

**RESUMEN Proyecto CSP del INFORME (nº 1066 de 20 de diciembre de 2014) DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL CELEBRADA DURANTE EL EJERCICIO 2012.**



El presente documento contiene una relación extractada de los principales defectos que, en materia de contratación, han sido observados por el Tribunal de Cuentas (TCu) en su informe 1066, relativo a la contratación del sector público estatal celebrada durante el ejercicio 2012.

Código de colores:

En [color azul](#) figura el resumen del defecto observado por el TCu.

En **color negro** el extracto del texto literal del informe.

En **color granate** algunas de las conclusiones y recomendaciones efectuadas.

En los expedientes de contratación debe determinarse con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades a satisfacer, la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas y la insuficiencia de medios propios, lo que en último extremo garantiza una eficiente utilización de los fondos públicos.

“La documentación preparatoria de los contratos números 1 a 3 en la que se determinó la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse con los contratos proyectados, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas está redactada en unos términos excesivamente genéricos no correspondiéndose con las exigencia. Además, los informes sobre la insuficiencia de medios personales y materiales del Organismo en los contratos números 1 a 3 requisito necesario para la celebración de un contrato de servicios, habida cuenta de que el artículo 22.1 de la LCSP exige que se justifique la necesidad para celebrarlo sin embargo, son meramente formales, pues se limitan a declarar la insuficiencia de medios personales y materiales, sin justificar en modo alguno la existencia de la misma y sin hacer referencia a la conveniencia de la no ampliación de los mismos, por lo que no ha quedado acreditada la necesidad de contratar dichos servicios”.

Fraccionamiento del objeto del contrato: los contratos menores celebrados entre dos contratos de tracto sucesivo evidencian una deficiente planificación y suponen un fraccionamiento del objeto del contrato.

“La adjudicación por FOGASA de estos dos contratos menores evidenció una deficiente planificación de la contratación; y ello porque en los contratos de tracto sucesivo, como es el caso analizado, la fecha de vigencia y de finalización del contrato anterior es conocida de forma previa desde el momento de la firma del propio contrato, por lo que FOGASA pudo y debió iniciar la tramitación del procedimiento abierto de adjudicación con antelación suficiente, lo que habría evitado la celebración de los dos contratos menores citados. Cabe añadir que dichos contratos menores sumaron un importe conjunto de 24.500 euros (IVA excluido), cuantía superior al importe máximo de 17.999,99 euros (IVA excluido) establecido en el artículo 138.3 del TRLCSP para este tipo de contratación”.

La insuficiencia de medios que determine la necesidad de acudir a la contratación externa debe justificarse en el expediente, sin que una motivación genérica se considere suficiente.

“No se han aportado los informes sobre la insuficiencia de medios personales y materiales del Ministerio en los contratos números 6, 8<sup>22</sup>, 13 35<sup>23</sup> requisito necesario para la celebración de un contrato de servicios, habida cuenta de que el artículo 22.1 del TRLCSP exige que se justifique la necesidad para celebrarlo y los informes sobre la insuficiencia de medios de los contratos números 1, 4, 5<sup>24</sup>, 7, 11, 15 son meramente formales, pues se limitan a declarar la insuficiencia de medios personales y materiales, sin justificar la existencia de la misma y sin hacer referencia a la conveniencia de la no ampliación de los mismos, por lo que no ha quedado acreditada la necesidad de contratar dichos servicios”.

“En cualquier caso, no se detallaba el por qué no era oportuno ni necesario ampliar los medios humanos y materiales de la Entidad, ni tampoco constaba la realización de un estudio técnico comparativo, al respecto, que valorase la posibilidad de prestar el servicio con personal propio de la ONO, en lugar de acudir a la externalización sistemática del servicio que se llevaba prestando, ininterrumpidamente, en ambos casos, desde el ejercicio 2008, por lo que no resultó suficientemente acreditada la necesidad de la contratación, de acuerdo con los términos previstos en el artículo 22 del TRLCSP”.

“Esta explicación se realizó en los pliegos de condiciones particulares que señalaba que “La Fundación no cuenta, de entre sus medios personales y materiales, con la posibilidad de gestionar por sí misma la asistencia técnico-pedagógica que requiere el volumen de programas formativos previstos, y requiere además el asesoramiento de expertos en tecnologías de la información...” En cualquier caso, no se justificaba suficientemente y con detalle por qué no se disponía de esos medios materiales y personales para efectuar la contratación, que presumiblemente se seguirá celebrando en el futuro, dado el volumen de programas formativos, y qué tipo de especialización o complejidad requería este tipo de asistencia técnica que no podía ser realizada por su personal propio, debidamente formado. En cualquier caso, teniendo presente las características y funciones especializadas para las que se creó esta Fundación del sector público estatal, debería contar con los medios tanto materiales y personales suficientes para realizar satisfactoriamente esta asistencia de tipo formativo, o bien debería haber realizado un estudio comparativo sobre la diferencia entre el coste que supondría su realización por su

propio personal o el que se derivaría de su externalización, que en este supuesto superó el medio millón de euros”.

“Finalmente, en el expediente de contratación 2012/004390, anteriormente citado, el informe técnico sobre las ofertas presentadas carecía de motivación, una vez que se limitaba a ofrecer las puntuaciones asignadas a los diferentes licitadores, eliminando a nueve de ellos, sin ofrecer justificación alguna de las razones que fundamentaban la puntuación otorgada a cada elemento de la oferta objeto de valoración”.

La normativa contractual (TRLCSP) prevé la posibilidad de contratar servicios, es decir, trabajos, pero no trabajadores. Si la Administración precisa trabajadores debe valorar la posibilidad de realizar los servicios con medios propios.

“En el expediente 3010313003400, sus pliegos de prescripciones técnicas describían como necesidad real a ser cubierta por el mismo el poder contar con un equipo de ocho personas, con una determinada cualificación. Además, por un lado, la solvencia técnica exigible a la empresa contratista venía definida en términos de la propia cualificación del equipo de personas demandado, y, por otro lado, la entidad fiscalizada asumía la dirección y planificación de los trabajos, a la vez que se encargaba de proporcionar los materiales y las herramientas necesarias para los mismos. Las circunstancias anteriores ponen en cuestión la necesidad de que el mencionado servicio continúe siendo externalizado, puesto que al tratarse de una necesidad continuada en el tiempo y de unas prestaciones consistentes, en esencia, en el trabajo de un grupo de personas físicas con determinada cualificación, debería la entidad fiscalizada examinar la posibilidad de realizar con medios propios las actividades objeto de contratación, y proceder a valorar el ahorro que ello supondría en los gastos de la propia entidad”.

