012, DE DATA 24 DE MAIG DE 2012. EXIGÈNCIA DE PERSONAL MÍNIM PER A LA PRESTACIÓ DEL SERVICI OBJECTE DEL CONTRACTE. COMPROMÍS D'ADSCRIPCIÓ DE MITJANS QUAN ÉS EXIGIBLE LA CLASSIFICACIÓ D'EMPRESA. REQUISITS DE SOLVÈNCIA. CONDICIONS ESPECIALS D'EXECUCIÓ. EL SEU ESTABLIMENT PREVI. DISCREPÀNCIES ENTRE EL PLEC DE CLÀUSULES ADMINISTRATIVES I EL PLEC DE PRESCRIPCIONS TÈCNiques. QÜESTIONS QUE HAN DE SER OBJECTE DEL PLEC DE PRESCRIPCIONS TÈCNiques.

ANTECEDENTS

En data 28 de febrer de 2012, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa, sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Alcalà de Xivert, de conformitat amb el que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 31 de maig, amb el tenor literal següent:

El Sr. Francisco Juan Mars, alcalde-president de l'Ajuntament d'Alcalà de Xivert, comparec i expose:

Que de conformitat amb el que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, se sol·licita informe en relació amb els punts següents:

Primer.- *Este Ajuntament està tramitant la contractació del "Servici de manteniment i conservació dels espais verds urbans i arbratge viari, de l'Ajuntament d'Alcalà de Xivert - Alcossebre, i el Ple de l'Ajuntament en sessió realitzada el dia 30 de març de 2011 ha aprovat el Plec de clàusules administratives particulars, el de prescripcions tècniques i l'expedient de contractació S'hi adjunta com a document núm. 1 certificat de l'acord plenari, document núm. 2 Plec de clàusules administratives particulars i document núm. 3 Plec de prescripcions tècniques.*

Segon.- *En el Plec de clàusules administratives particulars, s'exigix -en la clàusula 10.1.3a una-classificació determinada que aporten els licitadors en el sobre A (Documentació administrativa), així mateix, en el Plec de prescripcions tècniques, en l'article 28 s'exigix un personal mínim per a prestar el servici, i entre ells un enginyer agrònom que serà l'interlocutor vàlid amb la Direcció Tècnica Municipal.*

D'altra banda, en la clàusula 18a del Plec de clàusules administratives s'indica que el dia del començament dels treballs el contractista comunicarà al responsable del contracte, entre altres circumstàncies, la persona, amb la titulació adequada, designada pel contractista com a responsable del servici.

Tercer.- Després de l'obertura del sobre A (documentació administrativa) i admissió dels licitadors que, entre altres requisits, compten amb la classificació exigida, i l'obertura del sobre B (documentació tècnica), es valoraren estos, per correspondre als criteris de valoració de puntuació no automàtica.

S'exigix entre altres (clàusula 12a, punt tercer), l'Estudi detallat del servei de manteniment i conservació dels espais verds urbans i arbratge viari que es valorarà fins a un màxim de 40 punts. La memòria contindrà com a mínim:

- Pla o programa de treball d'acord amb el que indica l'article 48.
- Mitjans materials proposats.
- **Mitjans humans assignats amb indicació clara dels treballadors a jornada completa, etc.**
- Sistema d'atenció d'emergències.
- Proximitat del local i viver a què es referix l'article 40 del Plec de prescripcions tècniques i tot allò que l'empresa licitadora considere que reduïska els problemes derivats de la distància entre el dit local i la localitat d'Alcalà de Xivert – Alcossebre.
- Qualsevol altra documentació indicada en el plec de prescripcions tècniques.

En els mitjans humans assignats s'observa que diversos licitadors no han inclòs un enginyer agrònom sinó un enginyer tècnic agrícola.

S'hi adjunta com a document núm. 4 informe tècnic de valoració de data 5 de setembre de 2011 i com a document núm. 5 acta de la Mesa de Contractació de data 15 de setembre de 2011.

