

**Informe nº 7/2019**

**Pliego de cláusulas administrativas particulares** que ha de regir la contratación del servicio de comedor en el Centro Polivalente de Recursos El Cristo (Expte. 19/008).

**Establecimientos Residenciales para ancianos de Asturias (ERA).**

**ANTECEDENTES**

Se examina el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación del servicio de comedor en el Centro Polivalente de Recursos El Cristo, a adjudicar mediante tramitación ordinaria, varios criterios de adjudicación y procedimiento abierto, remitido por el Organismo Autónomo ERA.

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, el Letrado 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 (en adelante LCSP), 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), el Letrado que suscribe formulan las siguientes **OBSERVACIONES**:

**PRIMERA.- Cláusula 2.1.3 (Necesidades Administrativas a satisfacer):** 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 considerar *extra muros* de los fines institucionales propios del ERA la contratación de los servicios propuestos para varios *centros polivalentes de recursos (a los que se refiere la cláusula estudiada)* dado que de los artículos 14, 18 y 19 del Decreto 49/2001, de 26 de abril, por el que se regula la organización y funcionamiento de

los servicios sociales de la Administración del Principado de Asturias, resulta la adscripción *ope legis* de tanto de centros *de día* como de centros *polivalentes de recursos* a la Consejería (*hoy de Servicios y Derechos Sociales*) y no al ERA, persona jurídica distinta y diferenciada de la Administración del Principado de Asturias (*cf. artículo de la 38 Ley del Principado de Asturias 7/1991, de 5 de abril de asistencia y protección al anciano*). A mayor abundamiento, el artículo 41 de la citada Ley autonómica dispone que "*el Organismo autónomo no podrá realizar funciones que no le estén expresamente encomendadas, ni dedicar sus fondos a finalidades distintas de las que constituyen el objeto que el mismo tiene asignado.*"

Este criterio ha sido previamente manifestado por el Servicio Jurídico en informes 470 y 490/2016, 168/2017, 95/2018, 162/2018 y 201/2018 entre otros, en relación con la contratación por el órgano consultante de otros bienes o servicios destinados a la prestación del servicio de *centro de día*, si bien sus razonamientos resultan perfectamente extrapolables a los *centros polivalentes de recursos*. Y es que, en efecto, no se puede perder de vista que la capacidad de obrar de toda persona jurídica viene determinada por "*las leyes y reglas de su constitución*" (artículo 38 del Código Civil) lo que, puesto en relación con el artículo 39.2, letra "a" de la Ley de Contratos, sugiere un posible vicio de nulidad en la contratación proyectada. Y si bien es cierto que mediante Resolución de la Consejera de Servicios y Derechos Sociales de 27 de diciembre de 2016 (BOPA de 16 de enero de 2017) se delega en el organismo autónomo "*el ejercicio de la competencia para la prestación de los servicios públicos que sean necesarios en los Centros Polivalentes de Recursos gestionados por el ERA [sic], cuyo uso principal sea residencia de personas mayores, y ello en todo lo que exceda de la competencia ya atribuida a dicho organismo por la Ley 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección al anciano*", no lo es menos que dicha delegación se adopta con fundamento en el artículo 8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que permite a los órganos de las Administraciones públicas delegar el ejercicio de sus competencias en los organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de aquella, no obstante lo cual en el Principado de Asturias, la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, restringe la delegabilidad de las competencias propias de los Consejeros a que ésta se haga en favor de Viceconsejeros, Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales o Jefes de Servicio, o sea, órganos de la Administración del Principado, cualidad en absoluto predicable del organismo autónomo ERA, lo que sugiere la necesidad de revisar el meritado acuerdo de delegación. Finalmente,



tampoco se tiene constancia de la indispensable aceptación de la delegación por parte del organismo autónomo delegado, algo que *prima facie*, parece que correspondería a su Consejo de administración (*cf. artículo 44.1 de la Ley del Principado de Asturias 7/1991, ya citada*).