La tramitación de urgencia sólo se justifica por la existencia de una necesidad inaplazable o cuando sea preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, requisitos que no se cumplen cuando estamos ante circunstancias previsibles. La falta de fundamento en la tramitación de urgencia afecta negativamente al principio de concurrencia.

“El contrato número 1 fue tramitado a través del procedimiento de urgencia, que implica una reducción de plazos que, especialmente en cuanto al tiempo para presentar ofertas, supone una restricción de la concurrencia de licitadores, por ello su utilización es permitida por el artículo 112 del TRLCSP solamente cuando la necesidad del contrato sea inaplazable o su adjudicación sea preciso acelerarla por razones de interés público. En el expediente del contrato la urgencia se basa en que “el contrato actual finaliza el 31 de octubre de 2012 y a partir de esa fecha quedaría sin efecto la prestación de este servicio esencial para el Departamento”, no estando por tanto justificada la utilización del procedimiento de urgencia para la preparación y adjudicación de este contrato”.

“Circunstancias parecidas se produjeron en otro expediente (378), tramitado para unificar el suministro que se venía prestando en virtud de dos contratos de 2010 cuya ejecución finalizaba en julio y octubre de 2012, sin posibilidad de prórroga ninguno de ellos. Para acudir a la tramitación de urgencia se alegaron razones de interés público, ya que siguiendo una tramitación ordinaria no sería posible disponer de un nuevo contrato a tiempo. Como hizo observar el representante de la Intervención Delegada - observación que comparte el Tribunal de Cuentas-, dicha circunstancia era conocida con antelación, por lo que no quedaría dentro de los supuestos recogidos en la Ley para tramitar de forma urgente. Por otra parte, dado que el contrato no se formalizó hasta enero de 2013 y que no se tiene

noticia de ampliaciones de plazo de los contratos anteriores, el suministro habría quedado interrumpido varios meses. En trámite de alegaciones se comunicó al Tribunal de Cuentas que durante el período en que no hubo contrato se estuvo abonando el suministro con cargo al Anticipo de Caja Fija”.

La tramitación por el procedimiento de emergencia exige que la actuación se realice de manera inmediata, debiendo comenzar, en todo caso, dentro del plazo de 1 meses desde su declaración.

“El expediente nº SV118112 para la contratación de los trabajos de reparación de los daños ocasionados por inundaciones de septiembre de 2012 en los equipos e instalaciones eléctricas de la interconexión Carboneras-Almanzora se acogió a la tramitación de emergencia para reparar los daños ocasionados por las lluvias acaecidas a finales de septiembre y primeros octubre; así mismo se autorizó la contratación de las asistencia para el control y vigilancia de las reparaciones y la correspondiente coordinación de seguridad y salud por un importe estimado de 750 miles de euros. Todos los trabajos se autorizaron en diciembre de 2012, dos meses después de las inundaciones, y no se iniciaron hasta el 9 de enero de 2013 lo que cuestiona la tramitación de emergencia del expediente por exigir el artículo 113 del TRLCSP, que la actuación se realice de manera inmediata”.

El establecimiento de prescripciones técnicas no se puede efectuar de forma que limite la concurrencia a una sólo entidad.

“En el PPT del contrato número 7 (adquisición de carburante) se recoge tanto el número de estaciones que deben contar las empresas licitadoras como los términos municipales en los que deben estar emplazadas, lo cual implica un incumplimiento del apartado 2 del artículo 117 del TRLCSP al quedar limitada la concurrencia a una sola empresa”.

Contenido de los PCAP vs los PPT. La determinación del objeto del contrato, el presupuesto, el plazo de ejecución o los criterios de adjudicación, son menciones que únicamente deben figurar en el PCAP.

“En un expediente adjudicado por la Junta de Contratación (97), el PPT recoge menciones (presupuesto del contrato, y plazo de ejecución) que, de acuerdo con el artículo 67.2 del RGLCAP corresponden al PCAP, lo que infringe la prohibición del artículo 68.3 del RGLCAP”.

“En un expediente adjudicado por la Subdirección General de Administración y Gestión Financiera (56), el PPT contiene cláusulas (definición del objeto del contrato, necesidades administrativas a satisfacer y criterios para la adjudicación) que, de acuerdo con el artículo 67.2 del RGLCAP, corresponden al PCAP, lo que infringe el artículo 68.3 del RGLCAP”.

“La Fundación confeccionó los pliegos de cláusulas administrativas particulares en expediente que tenía por objeto la elaboración de un mapa sanitario nacional de Mauritania, en los que integró diversos contenidos (sus instrucciones internas nada establecían acerca del contenido que deberían tener estos pliegos) que se reiteraban, indebidamente, en los pliegos de prescripciones técnicas, como eran el objeto, los criterios de adjudicación o el plazo de ejecución. En estos pliegos técnicos, en los que sólo se deberían haber incorporado especificaciones técnicas, se incorporaba, además, una referencia a la composición de la mesa de contratación, órgano de actuación sobre el que nada se decía en los pliegos de cláusulas particulares. Idénticas circunstancias concurrían en el expediente que tenía por objeto la

asistencia técnica para el apoyo a la dirección de estudios en la planificación de tareas del Ministerio de salud de un país africano”.

La garantía definitiva se debe constituir a favor del órgano de contratación, siendo del 5% del precio de licitación cuando el sistema de determinación del precio del contrato se fije por precios unitarios.

“En un expediente adjudicado por la Subsecretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda (240), la garantía definitiva se constituyó a disposición de la Dirección General de Carreteras en lugar de hacerlo a favor del órgano de contratación como establece el artículo 95.1 de la TRLCSP”.

“En un expediente adjudicado por la Subsecretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda (334), el importe de la garantía definitiva se puso a disposición de la Dirección General de Carreteras, en lugar de hacerlo a favor del órgano de contratación, como dispone el artículo 83.1 de la LCSP”.

