

**INFORME CA 2023/71 PCAP DE CONTRATO CONTRATO DE SERVICIOS DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE PRIMER NIVEL DE LA RED TECNOLÓGICA DE TRANSPORTE DE LOS CONSORCIOS DE TRANSPORTE DE ANDALUCÍA, POR PROCEDIMIENTO ABIERTO CONTR 2023 0000307301**

**Asunto: Entes conveniados. Contratos del Sector Público. Contratos Administrativos. Servicios. Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Competencia administrativa. Transporte.**

Habiéndose solicitado por el Director Gerente del Consorcio de Transporte Metropolitano del Campo de Gibraltar informe a este Servicio Jurídico al amparo de lo dispuesto en la Cláusula Segunda «Asistencia Jurídica por Gabinete Jurídico al Consorcio», apartado 2, del Convenio de 01 de marzo de 2021, sobre Asistencia Jurídica entre la entonces Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior y el Consorcio de Transporte Metropolitano del Campo de Gibraltar, con arreglo a lo establecido en los arts. 89 a 91 del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, procede poner de manifiesto las siguientes:

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PREVIA.** - Para un mejor análisis de la cuestión planteada, procede en primer lugar reproducir los términos del oficio de consulta:

*“ Adjunto se remite la propuesta de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la licitación del expediente de contratación de referencia, denominado “Contrato de servicios de Operación y Mantenimiento de Primer Nivel de la Red Tecnológica de Transporte de la Red de Consorcios de Transporte de Andalucía, por procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas a través de SIREC, para su informe preceptivo por el Gabinete.*

*Así mismo se remite la siguiente documentación adicional:*

- Memoria justificativa.
- Informe Insuficiencia de Medios
- Pliego de Prescripciones Técnicas“

La documentación adjunta al oficio de petición coincide con la indicada en el mismo. Posteriormente se ha remitido a este Servicio Jurídico Resolución del Director Gerente del Consorcio de Transporte Metropolitano del Campo de Gibraltar declarando la urgencia del procedimiento de licitación.



Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 1 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



También se ha remitido a este centro directivo vía correo electrónico la siguiente documentación:

- Borrador de convenio de colaboración entre el Consorcio de Transportes de la Bahía de Cádiz y el Consorcio de Transportes del Campo de Gibraltar para el desarrollo de la operación compartida del NODO de Explotación de la Red de Ambos Consorcios (NER) de 1 de junio de 2007.

- Acuerdo de encomienda de gestión entre los Consorcios de Transporte Metropolitano de Bahía de Cádiz y del Campo de Gibraltar para la contratación del mantenimiento Nodo de Explotación de la Red de Ambos Consorcios (NER) de 20 de marzo de 2009.

- Convenio de Colaboración entre los Consorcios de Transportes de la Bahía de Cádiz, del Campo de Gibraltar y del Área de Córdoba para el Desarrollo de la Operación compartida de su Nodo de Explotación de Red de 11 de abril de 2011.

- Acuerdo entre los Consorcios Integrantes del Nodo de Explotación de Red Común de Encomienda de Gestión al Consorcio de Transporte Metropolitano del Campo de Gibraltar, para la contratación del Servicio de Operación de Primer Nivel de 5 de marzo de 2012.

- Prórroga del Convenio de Colaboración entre los Consorcios de Transportes de Andalucía para el Desarrollo de la Operación Compartida del Nodo de la Red de Ambos Consorcios (NER) de 11 de abril de 2013.

- Acta del Consejo de Dirección de la Red de Consorcios de Transporte de Andalucía de 27 de marzo de 2023 en cuya página 9 se recoge que “ *por parte del Consejo de Dirección se acuerda la ratificación del encargo al Consorcio del Campo de Gibraltar para que sea órgano de contratación de la nueva licitación, como proyecto común de la Red de Consorcios, como en el contrato anterior.*”

- Convenio de Colaboración entre los Consorcios de Transporte Metropolitano de Andalucía para la creación del Consejo de Dirección de la Red de Consorcios de Transporte de Andalucía de 2 de junio de 2010.