Quart.- Al legada la circumstància per un licitador, es va contestar, quant al que ací interessa que:

"...No obstant això, ha de ser rebutjada ja que es recorda que el licitador en qüestió sobre el qual presenta al·legacions va presentar la solvència tècnica i econòmica corresponent, amb la qual cosa sí que complix les determinacions dels plecs del procés de contractació, i si l'article 28 del Plec de prescripcions tècniques exigix un determinat tipus de personal en l'execució del contracte, **este ha de ser entès com una condició especial d'execució d'este a comprovar durant la seua prestació com a requisit indispensable per al vàlid compliment del mencionat contracte, sense que tinga sentit, per tant, pretendre aplicar la revisió d'ofici com al·lega l'interessat...** ".

Quint.- Una vegada relatats els antecedents anteriors, la consulta se centraria en el següent:

- Si la memòria que presenta un licitador en el sobre B - que correspon als criteris de valoració de puntuació no automàtica, que depenen d'un juí de valor - no arreplega el personal mínim i amb la titulació adequada exigida en el plec de prescripcions tècniques, es consideraria un supòsit d'exclusió per incompliment dels requisits exigits per a concórrer a la licitació, o és una condició d'execució del contracte a comprovar durant este i el seu incompliment sancionable com a incompliment contractual.

- Si la valoració efectuada a l'apartat de l'estudi detallat del servei de manteniment i conservació dels espais verds urbans i arbratge viari a qui no acredita el compliment del personal mínim exigible i amb titulació adequada implicaria la seua no consideració i per tant la seua exclusió o valoració amb zero punts."

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Esta Junta s'ha manifestat en nombroses ocasions sobre la sol·licitud d'informes a esta. En este sentit, no competix a este òrgan col·legiat resoldre les qüestions sobre procediments concrets que

en virtut de la legislació de contractes sí que deriva la competència sobre estos a altres òrgans de la mateixa entitat local.

Dit d'una altra manera, esta Junta no pot substituir els qui legalment tenen la competència atribuïda en matèria de contractes públics. I encara menys informar com han d'actuar les meses de contractació als efectes de puntuar o baremar un determinat criteri d'adjudicació. Ve sent freqüent, a més i en línia amb el que s'ha dit abans, acudir a esta Junta i paraitzar els procediments de contractació, la qual cosa no és en cap cas motiu per a això.

No obstant això, i atés que en la consulta que es formula es plantegen qüestions que considerem d'interés general, procedim a emetre el present informe:

En primer terme cal indicar que la consulta efectuada per l'Ajuntament d'Alcalà de Xivert s'ha de respondre atenent al que disposa la Llei de Contractes del Sector Públic (d'ara en avant LCSP), d'acord amb la redacció vigent en el moment de la licitació (març de 2011), així com el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions de les Administracions Públiques (d'ara en avant RGLCAP), encara en vigor i aplicable al cas que ens ocupa, i en els mateixos plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques que regixen la contractació.

L'article 51 de la LCSP estableix que per a subscriure contractes amb el sector públic les empreses hauran d'acreditar estar en possessió de les condicions mínimes de solvència econòmica i financera i professional o tècnica que determine l'òrgan de contractació, requisit que serà substituït pel de la classificació quan esta siga exigible d'acord amb el que disposa la dita Llei.

Per la seua banda, l'article 67.7 del RGLCAP estableix que, en els contractes de servicis, seran els plecs de clàusules administratives particulars els que continguen, entre altres, les que determinen els criteris de selecció basats en els mitjans d'acreditar la solvència econòmica, financera i tècnica previstos en la llei o la classificació que hagen de disposar els candidats quan este requisit siga legalment exigible.

En compliment de tot això i de conformitat amb el que disposa l'article 54.1 i la disposició transitòria quinta de la LCSP, el Plec de clàusules administratives particulars que regix la contractació objecte de la consulta estableix, en la clàusula 10.1.3é, el requisit de la classificació per a poder participar en la licitació i com a mitjà d'acreditar la solvència econòmica i tècnica necessàries per a la seua execució. La classificació exigida és la d'empreses contractistes de servicis del subgrup O6 i amb categoria mínima B, que és la que correspon a l'objecte i quantia del contracte d'acord amb el que estableix els articles 37, 38 i 46 del RGLCAP.