“Así, en un expediente (300), la cláusula 9 del PCAP establece como sistema de determinación del precio el de precios unitarios según mercado; sin embargo, e incumpliendo el artículo 83.3 de la LCSP, la cláusula 15 establece una garantía definitiva del 5 % del presupuesto de adjudicación, y no del de licitación, como establece la Ley”.

“En un expediente (249), el cuadro de características del PCAP establecía como sistema de determinación del importe el de precios unitarios. Sin embargo, al establecer el importe de la garantía definitiva la fija en el 5 % del importe de adjudicación, IVA excluido, lo que infringe el artículo 83.3 de la LCSP (que dispone que, para tales casos, la garantía se calcula en función del presupuesto de licitación). Como consecuencia, la garantía constituida resultó insuficiente”.

Resulta necesario que en los PCAP de los procedimientos negociados, figuren los aspectos económicos y técnicos que deben ser objeto de negociación.

“Se ha constatado, en algunos casos, que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que preveían el procedimiento negociado sin publicidad, como procedimiento de adjudicación, no incluían los aspectos económicos y técnicos que habían de ser objeto de negociación con las empresas, de acuerdo con lo previsto artículo 176 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

La falta de negociación en los procedimientos negociados desvirtúa la naturaleza de este procedimiento excepcional, infringiendo lo dispuesto en el artículo 178 TRLCSP.

“En los expedientes adjudicados mediante el procedimiento negociado sin publicidad se constató, en algunos casos, que las Entidades no negociaron con las empresas invitadas, limitándose a evaluarlas, a través del correspondiente informe técnico de valoración, con lo que se infringió el artículo 178 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

La utilización del procedimiento negociado sin publicidad, regulado en el artículo 170.d del TRLCSP (por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva), exige que se acredite que el contrato exclusivamente puede encomendarse a un único licitador, sin que existan otras entidades que pudieran acometer la prestación.

“Los contratos números 10 y 36 se adjudicaron mediante procedimientos negociados sin publicidad con base en la causa prevista en el apartado d) del artículo 170 del TRLCSP. Dicha causa consiste en que por razones técnicas, artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos, “el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado”. Sin embargo en el expediente no consta la acreditación de que el adjudicatario fuera el único que podía realizar la prestación contratada, no estando en consecuencia justificada la celebración del contrato fiscalizado”.

La utilización del procedimiento negociado sin publicidad, regulado en el artículo 170.f del TRLCSP (declarados secretos o reservados, cuando su ejecución de ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado), exige que se acredite documentalmente que la entidad adjudicataria ha garantizado la protección.

“El contrato número 2 fue adjudicado mediante procedimiento negociado sin publicidad, invocando para poder utilizar tal procedimiento, el supuesto previsto en el apartado f) del artículo 170 del TRLCSP, que permite la utilización de este procedimiento para “los declarados secretos o reservados o cuando su ejecución debe ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado”. Sin embargo, no se ha acreditado documentalmente que la empresa adjudicataria garantizara adecuadamente la protección de los citados intereses”.

Criterios de adjudicación: El establecimiento de un umbral de saciedad, la valoración en función de tramos fijos o la valoración de ofertas en función de la baja media (y no en función de las mayores bajas) no resulta conforme al principio de economía en la gestión de los fondos públicos.

“En el PCAP del contrato número 2 se estableció un umbral de saciedad en la valoración de las ofertas económicas del 30% del techo de licitación. La fijación de umbrales de saciedad en la valoración de la oferta económica es contraria al principio de economía que debe informar el gasto público. Además, en los PCAP de los contratos números 2 y 3 se estableció que las ofertas económicas de importe inferior al 70% del presupuesto de licitación se presumirían incursas en baja temeraria. La previsión establecida desincentiva de manera injustificada la presentación de ofertas bajas y además, en los contratos en los que se utilicen varios criterios de adjudicación la presunción de temeridad sería conveniente que se hubiera establecido tomando en consideración todos los criterios o en su caso, que se hubiera motivado en el expediente por que se tomaron en consideración solo alguno o algunos”.

“En el PCAP del contrato número 2 se estableció que la valoración de las ofertas económicas se realizaría en función de su proximidad a la baja media resultante de todas las ofertas presentadas a la respectiva licitación. Esta forma de valoración es contraria al principio de economía que debe informar la gestión de los fondos públicos”.

“En el PCAP del contrato fiscalizado, en el criterio económico para la valoración de ofertas, se establecieron varios subcriterios. En el subcriterio “descuentos sobre facturación” 2 se estableció un umbral de saciedad consistente en que la bonificación mínima que se valorara será del 5% obteniendo el máximo de puntuación aquellas empresas que oferten bonificaciones del 9%”. La fijación de umbrales de saciedad en la valoración de la oferta económica es contraria al principio economía que debe informar el gasto público”.

El establecimiento de la presunción del carácter anormal de una oferta en función de un % fijo, en lugar de establecerlo en función de la baja media de las ofertas presentadas, limita las posibles bajas y no resulta coherente con el principio de economía en la gestión de los fondos públicos.

“En los PCAP de los contratos números 8 y 19 se estableció que las ofertas que supongan una baja superior al diez por ciento del precio medio de las ofertas presentadas y al veinte por ciento del precio de licitación, respectivamente, se presumirían incursas en baja temeraria. La previsión establecida en este pliego desincentiva de manera injustificada la presentación de ofertas bajas y además, en los contratos en los que se utilicen varios criterios de adjudicación o negociación la presunción de temeridad sería conveniente que se hubiera establecido tomando en consideración todos los criterios o en su caso, que se hubiera motivado en el expediente por que se tomaron en consideración solo alguno o algunos. Además, se estableció un umbral de saciedad en la valoración de las ofertas económicas del 15% del precio de licitación. La fijación de umbrales de saciedad en la valoración de la oferta económica es contraria al principio de economía que debe informar el gasto público”.