#### **PRIMERA.- Pliego utilizado; alcance y carácter preceptivo del presente informe.**

El Reglamento por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, aprobado por Decreto 39/2011, de 22 de febrero, contiene en su artículo 49 la previsión de la existencia de Modelos de Pliegos de cláusulas administrativas particulares. En él se indica que la Comisión Consultiva de Contratación Pública podrá recomendar a los órganos de contratación la utilización de modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares previamente informados por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y aprobados por los órganos de contratación. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se ajusten al contenido de los modelos no requerirán nuevo informe del Gabinete Jurídico.

Según se indica en el Pliego remitido, el mismo “*Se implementa sobre un modelo de pliego recomendado por la Comisión Consultiva de Contratación Pública en sesión celebrada el día 26 de julio de*

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 2 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



2021, el cual fue informado por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda y Financiación Europea con fecha de 16 de junio de 2021 (nº de informe: AJ-CHFE 2021/75). Actualizado en diciembre de 2022”

El presente Informe tiene carácter preceptivo, y se emite al amparo del art. 122.7 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en relación con el artículo 78.3 del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se regulan la organización y funciones del Gabinete Jurídico y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía), según el cual “*En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, la aprobación de los pliegos y de los modelos requerirá el informe previo del Servicio Jurídico respectivo. Este informe no será necesario cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares se ajuste a un modelo de pliego que haya sido previamente objeto de este informe.*”

Consecuencia de lo anterior, procederemos a emitir informe respecto a aquellos extremos del pliego que no se recogen en el modelo aplicable a esta clase de contratos y procedimiento de contratación, remitiéndonos en lo demás a lo ya señalado por la Asesoría Jurídica de Hacienda y Financiación Europea en el informe AJ-CHFE 2021/75 arriba citado. Igualmente se abordarán el resto de cuestiones atinentes al procedimiento de contratación del que traen causa los mismos.

En cualquier caso se recomienda el uso del último Pliego publicado y que se ha actualizado en abril de 2023. Véase que en el mismo se da nueva redacción al apartado Promoción de la Igualdad entre hombres y mujeres (documentación previa a la adjudicación) para adaptarlo al criterio más reciente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, por todas Resolución de 27 de enero de 2023 26/2023, Recurso 497/2022.

## **SEGUNDA.-Consideraciones generales relativas al procedimiento y expediente de contratación.**

Antes de abordar el examen del contenido de los anexos al pliego tipo, procede realizar algunas observaciones de carácter general sobre la naturaleza y objeto del contrato que nos ocupa:

I.- El objeto del contrato se corresponde con el que es propio de los contratos de servicios, conforme a la definición que de esta categoría contractual recoge actualmente el art. 17 de la LCSP.

II.- En cuanto a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, ha de traerse a colación lo dispuesto en el artículo 28.1 de la LCSP, según el cual “*Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.*”

Por otro lado, es importante hacer referencia también al artículo 116.4 de la LCSP (en sede de expediente de contratación: iniciación y contenido), el cual advierte:

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 3 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



*“En el expediente se justificará adecuadamente:*

- a) La elección del procedimiento de licitación.*
- b) La clasificación que se exija a los participantes.*
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.*
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.*
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.*
- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.*
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.”*

En la documentación que se acompaña consta la Memoria Justificativa de la contratación que se propone, en la que se motiva la naturaleza y extensión de las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato, así como la idoneidad del objeto y contenido del mismo para satisfacerlas.

Se observa cómo en la Memoria y en el resto de la documentación remitida aparecen justificados los aspectos a los que alude el art. 116.4 de la LCSP . No obstante lo anterior y a salvo de lo que se dirá sobre alguno de tales aspectos a la hora de analizar los Anexos (solvencia, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución) , sí es preciso en este momento realizar las siguientes consideraciones:

a) La Memoria no fundamenta la competencia del Consorcio de Transporte Metropolitano del Campo de Gibraltar (en adelante CTMCG) para licitar el contrato que se pretende adjudicar y ejecutar, el cual excede en principio del ámbito propio del mismo al extenderse al mantenimiento de primer nivel de la Red Tecnológica de Transporte de la Red de Consorcios de Transportes de Andalucía, y no sólo al propio Consorcio.