**SEGUNDA.- Cláusula 2.1.3 (Necesidades Administrativas a satisfacer):** En fecha 6 de julio de 2018, el ERA remitió para informe de este Servicio Jurídico, un PCAP para la contratación de diversos lotes, del servicio de alimentación, comedor y cafetería de centros adscritos al ERA, uno de esos lotes se refería a la contratación del servicio de comedor del Centro Polivalente de Recursos de El Cristo, siendo preciso reseñar, que tanto el valor estimado de dicho lote ( 870.394,16 €), como el objeto y necesidades administrativas a satisfacer, son idénticos a los que se recogen en el presente PCAP que se remite para informe en este momento. Siendo preciso asimismo reseñar que en aquel PCAP, se establecía un plazo de vigencia del contrato de dos años, con una fecha prevista de inicio, 1 de noviembre de 2018 y de finalización 31 de octubre de 2020, admitiéndose en dicho PCAP la posibilidad de una prórroga que no podía ser superior a dos años.

Desconoce el Servicio Jurídico, lógicamente por no entrar dentro de sus funciones, si en aplicación de dicho PCAP del año 2018 se procedió o no a la licitación y adjudicación de un contrato administrativo de servicio de comedor en el CPR El Cristo. En todo caso, resultaría adecuado que por el órgano gestor, se explicase en el expediente de contratación los antecedentes de hecho que referidos a ese PCAP del año 2018, generaron la necesidad de una nueva contratación con el actual PCAP objeto del presente informe, todo ello con el objeto de justificar de forma mucho más adecuada la actual necesidad administrativa a satisfacer, disipando así cualquier duda que se pudiese generar en su caso, sobre duplicidad de contrataciones administrativas, fraccionamientos contractuales...

**TERCERA.- Cláusula 2.2.6.1 a) 2.4.7 Ap 2) y 2.3 c) (compromiso medios, acreditación medios, solvencia técnica y criterio de adjudicación):** Es preciso exponer que las cláusulas mencionadas del PCAP, referidas al compromiso de adscripción de medios, acreditación de los medios por el propuesto como adjudicatario y fijación como criterio de valoración del porcentaje de trabajadores indefinidos adscritos al contrato, están claramente interrelacionadas, pero su redacción resulta inadecuada y puede generar equívocos. En este sentido es preciso reseñar lo siguiente:

- Que la cláusula 2.2.6.1 a) en la que se exige como documentación a presentar por los licitadores, el compromiso de adscripción de los medios personales resulta adecuada.
- Que la cláusula 2.4.7 ap 2) no resulta adecuada, en la medida que en este momento del PCAP, se está requiriendo al licitador propuesto como adjudicatario, la documentación acreditativa de su capacidad para la ejecución del contrato, debiendo acreditar en ese momento la efectiva disposición de dichos medios personales, sin que quepa admitir como documento acreditativo de su solvencia técnica o capacidad un mero compromiso, sino que debe acreditar la efectiva disposición de dichos medios personales, con la correspondiente documentación (contratos de trabajo, ...).
- Asimismo siendo uno de los aspectos objeto de valoración la adscripción al contrato de un mayor porcentaje de trabajadores indefinidos, debe asimismo acreditarse en este momento (cláusula 2.4.7 ap 2) los trabajadores indefinidos que adscribe al contrato, debiendo comprobarse que dicho número coincide con el declarado por ese licitador en el momento de asignarle la puntuación aplicando dicho criterio de valoración.

Finalmente y sobre estas cláusulas, resulta preciso reseñar que en la cláusula 2.3 c) (criterio de adjudicación trabajadores indefinidos adscritos al contrato), debe mejorarse la redacción de la misma, debiendo dejar claro de forma indubitada que la valoración se realiza sobre el número de trabajadores que adscritos al contrato tienen contrato indefinido, siendo indiferente a estos efectos el número o porcentaje de trabajadores fijos que en el global de la empresa licitadora se pudiese tener.

**CUARTA.- Cláusula 2.4.4 (Ofertas anormalmente bajas):** No resulta conforme con el artículo 19.2 b) de la LCSP, el acudir en orden a la justificación de la oferta anormal al criterio del precio más bajo, en la medida que el presente PCAP acude a varios criterios de valoración y no únicamente al precio.