D'altra banda, no s'estableix en este apartat del PCAP cap requisit adicional de solvència tècnica que hagen de complir els licitadors, ni es fa ús en ell de la possibilitat prevista en l'article 53 de la LCSP, on davall el títol de "concreció de les condicions de solvència" es disposa que els òrgans de contractació, fent-ho constar en els plecs, podran exigir als candidats o licitadors que, a més d'acreditar la classificació quan siga exigible, es comprometen a dedicar a l'execució del contracte mitjans personals o materials concrets i suficients, i poden atribuir-li a este compromís el caràcter d'obligació essencial i establir que el seu incompliment podrà ser causa de penalització i inclús de resolució del contracte.

En el cas del PCAP de la contractació sotmesa a consulta és en la clàusula 12, referida als criteris d'adjudicació i valoració de les ofertes, on en un dels seus apartats, el tercer, s'estableix que els licitadors hauran de presentar un estudi del servicis objecte del contracte en la memòria del qual

s'inclourà: "els mitjans humans assignats amb indicació clara dels treballadors a jornada completa, etc.", així com "els mitjans materials proposats". Tampoc s'indica en este apartat cap requisit mínim, ni expressament ni per referència al plec de prescripcions tècniques.

En conseqüència, respecte de la primera qüestió plantejada per l'Ajuntament en la seua consulta, hem de concloure, sense que ens càpia el menor dubte, que les condicions de solvència requerides als licitadors en els plecs que regixen esta contractació estan limitades a l'acreditació de la classificació i per este motiu no pot ser exclosa cap empresa que l'haja acreditat.

Més difícil resulta respondre a la qüestió plantejada sobre la valoració de l'estudi del servici que els licitadors han de presentar amb la seua oferta, a l'exigir que en la seua memòria es faça menció dels "mitjans humans assignats" i, simultàniament, haver inclòs altres clàusules en el PCAP, com la 18a, sota la rúbrica "Mitjans personals i materials per a l'execució dels treballs", que en el punt c) requereix "*Persona amb titulació adequada, designada pel contractista com a responsable del servici*". ¿On es troba en esta clàusula, o en una altra del PCAP, l'exigència de la titulació específica d'enginyer/a agrònom/a, o on s'explicita que siga esta l'única titulació "adequada" per a responsabilitzar-se del servici com fa el plec de prescripcions tècniques?

La clàusula 19a, sota la rúbrica de "Personal del servici" estableix literalment que el "contractista realitzarà tots els servicis inclosos en este contracte amb el personal que d'acord amb la memòria de prestació del servici presentada amb l'oferta, haja proposat contractar". Tot això no concorda amb el que disposa el capítol IV del Plec de prescripcions tècniques, on s'estableix el "personal mínim" per a prestar el servici i altres exigències de dedicació i s'atribuïxen a la direcció tècnica municipal facultats impròpies en relació amb el personal de l'adjudicatari.

Com hem indicat, és en els plecs de clàusules administratives particulars on s'han d'establir les condicions de solvència que han de reunir els licitadors per a poder optar a l'adjudicació del contracte. Doncs bé, el personal que ha de prestar el servici objecte del contracte i la seua qualificació professional no són més que algunes d'eixes condicions de solvència que poden exigir-se, en este cas de solvència tècnica o professional, tal com estableix l'article 67 de la LCSP, en els seus apartats b) i e), i quan s'exigix la classificació l'article 53 de la LCSP ja esmentat estableix la possibilitat d'exigir que es concreten les persones responsables d'executar les prestacions objecte del contracte i la seua qualificació professional. Però hem d'insistir en el fet que sempre com una concreció dels requisits de solvència per a poder accedir a l'adjudicació i no com un criteri de valoració de les ofertes. D'esta manera, la inclusió del personal en la memòria de l'estudi del servici objecte del contracte ha d'entendre's necessària perquè el dit estudi resulte comprensible i coherent, però no com un requisit addicional de solvència per a ser admés en la licitació, ni tampoc com un criteri de valoració en si mateix, ja que el que es valora és el conjunt de l'estudi.