El artículo 3 de los Estatutos del CTMCG (BOJA 5 de agosto de 2019) delimita el objeto y ámbito del Consorcio a la articulación de la cooperación económica, técnica y administrativa entre las Administraciones consorciadas a fin de ejercer de forma conjunta y coordinada las competencias que les corresponden en materia de creación y gestión de infraestructuras y servicios de transporte en el ámbito territorial de las entidades consorciadas. Por su parte el artículo 4 de los mismos estatutos señala en su apartado 2 letra i) que el Consorcio podrá celebrar cuantos contratos o convenios con personas físicas o jurídicas sean precisos para el desarrollo de sus fines.

Se han remitido a este Servicio Jurídico diferentes instrumentos jurídicos convencionales suscritos entre los Directores Gerentes de diferentes Consorcios ( Convenio de colaboración de 1 de junio de 2007, Convenio de colaboración de 11 de abril de 2011 y Prorroga del 11 de abril de 2013) para el desarrollo de la operación compartida de su Nodo de Explotación de Red, expirando la última de las prórrogas el 11 de abril de 2015. Todos ellos tienen su origen (así se expresa en la cláusula segunda de los dos primeros Convenios citados) en el Protocolo General entre los Consorcios de Andalucía de 9 de marzo de 2006 suscrito al objeto

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 4 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



de fijar el marco general y metodología para el desarrollo de la colaboración entre Consorcios, en proyectos de interés común tales como- y para lo que interesa el presente informe- la implantación de una base tecnológica común. Se indica que el objeto del Protocolo se desarrollaría en uno o mas convenios de colaboración en los que se recogería el proyecto o proyectos a ejecutar, el reparto de tareas entre los Consorcios Metropolitanos de Transportes de Andalucía y el régimen de participación, añadiendo que la ejecución y desarrollo de los proyectos de interés común se articularía mediante encomiendas de gestión, que se instrumentarían de conformidad con lo dispuesto en el entonces vigente artículo 15 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En tal sentido consta Acuerdo de Encomienda de Gestión de 20 de marzo de 2009 por el cual se atribuyó al Consorcio de Transporte del Campo de Gibraltar la preparación, adjudicación, formalización y seguimiento de las actuaciones administrativas necesarias para la contratación del servicio de primer nivel y mantenimiento de los equipos que comprenden los sistemas TIC del NER de Cádiz, y posterior acuerdo de encomienda de 5 de marzo de 2012 en los mismos términos, si bien en éste último además de los iniciales consorcios adscritos ( Campo de Gibraltar y Bahía de Cádiz) figuran los de Córdoba, Jaén, Málaga y Almería. En la prorroga del Convenio que expiró el 11 de abril de 2015 figuraban adheridos al Convenio además los Consorcios de Sevilla y Huelva.

En la medida que el último de los Convenios expiró el 11 de abril de 2015 deberá motivarse la atribución de competencia para la licitación del contrato cuyo pliego es objeto del presente informe en virtud de un instrumento jurídico dotado de vigencia. Véase por ejemplo que para la contratación conjunta del mantenimiento de segundo nivel de la Red Tecnológica de Transporte se suscribió Convenio de Colaboración entre los Consorcios de Transporte Metropolitano de las Áreas de Almería, Campo de Gibraltar, Córdoba y Costa de Huelva (BOJA 213 de 5 de noviembre de 2019) en virtud del cual se encomendó la gestión al CTMCG de la contratación de tal servicio, incluyendo dicha atribución la preparación, adjudicación, formalización y seguimiento de las actuaciones administrativas necesarias con destino a la ejecución del contrato.

b) Se recomienda así mismo detallar con mayor concreción dentro de la justificación de la necesidad a que pretende darse satisfacción con el contrato a licitar aquellos nuevos elementos que se incluirán en el contrato a los que se alude de manera genérica en el apartado uno penúltimo párrafo de la Memoria.

c) Por otro lado se desglosa en el apartado 2.7 la estimación del precio del contrato, añadiéndose en su apartado 2.8 el coste del servicio de respaldo detallándose en éste último el *“presupuesto de Azure para el servicio de respaldo”*.