“En el PCAP del contrato número 1, en el criterio de adjudicación “Precio” se considera baja temeraria o desproporcionada a la oferta cuya baja sea superior a la baja media en más de 10 unidades porcentuales. La previsión establecida en este pliego desincentiva de manera injustificada la presentación de ofertas bajas y además, en los contratos en los que se utilicen varios criterios de adjudicación, la presunción de temeridad sería conveniente que se hubiera establecido tomando en consideración todos los criterios o en su caso, que se hubiera motivado en el expediente por que se tomaron en consideración solo alguno o algunos”.

La distinta naturaleza de los criterios de adjudicación hace que éstos puedan valorarse en función de cifras o porcentajes o vincularse a un juicio de valor, debiendo cuidarse que los criterios de adjudicación empleados se asignen correctamente a cada categoría, puesto que la norma exige que la apertura y valoración de las proposiciones vinculadas a un juicio de valor, se efectúe con carácter previo a la apertura de las proposiciones que se valoren mediante la aplicación de fórmulas.

“De otro lado en el mismo expediente antes citado, se incluye dentro de los criterios de valoración de las ofertas subjetivamente valorables, el incremento de horas sin coste para la entidad contratante, factor al que asigna hasta el 10% de los puntos totales. La mesa de contratación asignó, en su momento, los correspondientes puntos mediante un mero reparto proporcional. Resulta evidente que se trata de un criterio de valoración de las ofertas susceptible de valoración objetiva y que, por tanto, debió ser incluido en el sobre de las ofertas en el que se incluían los elementos susceptibles de la aplicación de fórmulas. Así, dicho elemento de las correspondientes ofertas debió ser conocido por la mesa de contratación una vez que los elementos susceptibles de valoración subjetiva hubieran sido valorados. Esta previsión de los pliegos restó transparencia al procedimiento de selección del contratista”.

“Con carácter general los pliegos de condiciones administrativas bajo los que se rigen los contratos licitados por la entidad fiscalizada, clasifican los criterios de adjudicación de las diferentes ofertas entre lo que denominan “aspectos técnicos” y lo que califican como “condiciones económicas”, apartándose así de la sistemática de la legislación vigente que distingue entre criterios evaluables mediante la aplicación de juicios de valor (valorables subjetivamente) , y criterios susceptibles de la aplicación de fórmulas (valorables objetivamente). La antedicha práctica resulta contraria a las previsiones contenidas

en el artículo 150 del TRLCSP y en los artículos 25 y siguientes de Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Además, podría tratarse de un mera cuestión semántica en el supuesto de que, en la realidad, los referidos aspectos técnicos resultasen equivalentes a los criterios de valoración subjetiva, y las mencionadas condiciones económicas se asimilasen a los elementos de la oferta objeto de aplicación de fórmulas, como resulta ser práctica habitual en otras entidades del sector público. Sin embargo ello no resulta ser así, dado que en los aspectos técnicos de las diferentes ofertas objeto de valoración se mezclan elementos de las mismas susceptibles de la aplicación de fórmulas junto con otros de necesaria valoración mediante un juicio de valor. Por ejemplo, en el expediente 2012/002057, del servicio de mantenimiento de instalaciones de protección contra incendios, se incluye en los antedichos aspectos técnicos elementos tales como “reducción del tiempo de respuesta en caso de avería”, u ofrecimiento de un servicio de “atención 24 horas”, claramente susceptibles de valoración objetiva. En la misma línea, en el expediente 2012/004390, de suministros para reemplazo de equipos energéticos, se incluyen en los aspectos técnicos elementos tales como la reducción del plazo de ejecución del contrato, y la ampliación del plazo de garantía, ambos posibles de valorar mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. Igualmente puede decirse del expediente 201 1/10137, de servicios de transportes de señales, en el que se configuraba como criterio subjetivo de adjudicación la ampliación de la garantía, refiriéndose al plazo de garantía, a tenor de lo previsto en la cláusula 7º del contrato formalizado, cuando en realidad dicho plazo resultaba objetivamente determinable mediante la aplicación de fórmulas.

La práctica señalada resulta contraria tanto a la literalidad de la legislación vigente, como a los principios que transparencia, igualdad y no discriminación consagrados en el TRLCSP. Efectivamente, por medio de la distinción entre criterios de valoración subjetivos y objetivos, los que, a su vez, son objeto de conocimiento por el órgano de contratación en momentos distintos (antes los primeros que los segundos), objeto de valoración en sucesivos instantes (antes los primeros que los segundos), y cuyo resultado, asimismo, es dado a conocer a los licitadores en distintas y sucesivas ocasiones, el legislador ha establecido una sistemática de valoración de las ofertas que evite que el ejercicio de las facultades discrecionales de las que dispone el órgano de contratación (valoración subjetiva) se pueda ver mediatizado e influido por el conocimiento previo de los elementos de la oferta que no dejan margen a la discrecionalidad (como, por ejemplo, el precio), con lo que se pondría en peligro el respeto a la igualdad de los licitadores, la interdicción de cualquier posible discriminación, y la transparencia del proceso de selección del contratista”.

**Criterios de adjudicación: El establecimiento de criterios de adjudicación de forma imprecisa y sin especificar la forma de valoración o asignación de puntuaciones, resulta contrario a los principios de publicidad, objetividad y transparencia.**

“Además, no se especificó la forma de valoración ni de asignación de las puntuaciones correspondientes al criterio de adjudicación “oferta técnica”. Esta actuación no es conforme con los principios de objetividad, publicidad y transparencia, rectores de la contratación pública ya que es el pliego donde establecerse con precisión y claridad todos los criterios de adjudicación y la forma de valoración de cada uno de ellos para que sean conocidos por las empresas licitantes a fin de que puedan preparar sus ofertas en coherencia con los requisitos específicos y las necesidades reales de la Administración contratante. Por último, se utilizó como subcriterio de adjudicación dentro del criterio de adjudicación “oferta técnica”, las mejoras propuestas presentadas por los licitadores, indicando únicamente que



debían ser útiles o convenientes para la ejecución del contrato, sin precisar su contenido y en qué condiciones quedaba autorizada su presentación, lo que supuso la indeterminadas sin que fueran acompañadas de una adecuada ponderación no es conforme con los principios de igualdad y transparencia previstos en el artículo 139 del TRLCSP”.