Pel que fa al plec de prescripcions tècniques de la contractació sotmesa a consulta, hem d'afegir que, a més de no ser este plec el lloc on establir requisits mínims de personal per a prestar el servici, sinó limitar-se a aspectes tècnics de les prestacions. (vid. articles 100 i 101 de la LCSP), estableix una discrepància amb el plec de clàusules administratives. Este últim indica clarament que davant d'estes discrepàncies prevaldrà el que estableix el plec de clàusules administratives, raó per la qual les prescripcions tècniques que es considere que discrepen o no s'ajusten al que disposa el PCAP es tindran per inaplicables o inexigibles i, per tant, no tindran cap efecte sobre la valoració de les ofertes presentades. Esta prevalença del PCAP respecte del plec de prescripcions tècniques està no sols compresa en la clàusula 1a A) sinó que figura també reiterada expressament en la clàusula 32a.

Finalment, cal recordar que l'article 51 de la LCSP disposa també que els requisits de solvència han d'estar vinculats a l'objecte del contracte i ser proporcionals a este. Encara que no és matèria en què esta Junta haja d'entrar, cal no obstant apuntar, atesa la seua relació amb els requisits de solvència tècnica, que les prestacions objecte del contracte sotmes a consulta no es troben reservades a cap professió o habilitació i que tant els enginyers tècnics agrícoles com els enginyers agrònoms tenen, entre les seues atribucions, la de direcció de treballs com els que són objecte del dit contracte.

Respecte a les condicions especials d'execució, poden establir-se sempre que siguen compatibles amb el dret comunitari i s'indiquen en l'anunci i en el plec (plec de clàusules administratives) o en el contracte, diu textualment l'article 102 de la LCSP. Revisada la documentació remesa res es diu respecte d'això en el PCAP i, per tant, el consultant no pot considerar com a condició especial d'execució una cosa que no ha sigut establida així expressament com a tal.

De tot això s'inferix que el que preveu el plec de prescripcions tècniques i el plec de clàusules administratives diferix substancialment quant al responsable del servici i la seua titulació, i aplicant este últim en cas de discrepància preval el plec de clàusules administratives, que exigix únicament una persona amb titulació adequada, amb la qual cosa és admissible la titulació d'enginyeria tècnica agrícola.

Altres aspectes a tindre en compte en el plec sobre els quals ens hem de manifestar encara que no siguen objecte de la consulta formulada.

1. El criteri de territorialitat del personal contractat per a la prestació del servici: sota pena d'incomplir la legislació de contractes del sector públic, però bàsicament els principis rectors de la contractació pública, s'ha de ser extremament cautelós en el requeriment d'emprar personal de determinada població. Este criteri pot crear injustificadament avantatges respecte a un o uns determinats licitadors sobre un altre o altres, la qual cosa és contrària al principi d'igualtat i no discriminació i lliure concurrència.
2. El criteri de preferència de personal amb discapacitats: així mateix la legislació de contractes regula expressament la determinació d'estes clàusules socials en la contractació pública.
3. La modificació dels contractes. No basta que el plec de clàusules administratives remeta a la normativa vigent en la matèria. Precisament la modificació de la Llei 30/2007, de 31 d'octubre, de Contractes del Sector Públic per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible, ve a pal·liar les carències de la legislació espanyola tal com va advertir la Comissió Europea al Regne d'Espanya (IP/09/1752 Brussel·les, 20 de novembre de 2009) al trencar esta els principis d'igualtat i no discriminació i transparència. Si tal com diu el plec de clàusules administratives el contracte pot modificar-se, s'hauria d'haver detallat de forma clara, precisa i inequívoca les condicions en què es podrà fer, així com l'abast i els límits de les modificacions que poden acordar-se amb expressa indicació del percentatge del preu del contracte a què com a màxim puguen afectar (que formarà part del valor estimat del contracte a tots els efectes), i el procediment que ha de seguir-se per a això.