Debiera en primer lugar aclararse la inclusión de tal servicio de respaldo en el cálculo estimado del precio cuando el apartado 6 del PPT señala que recaerá sobre el adjudicatario el coste del sistema de respaldo en la nube.

A salvo de lo anterior y al respecto del presupuesto base de licitación y el valor estimado, los artículos 100 y 101 de la LCSP señalan por un lado que los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios de mercado, indicando el apartado 7 del artículo 101 de la LCSP que el valor estimado deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado. Por su parte el artículo 102 del mismo texto legal señala en su apartado 3 que *“Los órganos de*

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 5 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



*contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.*

No se justifica la razón por la cual una parte del servicio que se pretende licitar ( respaldo en la nube) se ha presupuestado/valorado con base en un único presupuesto. Recuérdese que el artículo 1 de la LCSP expresa que la contratación del sector público deberá ajustarse a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; debiendo asegurar en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Sobre tales principios y más concretamente en lo que se refiere al objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, es doctrina del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales ( por todas Resolución 984/2018 de 26 de octubre y 1917/2021 de 22 de diciembre) que *“El principio de control del gasto debe inspirar la interpretación del artículo 87 del TRLCSP de manera tal que cuando se indica que ‘Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados’, no se impone a la Administración un ‘suelo’ consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que, lejos de encontrarnos con un ‘suelo’ nos encontramos con un ‘techo’ indicativo. La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa”*

Siendo así deberá cuidar el órgano de contratación a la hora de fijar el presupuesto base de licitación/valor estimado del servicio en general, y del servicio de respaldo que integra el mismo en particular, que aquel se calcule teniendo en cuenta los precios habituales de mercado, siendo que a salvo de que se justifique adecuadamente (por ejemplo por razones técnicas, o porque habiéndose expresamente solicitado no se han obtenido más presupuestos) el mismo debiera cifrarse tomando como base la consulta a más operadores existentes en el mercado. Recuérdese en este punto la posibilidad que tiene el órgano de contratación de realizar consultas preliminares de mercado (artículo 115 de la LCSP) con la finalidad de preparar correctamente la licitación.

c) Por último y en relación a la Memoria, se recomienda simplificar la misma de manera que no incluya elementos propios del Pliego de Prescripciones Técnicas. Nos referimos sobre todo a aspectos tales como índices de calidad y acuerdos de nivel de servicio que ya aparecen reflejados en el PPT.

III.- Recuérdese que de conformidad con el art. 116.3 de la LCSP deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito.

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 6 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



IV.- Por último y de conformidad con lo prevenido en los artículos 40 a 43 del Decreto-ley 13/2020, de 18 de mayo, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes relativas a establecimientos hoteleros, coordinación de alertas, impulso de la telematización, reactivación del sector cultural y flexibilización en diversos ámbitos ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19), así como en su Disposición Final Decimonovena y Disposición Transitoria novena, y de acuerdo con la Resolución de 22 de mayo de 2020, conjunta de la Dirección General de Transformación Digital y de la Dirección General de Patrimonio, por la que se concretan los procedimientos modelados en el Sistema de información de relaciones electrónicas en materia de contratación (SiREC), resulta obligatorio el uso del sistema de información de relaciones electrónicas en materia de contratación (SiREC). Precisamente por ello se ha utilizado el pliego modelo correspondiente al procedimiento abierto con tramitación electrónica.

### **TERCERA.- Anexos del Pliego.**

Hechas las anteriores consideraciones generales, procede ahora realizar las apreciaciones relativas a cada uno de los Anexos adjuntos al Pliego Modelo, centrándonos únicamente en aquellos aspectos que debieran ser corregidos:

a) En cuanto al **Anexo I** cabe señalar lo siguiente:

#### Presupuesto base de licitación y precio del contrato. Apartado 2.

Nos remitimos a lo ya expuesto en relación al servicio de respaldo y la justificación de su importe como parte integrante del presupuesto base de licitación.