“En el PCAP del contrato número 35 se establecieron dos criterios de adjudicación, el precio y el plan de trabajo. Sin embargo no se especificó la forma de valoración ni de asignación de las puntuaciones correspondientes al criterio de adjudicación plan de trabajo. Esta actuación no es conforme con los principios de objetividad, publicidad y transparencia, rectores de la contratación pública ya que es el pliego donde establecerse con precisión y claridad todos los criterios de adjudicación y la forma de valoración de cada uno de ellos para que sean conocidos por las empresas licitantes a fin de que puedan preparar sus ofertas en coherencia con los requisitos específicos y las necesidades reales de la Administración contratante”.

“En el PCAP del contrato número 2 no se especificó la forma de valoración ni de asignación de las puntuaciones correspondiente al criterio de adjudicación “oferta técnica” desglosado en 3 subcriterios, “estudio de optimización de la contratación, expresión matemática de costes fijos y costes derivados y acceso a la información de consumo a través de internet”. Esta actuación no es conforme con los principios de objetividad, publicidad y transparencia, rectores de la contratación pública ya que es el pliego donde establecerse con precisión y claridad todos los criterios de adjudicación y la forma de valoración de cada uno de ellos para que sean conocidos por las empresas licitantes a fin de que puedan preparar sus ofertas en coherencia con los requisitos específicos y las necesidades reales de la Administración contratante”.

En concreto, en los lotes 2 y 3, se establecieron en el PCAP como criterios de adjudicación la “*valoración global de la oferta*” (hasta un máximo de 10 puntos), consistente en el “*planteamiento global de la oferta atendiendo a la claridad, calidad, gestión del servicio*”, sin mayor precisión al respecto; así como el “*plan de implantación*” y el “*plan de operación*” (hasta un máximo de 3 puntos cada uno de ellos), que se valoran en función de que el citado plan presentado por cada una de las empresas licitadoras sea “*genérico y esquemático*”, “*genérico y detallado*” o “*específico y sistemático*”, sin mayor precisión al respecto y sin detallar qué contenido específico sería valorado”.

**Criterios de adjudicación: Mejoras.** El contenido y condiciones en que queda autorizada su presentación debe figurar en los PCAP, puesto que su una indefinición conculca el principio de transparencia y no garantiza la concurrencia de los licitadores en condiciones de igualdad.

“En el expediente 79/2012 sus pliegos de cláusulas administrativas particulares incluyeron dentro de los criterios de adjudicación objeto de valoración subjetiva las “mejoras” presentadas por los licitadores, factor al que asigna hasta el 10% de los puntos totales, sin especificar el tipo de mejoras que, de acuerdo a las características del servicio a prestar, tendrían tal carácter de contribuir a incrementar el valor de la oferta técnica y la calidad de la prestación ejecutada a favor de la Administración, especificación ésta que resulta esencial. La no determinación a priori de qué prestaciones contenidas en la oferta podrían ser consideradas como mejoras, por ofrecer la virtud de contribuir a elevar el grado de satisfacción de la entidad contratante, genera un espacio de excesiva discrecionalidad en el procedimiento de selección del contratista, lo que supone una clara merma de los principios de igualdad y transparencia que deben inspirar dicho procedimiento”.

“En el PCAP del contrato número 1 se utilizó como criterio de adjudicación las “mejoras” presentadas por los licitadores, indicando únicamente que “tengan relación con el objeto y se valoren como interesantes por el Organismo” sin precisar su contenido y en qué condiciones quedaba autorizada su presentación, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 147 del TRLCSP”.

“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los dos expedientes fiscalizados, el 1200032, de servicios de soporte técnico de sistemas para el entorno técnico de la Entidad, y el 1200034, de servicios de soporte de los sistemas y servicios microinformáticos de la CNC, previeron como criterios para la adjudicación, configuradas como prestaciones adicionales, las “mejoras” presentadas por los licitadores, sin determinar su contenido y sin especificar en qué condiciones quedaba autorizada su presentación, tal como venía exigido por el artículo 147 del TRLCSP. En estos pliegos, tampoco se definía el tipo de mejoras que, de acuerdo a las características del servicio, deberían haber contribuido a incrementar el valor de la oferta técnica y la calidad de la prestación ejecutada a favor de la Administración. Como se ha reiterado en ejercicios anteriores, la ausencia de determinación de qué prestaciones ofrecidas por el empresario podrían contribuir a elevar el grado de satisfacción de la entidad contratante respecto de la oferta origina una discrecionalidad en el procedimiento de selección del contratista, que, en consecuencia, produce una debilidad en el debido cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia que deben inspirar este procedimiento”.

“Asimismo, en el expediente 5/2012, de recepción y atención telefónica y 10/2012, se incluyeron como criterios de adjudicación las “mejoras” presentadas por los licitadores, sin precisar en qué condiciones quedaba autorizada su presentación. La no especificación de qué prestaciones ofrecidas por el empresario contribuirían a elevar el grado de satisfacción de la entidad contratante generó un espacio de excesiva discrecionalidad en el procedimiento de selección del contratista, lo que suponía una indebida aplicación de los principios de igualdad y transparencia que debían inspirar el procedimiento de contratación, como así exigía el artículo 139 del TRLCSP”.

La Memoria por la que se defina la actuación a realizar, no debe ser un criterio de adjudicación, dado que dicha definición debe realizarse y figurar entre la documentación técnica que configura el objeto del contrato.

“En el PCAP del contrato número 4 (contrato de obras) se utilizó entre otros, el criterio de adjudicación “Memoria con la propuesta de intervención” (10 puntos), en el que se valoraba la elaboración de un programa de logística de puesta en obra que contemple la resolución de interferencias con los usos del inmueble, accesibilidad, respeto al entorno y suministro de servicios necesarios para la ejecución de la obra, éste no debería haber sido objeto de valoración ya que dicha información no debe ser aportada por los licitadores sino que debe formar parte del contenido del proyecto de obra , en virtud del artículo 107 de la LCSP”.

Criterios de adjudicación vs criterios de solvencia: La maquinaria y los medios a emplear, son criterios vinculados a la capacidad técnica de la empresa (solvencia) y no al objeto (adjudicación), por lo que deben ser valorados en la fase previa de admisión a la licitación.