**QUINTA: Cláusula 2.4.7 ap 2) (Solvencia Técnica):** El artículo 74.2 de la LCSP establece que los requisitos mínimos de solvencia deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Asimismo el artículo 90.1 a) establece con carácter general como criterio de solvencia técnica, basada en trabajos similares, que se atenderá



en orden a determinar lo que se entiende por trabajos similares a los tres primeros dígitos del CPV.

En la cláusula del PCAP se utiliza como criterio para determinar lo que se entiende por trabajos similares los 9 dígitos del CPV (55100000-1). Dichas condiciones de solvencia al resultar más restrictivas que las exigibles con carácter general, exigen una motivación y justificación en el expediente de contratación, que acredite su vinculación con el objeto del contrato y su proporcionalidad con el objeto del mismo, la no justificación en los términos mencionados conllevaría que dicha exigencia de solvencia, resultaría contraria a los principios de libre concurrencia y libre competencia.

Asimismo resulta preciso, que en este apartado se cumpla con lo establecido en el artículo 67.7 del RGLCAP, el cual establece que el importe anual que se fije (70% en el PCAP) debe ser referido al año de mayor ejecución, aspecto este último que no se menciona en el PCAP.

**SEXTA.- Cláusula 2.6 y 2.8 (Ejecución y resolución del contrato):** El Acuerdo de Consejo de Gobierno de 3 de mayo de 2018, por el que se aprueban las "*Instrucciones para la inclusión de criterios sociales en la tramitación de contratos de la Administración del Principado de Asturias y su Sector Público, en las distintas fases del procedimiento de contratación*" y la Guía práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social y medioambiental en la contratación administrativa del Principado de Asturias y su Sector Público, establece la obligación de incluir en los PCAP los apartados 2º y 4º, siendo preciso tener en cuenta que dichos apartados se refieren a cuestiones distintas, y pueden tener distintas consecuencias jurídicas su incumplimiento:

- El apartado 2º del Acuerdo de Consejo de Gobierno, hace referencia a la obligación que tiene el adjudicatario de cumplir con respecto a los medios personales adscritos al contrato, con las condiciones salariales del convenio sectorial de aplicación. Dicha obligación puede otorgársele la naturaleza de condición especial de ejecución o de obligación contractual esencial, con distintas consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento, tal y como se concluye del artículo 202.3 de la LCSP.
- El apartado 4º del Acuerdo de Consejo de Gobierno, establece que se debe incluir en el PCAP la obligación de la empresa adjudicataria de cumplir como mínimo con las condiciones recogidas en los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables, debiendo otorgarse a dicha obligación el carácter de

contractual esencial, generando su incumplimiento la resolución contractual de conformidad con el artículo 211 f) de la LCSP.

Las cláusulas del PCAP, no resultan adecuadas al contenido del Acuerdo de Consejo de Gobierno, por los siguientes motivos:

- No se hace mención a la obligación recogida en el apartado 2º, ni tampoco se define su naturaleza (condición especial de ejecución o obligación contractual esencial), ni la forma de acreditar su cumplimiento, ni las consecuencias que generaría su incumplimiento.
- Con respecto al apartado 4º si se hace mención de su contenido, en concreto en la cláusula 2.6.4, pero no se le otorga a la misma la condición de obligación contractual esencial, cuyo incumplimiento conllevaría la resolución del contrato, y asimismo tampoco se establece la forma de acreditar su cumplimiento.

En su virtud, el Letrado que suscribe formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**Única.-** Se informa **DESFAVORABLEMENTE** el pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir la contratación del servicio de comedor en el Centro Polivalente de Recursos El Cristo, a adjudicar mediante tramitación ordinaria, varios criterios de adjudicación y procedimiento abierto, con destino al Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para ancianos de Asturias, en tanto en cuanto no se tengan en cuenta las observaciones mencionadas.

Lo que se informa a los efectos oportunos, todo ello sin perjuicio de criterio mejor fundado en derecho.

[Redacted]  
Oviedo, 29 de enero de 2019.

El Letrado,

[Redacted]  
Lucía Eloy García Juárez  
Letrado del Servicio Jurídico  
del Principado de Asturias