#### Capacidad y solvencia. Apartado 4.

En los contratos de servicio no resulta exigible la clasificación (artículo 77.1 b) de la LCSP) sin perjuicio de lo cual, la indicación del grupo, subgrupo y categoría resulta ajustada habida cuenta de que estamos ante un contrato cuyo objeto está incluido en el Anexo II del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado mediante Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, y la acreditación de la solvencia puede realizarse mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes al contrato (artículo 77.1 b y 86.2 de la LCSP).

No obstante lo anterior, al no ser la clasificación- no exigible - el único medio de acreditar la solvencia, deben marcarse con una X los criterios y medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, así como técnica y profesional con expresión de si son alternativos o acumulativos.

En lo que se refiere a la relación de servicios como medio de acreditar la solvencia técnica debiera especificarse el periodo a tener en consideración todo ello en el apartado correspondiente del Anexo I, apartado 4, y de acuerdo con lo preceptuado en el art. 90.1 a) de la LCSP que prevé que tal periodo sea como máximo de tres años salvo cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, caso en el cual podrá indicarse- con la adecuada justificación- que se tenga en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes.

De igual modo debe marcarse si se exige o no un compromiso de dedicación de medios personales

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 7 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



y/o materiales suficientes para la ejecución del contrato. Señala el art. 76.2 párrafo segundo de la LCSP que en el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso.

#### Procedimiento de adjudicación y tramitación del expediente. Apartado 6.

Debe indicarse que la tramitación del expediente será Urgente con indicación de la fecha de la resolución habida cuenta que se ha adoptado acuerdo en tal sentido.

Debiera marcarse el órgano competente para los bastanteos, que en este caso serán *los Servicios jurídicos de cualquier Administración a nivel estatal, autonómico o local*, habida cuenta el órgano de contratación, todo ello además de conformidad con el artículo 55 del Decreto 39/2011 de 22 de febrero por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y regula el régimen de bienes y servicios homologados.

#### Criterios de adjudicación. Apartado 8.

En cuanto a los criterios de adjudicación y baremo de valoración, recuérdese que el art. 145.5 de la LCSP prevé que los criterios deberán estar vinculados al objeto del contrato, formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios- entre otros- de transparencia y proporcionalidad, no pudiendo conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. En tal sentido resulta ilustrativa la Resolución n.º 233/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 20 de abril de 2022, que viene a expresar lo siguiente:

*La controversia que el recurso plantea mediante este motivo se centra en discernir si el informe de valoración de las ofertas -a la hora de interpretar y aplicar los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor previstos en los pliegos- ha llevado a cabo un sistema de ponderación y distribución de la puntuación entre los subcriterios no prevista en el PCAP, y por tanto supone una infracción de los principios de concurrencia, igualdad de trato, y no discriminación, lo que supondría, según afirma expresamente el escrito de recurso, una vulneración de la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 24 de noviembre de 2005 (Asunto C-331/04, ATI EAC (RCL 2006, 1450) Srl).*

*Sobre la presente cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en reiteradas ocasiones, entre otras en la Resolución 137/2017, de 30 de junio, en la que se señalaba que: “ (...) este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas”.*

*También hemos indicado al respecto en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, que: “(...) los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas. En definitiva, el grado de*

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 8 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



*concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración”.*

*Al hilo de lo anterior y en relación con la vulneración, que según afirma CACTUS, se ha producido en el presente supuesto de la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), resulta de interés el análisis de la misma. En efecto en cuanto a la ponderación no prevista inicialmente en los pliegos existe una consolidada doctrina por parte de este Tribunal, con sustento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el sentido de que ello solo es admisible cuando se den las circunstancias señaladas por el citado Tribunal de Justicia, plasmada entre otras en las Resoluciones 125/2015, de 15 de abril, 186/2015 y 187/2015, ambas de 26 de mayo, 133/2017, de 27 de junio y 240/2017 de 13 de noviembre, que citan la referida Sentencia de 24 de noviembre de 2005 del citado Tribunal de Justicia en el asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros, que señala que “El Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión: - no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones; - no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; - no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.”*