“En el criterio de valoración de ofertas denominado “Memoria de ejecución de las obras” del contrato número 3, se incluyó un subcriterio denominado “Relación de maquinaria y medios a emplear”. Estos aspectos no deben valorarse en la adjudicación del contrato sino en la fase previa de admisión a la licitación (artículo 76 del TRLCSP), ya que debe ser cumplido por todos los licitadores para ser admitidos

a la misma. A mayor abundamiento, el artículo 72 del TRLCSP, permite al órgano de contratación, además de exigir la clasificación pertinente, exigir a los licitadores, haciéndolo constar en el PCAP, que completen en la fase de selección, no de adjudicación como en este caso, la acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello”.

“Como así ha ocurrido en otros expedientes, con este mismo objeto, celebrados en otros ejercicios, los pliegos del expediente 18/11, de servicio de limpieza de la sede de la CNE, incorporaron, como criterios objetivos de adjudicación, factores o requisitos de solvencia técnica de las empresas licitadoras, determinantes de la aptitud de estas empresas, tales como los medios materiales, factores que, como reiteradamente ha manifestado este Tribunal de Cuentas, no eran susceptibles de valoración como criterios de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 78 y 150 del TRLCSP (artículos 67 y 134.1 de la derogada LCSP, al tratarse de una prórroga del servicio)”.

**Criterios de adjudicación vs criterios de solvencia: La maquinaria y los medios materiales o personales pueden ser empleados como criterio de adjudicación cuando: a) en los PPT se definan los medios necesarios para la ejecución y b) en los PCAP se establezca como criterio de valoración unos medios materiales por encima de los exigidos en el PPT.**

“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de uno de los expedientes fiscalizados, sobre la contratación del servicio de limpieza, incluyeron, entre los criterios que han de servir de base para la adjudicación, los medios materiales afectos para el cumplimiento del contrato, factor que constituye medio justificativo de la solvencia técnica o profesional, de acuerdo con el artículo 78 del TRLCSP. A este respecto, debe reseñarse que los requisitos de solvencia de las empresas son requisitos legalmente determinados como criterios de admisión de los licitadores, por lo que deben ser tenidos en cuenta, previamente, para evaluar la aptitud de la empresa adjudicataria, sin que puedan ser objeto de valoración. En relación con este tema, resultaría posible la inclusión del criterio de “los recursos materiales” dentro de los criterios de adjudicación, si la dotación de los mismos ofertada por el licitador fuera superior a la exigida para el normal cumplimiento del contrato de acuerdo a las exigencias contenidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares. Por tanto, dicha inclusión exigiría que estos pliegos especificaran los medios materiales necesarios para la ejecución satisfactoria de la prestación, y que, seguidamente, los pliegos de cláusulas administrativas particulares previeran expresamente como criterio de valoración el ofrecimiento por el empresario de recursos materiales por encima de las exigencias del pliego de prescripciones técnicas, previsiones que no se contienen en los pliegos correspondientes al expediente referido”.

“Como ha manifestado el Tribunal de Cuentas en diversas ocasiones, dichos elementos no deben valorarse en la adjudicación del contrato, sino en la fase previa de admisión a la licitación, siendo requisitos legalmente establecidos como criterios de admisión de los licitadores, que deben ser tenidos en cuenta previamente para evaluar la aptitud de la empresa adjudicataria, de acuerdo con los artículos 77 o 78, según los casos, del TRLCSP. En este sentido, la ejecución del contrato por el personal adecuado quedaba suficientemente garantizada con la exigencia de la solvencia técnica ajustada a las características del objeto del contrato, lo que en cada caso se acredita mediante la acreditación de estar en posesión de los requisitos de solvencia establecidos en los pliegos. En relación con este particular, resultaría posible la inclusión del criterio de “los medios personales” dentro de los criterios de adjudicación, si la dotación de recursos humanos ofertada por el licitador fuera superior a la exigida

para el normal cumplimiento del contrato de acuerdo a las exigencias contenidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares. Por tanto, dicha inclusión exigiría que estos pliegos especificaran los medios humanos necesarios para la ejecución satisfactoria de la prestación, y que, seguidamente, los pliegos de cláusulas administrativas particulares previeran expresamente como criterio de valoración el ofrecimiento por el empresario de recursos humanos por encima de las exigencias del pliego de prescripciones técnicas, previsiones que no se contienen en los pliegos correspondientes a los expedientes mencionados”.

**Criterios de adjudicación vs criterios de solvencia: La experiencia en trabajos similares es un criterio vinculado a la capacidad técnica de la empresa (solvencia) y no al objeto (adjudicación), lo que no permite su empleo como criterio de adjudicación.**

“En los expedientes examinados se utilizaban como criterios de adjudicación elementos o factores que operaban en realidad como determinantes de la capacidad o aptitud de las empresas licitadoras, que constituían verdaderos requisitos de solvencia técnica o profesional, como la titulación, experiencia, formación o la acreditación de certificados de calidad. En relación con esta cuestión, resultaría posible la inclusión del criterio de los medios personales dentro de los criterios de adjudicación si la dotación de recursos humanos ofertada por el licitador fuera superior a la exigida para el normal cumplimiento del contrato, de acuerdo a las exigencias contenidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares. Por tanto, dicha inclusión exigiría que estos pliegos especificaran los medios humanos necesarios para la ejecución satisfactoria de la prestación, y que, seguidamente, el pliego de cláusulas generales de contratación previera, expresamente, como criterio de valoración, el ofrecimiento por el empresario de recursos humanos por encima de las exigencias del pliego de prescripciones técnicas, circunstancia que no ha concurrido en los expedientes analizados”.

“En el mismo expediente 79/2012 resulta especialmente reseñable que dentro de los criterios de valoración determinables mediante fórmulas se incluyeran (con una asignación automática del 15% de los puntos totales) la experiencia previa en contratos del mismo contenido del que se licita (en concreto, servicios de grabación de datos), lo que, sin perjuicio de ser un factor que realmente se refiere a la solvencia técnica del licitador (artículo 78 del TRLCSP), y no al valor de su oferta, proporciona una ventaja inicial a la empresa que hasta ese momento estaba prestando dichos servicios a la AEPD, empresa que, finalmente, resultó además ser la adjudicataria del contrato que comentamos”.