Per tant hauran de definir-se amb total concreció els supòsits en què pot modificar-se el contracte, per referència a circumstàncies la concurrència de les qual es puguen verificar de forma objectiva.

Les condicions de l'eventual modificació s'hauran de precisar amb un detall suficient per a permetre als licitadors la seua valoració als efectes de formular la seua oferta i ser preses en compte pel que fa a l'exigència de condicions d'aptitud als licitadors i valoració de les ofertes.

Les modificacions no previstes en els plecs o en l'anunci de licitació només podran efectuar-se quan es justifique prou la concurrència d'alguna de les circumstàncies assenyalades en la LCSP. Vegeu en este sentit l'actual regulació en el títol V del llibre I del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de desembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, articles 105 a 108; i 211 i 219 amb caràcter general.

En tot cas cal tindre presents els límits estrictes en la possibilitat de modificació dels contractes, tant si s'ha previst en la documentació que du adjunta la licitació com si no s'ha actuat de tal forma i regulat en els nou articles 92 bis i ss. de la LCSP i actualment en els articles 105 i 107 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic

CONCLUSIONS

PRIMERA.- En la licitació d'un contracte de servicis en què siga exigible la classificació prèvia de l'adjudicatari, el personal responsable d'efectuar la prestació, així com la seua qualificació professional, es podran exigir únicament com una concreció de les condicions de solvència tècnica o professional i en els termes que preveu l'article 53 de la LCSP (actualment, article 64 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de desembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic).

SEGONA.- El plec de clàusules administratives particulars és el document en què, en tot cas, han d'establir-se els criteris de selecció de les empreses basant-se en els mitjans d'acreditar la solvència, i ha de prevaldre el que disposa el plec mencionat davant de qualsevol discrepància amb el de prescripcions tècniques com figura establert en la present contractació. D'això s'inferix que el que preveu el plec de prescripcions tècniques i el plec de clàusules administratives difereix substancialment quant al responsable del servici i la seua titulació, i aplicant este últim, que estableix que en cas de discrepància preval el plec de clàusules administratives, ha d'exigir-se únicament una persona amb titulació adequada.

TERCERA.- La inclusió del personal en la memòria de l'estudi del servici objecte del contracte ha d'entendre's necessària perquè el dit estudi resulte comprensible i coherent, però no com un requisit addicional de solvència per a ser admés en la licitació, ni tampoc com un criteri de valoració en si mateix, ja que el que es valora és el conjunt de l'estudi.

QUARTA.- Pel que fa al plec de prescripcions tècniques de la contractació sotmesa a consulta, hem d'afegir que, a més de no ser este plec el lloc on establir requisits mínims de personal per a prestar el servici, sinó limitar-se a aspectes tècnics de les prestacions (vid. articles 100 i 101 de la LCSP), el mateix Plec de clàusules administratives particulars estableix que en cas de discrepància entre els distints documents contractuals prevaldrà el que estableix este últim, raó per la qual les prescripcions tècniques que es considere que discrepen o no s'ajusten al que disposa el plec de clàusules administratives es consideraran inaplicables o inexigibles i, per tant, no tindran cap efecte sobre la valoració de les ofertes presentades.

REEMPLAÇAMENT.- Respecte a les condicions especials d'execució, són les que s'han indicat en l'anunci i en el plec (plec de clàusules administratives) o en el contracte, de conformitat amb el que preveu l'article 102 de la LCSP. Revisada la documentació res es diu respecte d'això i, per tant, el consultant no pot considerar com a condició especial d'execució una cosa que no ha sigut establida expressament així com a tal.

Este informe s'emmet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Margarita Vento Torres

Vist i plau
EL PRESIDENT DE LA JUNTA

José Manuel Vela Bargues

*APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA, en
data 24 de maig de 2012*