*Por consiguiente, el Tribunal de Justicia en dicha sentencia admite que, estando el criterio definido y ponderado en el pliego, puedan establecerse en el mismo subcriterios sin ponderar, permitiendo que sea a posteriori -en la fase de valoración- cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio. Asimismo, es necesario hacer mención a la Sentencia del TJUE, de 24 de enero de 2008, en el asunto C532/06 (Alexandroupulis), en relación con la citada Sentencia de 24 de noviembre de 2005 - asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros-, que concluye que “El artículo 36, apartado 2 , de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) , interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación” . Esta aparente adopción de una doctrina más restrictiva por parte del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 24 de enero de 2008 (Alexandroupulis), fue resuelta por dicho Órgano en la propia sentencia (apartados 41 a 44). En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indicó, en la Resolución 389/2014, de 19 de mayo, que “los supuestos de hecho examinados en las dos sentencias citadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son parecidos pero no totalmente coincidentes; así, en la Sentencia de 24 de enero de 2008 (asunto Alexandroupulis), el anuncio de licitación contenía únicamente los criterios de adjudicación, procediendo la Mesa a determinar tanto los coeficientes de ponderación de esos criterios como*

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 9 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



los subcriterios de valoración, todo ello con posterioridad a la presentación de las ofertas. En la sentencia de 24 de noviembre de 2005 (asunto ATI EAC), tanto los criterios de adjudicación como sus coeficientes de ponderación y los subcriterios de aquéllos estaban previamente fijados en el pliego de condiciones, estableciendo la Mesa a posteriori sólo los coeficientes de ponderación de los subcriterios . Se trata de dos supuestos de hecho diferentes, de ahí que en principio parezca que en la sentencia de 24 de enero de 2008 (Alexandroupulis) el Tribunal de Justicia adopte una doctrina más restrictiva pero en realidad no lo haga, al dejar expresamente a salvo la doctrina de la sentencia de 24 de noviembre de 2005, referida a un supuesto en el que los Pliegos recogían con un mayor grado de detalle las pautas (los criterios de valoración y su ponderación, y los subcriterios de aquéllos) aplicables para decidir la adjudicación. En este último supuesto, se insiste, el TJUE admite con ciertas condiciones que la Mesa de Contratación efectúe a posteriori un reparto de los puntos asignados a cada subcriterio , esto es, que fije a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios previstos en los Pliegos.” En el caso que nos ocupa y como ya se ha citado el PCAP arbitra 19 criterios sometidos a juicio de valor atribuyendo una puntuación máxima para cada uno de ellos, los cuales a su vez están integrados por diferentes apartados internos. El informe de valoración, concretamente en el epígrafe denominado “Metodología para la valoración de ofertas”, expresamente indica que “Cada uno de los 19 criterios tiene una puntuación asociada, dado que el PCAP no establece una puntuación máxima asignada a cada uno de los subcriterios se opta por distribuir la puntuación total asignada en pliegos entre el número de subcriterios a valorar”. Por tanto, se ha repartido la puntuación entre subcriterios previamente definidos en el PCAP y dentro del margen de puntuación del respectivo criterio. Además y analizado el cuadro de valoración contenido en el informe cabe subrayar que el reparto de puntuación entre el criterio y los distintos subcriterios ha sido proporcional, sin que se mejore la ponderación de puntuación respecto a ninguno de los subcriterios .