**Criterios de solvencia vs criterios de adjudicación. Los certificados o las certificaciones técnicas son criterios vinculados a la capacidad técnica de la empresa (solvencia) y no al objeto (adjudicación), lo que no permite su empleo como criterio de adjudicación.**

“En el contrato nº 4 del anexo 2 se utilizan como criterios de adjudicación elementos acreditativos de la solvencia u otras características de las empresas (artículo 150 del TRLCSP), como la aplicación de Norma ISO 9001:2008, de Normas ISO/IEC 15504 e ISO/IEC 12207 o la valoración de la experiencia del equipo de trabajo presentado a licitación, lo que no resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 150.1 del TRLCSP”.

“En el mismo expediente de contratación al que se refiere el párrafo anterior se establece como criterio de valoración evaluable de forma objetiva la circunstancia de encontrarse el licitador en posesión de certificados de calidad y medioambientales. Este Tribunal de Cuentas se ha pronunciado en diversas

ocasiones, en unidad de criterio con la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa, en el sentido de que lo citados certificados constituyen medios de acreditación de la solvencia técnica, no pudiendo formar parte de los criterios de valoración de la oferta para la adjudicación del contrato. Efectivamente, la acreditación del cumplimiento de normas de garantía de calidad, o de gestión medioambiental, está regulada respectivamente en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, los cuales forman parte de la subsección 3 de la Sección 2, del Capítulo II del Título II del Libro 1 del TRLCSP, en donde se regula la acreditación de la solvencia por parte de los empresarios licitadores en un proceso de contratación, no pudiendo, en su virtud, incluirse dentro de los criterios de adjudicación del correspondiente contrato”.

“En relación con lo expuesto en el párrafo precedente, y como supuesto de cita individual, en el expediente de contratación 01/1 3, del servicio de limpieza, se establece como criterio de valoración evaluable mediante juicio de valor la circunstancia de encontrarse el licitador en posesión de certificados de calidad. Este Tribunal de Cuentas se ha pronunciado en diversas ocasiones, en unidad de criterio con la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa, en el sentido de que lo citados certificados constituyen medios de acreditación de la solvencia técnica, no pudiendo formar parte de los criterios de valoración de la oferta para la adjudicación del contrato. Efectivamente, la acreditación del cumplimiento de normas de garantía de calidad, o de gestión medioambiental, está regulada respectivamente en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, los cuales forman parte de la subsección 3 de la Sección 2, del Capítulo II del Título II del Libro 1 del TRLCSP, en donde se regula la acreditación de la solvencia por parte de los empresarios licitadores en un proceso de contratación, no pudiendo, en su virtud, incluirse dentro de los criterios de valoración de las ofertas y, consiguientemente, de adjudicación del correspondiente contrato”.

“Además, en el expediente de contratación 1207016, ya mencionado, se establece como criterio de valoración evaluable de forma objetiva la circunstancia de encontrarse el licitador en posesión de certificados de calidad. Este Tribunal de Cuentas se ha pronunciado en diversas ocasiones, en unidad de criterio con la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa, en el sentido de que lo citados certificados constituyen medios de acreditación de la solvencia técnica, no pudiendo formar parte de los criterios de valoración de la oferta para la adjudicación del contrato. Efectivamente, la acreditación del cumplimiento de normas de garantía de calidad, o de gestión medioambiental, está regulada respectivamente en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, los cuales forman parte de la subsección 3 de la Sección 2, del Capítulo II del Título II del Libro 1 del TRLCSP, en donde se regula la acreditación de la solvencia por parte de los empresarios licitadores en un proceso de contratación, no pudiendo, en su virtud, incluirse dentro de los criterios de adjudicación del correspondiente contrato”.

**Criterios de solvencia vs criterios de adjudicación. La titulación o la formación son criterios vinculados a la capacidad técnica de la empresa (solvencia) y no al objeto (adjudicación), lo que no permite su empleo como criterio de adjudicación.**

“En los expedientes examinados se utilizaban como criterios de adjudicación elementos o factores que operaban en realidad como determinantes de la capacidad o aptitud de las empresas licitadoras, que constituían verdaderos requisitos de solvencia técnica o profesional, como la titulación, experiencia, formación o la acreditación de certificados de calidad. En relación con esta cuestión, resultaría posible la inclusión del criterio de los medios personales dentro de los criterios de adjudicación si la dotación de recursos humanos ofertada por el licitador fuera superior a la exigida para el normal cumplimiento del contrato, de acuerdo a las exigencias contenidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares. Por tanto, dicha inclusión exigiría que estos pliegos especificaran los medios humanos necesarios para la

ejecución satisfactoria de la prestación, y que, seguidamente, el pliego de cláusulas generales de contratación previera, expresamente, como criterio de valoración, el ofrecimiento por el empresario de recursos humanos por encima de las exigencias del pliego de prescripciones técnicas, circunstancia que no ha concurrido en los expedientes analizados”.

“La Entidad, en los expedientes examinados, empleó como criterios de adjudicación, factores determinantes, más bien, de la solvencia técnica o profesional de las empresas adjudicatarias, como la experiencia profesional, medios materiales o alusiones al equipo técnico, elementos todos ellos que no eran susceptibles de ser considerados como criterios de adjudicación, sino como criterios que definían aquella aptitud o solvencia, de acuerdo con las normas que debían inspirar la contratación de la entidades que conforman el sector público, según se desprendía de lo previsto en los artículos 76, 78 y 150 del TRLCSP. En cumplimiento de lo establecido en el TRLCSP debe distinguirse entre los elementos que configuran la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato y los elementos que configuran la oferta, debiendo, en su virtud, no incluirse dentro de los criterios de valoración de ésta, factores que sirven para la acreditación de la solvencia técnica de los licitadores”.

“Sin embargo, en varios de los pliegos de contratación de los expedientes analizados se recogen dentro de los criterios de valoración de las ofertas factores que afectan exclusivamente a la solvencia de las empresas participantes. Así, en los expedientes de contratación 1206923, 1207166, 1207016, y 1206780 se incluyen en los criterios de valoración el perfil de la empresa, y la composición y cualificación del equipo de trabajo”.

Las medidas para promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo se pueden establecer como condiciones especiales de ejecución o se pueden prever como criterio de desempate o preferencia de adjudicación, en caso de que se produzca igualdad de puntuación entre las proposiciones presentadas.