En un supuesto muy parecido al aquí valorado, la Sentencia 2262/2016, de 19 de septiembre de 2016, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, recurso 6/2016, establece en su fundamento jurídico tercero que «Así pues, la resolución de este motivo exige determinar si se puede considerar como un defecto invalidante del procedimiento de adjudicación el hecho de que los informes técnicos, aceptados por el órgano de valoración, hayan otorgado una concreta puntuación a cada uno de los subcriterios descritos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, cuando esta puntuación no estaba previamente recogida en los pliegos. (...) nada impide que el órgano de contratación o de valoración, en el ejercicio de su discrecionalidad técnica, pueda establecer puntuaciones a los subcriterios plasmados en el Pliego tendentes a objetivar y a autolimitar su propia discrecionalidad, introduciendo elementos reglados plenamente razonables, siempre y cuando se sujete estrictamente a los límites que para cada uno de los criterios estaban definidos en el Pliego. Y esto es exactamente lo que han hecho los informes técnicos cuando, al fijar la puntuación de cada criterio, han partido de la previa división en subcriterios para otorgarle una puntuación concreta y totalmente respetuosa con los porcentajes definidos en la base 15 del Pliego. Y, como indica la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011, no es admisible una alegación de parcialidad por ese solo hecho, sin alegar y acreditar algún dato que la justifique.»

Si llevamos lo expuesto a los criterios dependientes de un juicio de valor contenidos en el Anexo I, apartado 8 , cabe afirmar que resulta difícil extraer de la redacción dada a los mismos que aspectos se valorarán y cómo se asignará la puntuación . Aunque sea un criterio dependiente de un juicio de valor, los licitadores deben saber con carácter previo qué aspectos de sus ofertas van a ser valorados, de manera que el órgano encargado de la misma otorgue las puntuaciones dentro de unos márgenes razonablemente previstos.

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 10 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	



Siguiendo con el apartado 8, se recomienda cambiar el término precio de licitación por el de presupuesto base de licitación en el parámetro fijado para considerar una oferta como anormalmente baja y ello habida cuenta el momento en que su aplicación se produce.

Condiciones especiales de ejecución del contrato. Apartado 9.

Conviene señalar que las condiciones especiales de ejecución del contrato habrán de cumplir los requisitos del artículo 202.1 de la LCSP, entre ellas, la vinculación con el objeto del contrato. Con carácter general, el examen de si una concreta condición especial de ejecución del contrato está vinculado o no al objeto del contrato es una cuestión controvertida, sometida a debate doctrinal y no resuelta jurisprudencialmente, que en todo caso debe analizarse casuísticamente, tal y como señala el Tribunal Administrativo de Resolución de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Madrid en sus resoluciones 16/2016 de 3 de febrero y 85/2016 de 5 de mayo, donde también se señala que la vinculación del criterio social en cuestión con el contrato de que se trate es un aspecto que deberá justificarse debidamente en el expediente.

Con relación a esto último, tenemos a bien reproducir parte del Informe HEPI00059/18 emitido por la Asesoría jurídica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública sobre PCAP del contrato denominado “SUMINISTRO DE RENOVACIÓN Y ADQUISICIÓN DE LICENCIAS ArcGIS y MÓDULOS COMPLEMENTARIOS FME PARA EL INSTITUTO DE ESTADÍSTICA Y CARTOGRAFÍA DE ANDALUCÍA” (Expediente 2018-000045), pues en ella se hace observación sobre dicha vinculación:

*“Una aproximación a la definición y alcance de esta vinculación la encontramos en la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 600/2016 de 22 de julio, según la cual “el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no, con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas”. Afirmación que es trasladable, a las condiciones especiales de ejecución.*

Señalado lo anterior, no se aprecia en que medida la condición especial de ejecución del contrato “*Transparencia Fiscal*” puede estar vinculada al objeto del contrato, y en cualquier caso no se ha justificado su inclusión.

Es todo cuanto tengo el honor de someter a su consideración en cuanto al pliego remitido, todo ello sin perjuicio de su adecuada tramitación procedimental y presupuestaria.

**EL LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Firmado por: MESA RAMIREZ OCTAVIO		05/05/2023 15:29	PÁGINA 11 / 11
VERIFICACIÓN	PzPpxDGLZXhdZC&krTeZHKPWraC6Ge	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	