En lo que se refiere al análisis de las cuestiones relacionadas con las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, el Ministerio no estableció en la contratación fiscalizada condiciones especiales de ejecución con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, ni tampoco estableció, con este mismo fin, la preferencia, en caso de igualdad en los restantes criterios, en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, hubieran adoptado medidas en materia de igualdad, posibilidades ambas que figuran previstas, con carácter potestativo en los artículos 33 y 34 de la citada Ley Orgánica 3/2007.

Una adecuada justificación de la adjudicación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP, exige que se especifiquen las razones que motivaron las puntuaciones otorgadas a cada uno de los licitadores en los diferentes criterios, extremo al que no se da cumplimiento con un informe genérico o cuando se incorpora al expediente un mero cuadro de puntuaciones.

“Finalmente, en el expediente de contratación 2012/004390, anteriormente citado, el informe técnico sobre las ofertas presentadas carecía de motivación, una vez que se limitaba a ofrecer las puntuaciones asignadas a los diferentes licitadores, eliminando a nueve de ellos, sin ofrecer justificación alguna de las razones que fundamentaban la puntuación otorgada a cada elemento de la oferta objeto de valoración”.

“El informe de valoración de las ofertas presentadas en el contrato número 3 consistió en un simple cuadro de puntuaciones asignadas en cada uno de los criterios de adjudicación a los licitadores, sin ninguna motivación, lo que supone una vulneración del artículo 151.4 del TRLCSP, no estando por lo tanto justificada la adjudicación de este contrato”.

**Criterios de solvencia: resulta necesario concretar en los PCAP los medios y el umbral mínimo que, posteriormente, permita valorar la solvencia de las entidades licitadoras.**

En el PCAP de los contrato número 1 aunque se indicaron los medios establecidos en los artículos 75 y 78 del TRLCSP para acreditar la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica de las empresas licitadoras españolas, no se establecieron los mínimos que debían alcanzarse en tales medios para ser consideradas solventes. Esta deficiencia afecta a la objetividad que debe presidir la admisión de interesados a la licitación.

En los PCAP de los contratos números 1 a 4 si bien se previó la documentación que debían presentar las empresas licitadoras para acreditar su solvencia técnica conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del TRLCSP no se establecieron los mínimos que debían alcanzarse en cada uno de los medios establecidos para considerar solvente al licitador. Esta deficiencia afecta a la objetividad que debe presidir la admisión de interesados a la licitación.

**Dentro de los supuestos previstos por la norma, la clasificación resulta exigible a los empresarios españoles y a los extranjeros no comunitarios, sustituyéndose por la acreditación de determinados requisitos de solvencia, exclusivamente, para los empresarios extranjeros comunitarios.**

En los pliegos de cláusulas administrativas del otro expediente fiscalizado, relativo a la contratación del servicio de mantenimiento de telefonía IP, la exigencia de clasificación a los posibles licitadores se sustituye para todos los empresarios no españoles por la acreditación de determinados requisitos de solvencia económica, financiera y técnica, previsión ésta que resulta contraria a lo establecido en los artículos 65 y 66 del TRLCSP, puesto que la mencionada no exigencia de clasificación solo resulta predicable respecto de los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, y no de todos los empresarios extranjeros.

**Acumulación de clasificación en el caso de UTE. Para que proceda la acumulación es requisito necesario que, todas las entidades que forman la UTE estén clasificadas en el tipo de contrato que se licita, pero no es necesario que todas estén clasificadas en el grupo exigido, acumulándose las categorías de las entidades para la acreditación de la solvencia.**

En el contrato nº 1 del anexo 2, FOGASA excluye indebidamente del procedimiento de licitación a una unión temporal de empresas (UTE), justificando dicha exclusión en la falta de acreditación, por parte de una de las dos empresas que componen la UTE, de la específica clasificación (en el grupo “O” correspondiente), exigida en el PCAP como requisito exigido para acreditar la solvencia técnica o profesional y económica y financiera necesaria para este contrato.

La exclusión de la UTE del procedimiento de licitación no resultó acorde con lo dispuesto en el artículo 67.5 del TRLCSP, que permite “... valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación...”, en función de las características acumuladas de cada una de las empresas componentes de la UTE,63

siempre que “...todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresas de obras o de servicios...”, circunstancia que se produjo en este caso ya que ambas empresas estaban clasificadas genéricamente como empresas de servicios.

La posesión de certificados comunitarios de clasificación, respecto de los empresarios extranjeros comunitarios, no puede exigirse como requisito acreditativo de capacidad o solvencia, toda vez que restringe e impide el acceso de los referidos empresarios a la licitación, pero pueden ser presentados por ellos y les dispensa de acreditar las condiciones de capacidad y solvencia.

En los tres contratos examinados los pliegos de cláusulas administrativas particulares se remiten al artículo 84 del TRLCSP para la acreditación de la solvencia de los empresarios extranjeros comunitarios cuando, de acuerdo a la Ley, la solvencia económica y financiera de los mismos debería acreditarse por uno o varios de los medios a que se refiere el artículo 75, y la solvencia técnica o profesional debería acreditarse, en los contratos que nos ocupan, por uno o varios de los medios a que se refiere el 78. Hay que tener en cuenta que de acuerdo al artículo 66 del TRLCSP no será exigible clasificación para contratar con la Administración a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea. En su virtud, tampoco puede exigírseles para contratar con la Administración estar en posesión de los certificados a que se refiere el artículo 84 del mencionado Texto refundido. Sin perjuicio de que la posesión de estos certificados no pueda establecerse en ningún caso como requisito acreditativo bien de la capacidad bien de la solvencia exigible en cada supuesto a los extranjeros comunitarios para contratar con la Administración, el TRLCSP establece, en el mencionado artículo 84, que la posesión de los certificados a que dicho precepto se refiere dispensa de la acreditación por otros medios de las condiciones de capacidad y de solvencia enumeradas en el citado artículo. Así, la inclusión de la comentada exigencia en los analizados y mencionados pliegos tiene efectos restrictivos de la competencia respecto de los antedichos empresarios en la medida que impide al acceso a la licitación a los extranjeros comunitarios no inscritos en dichas listas.

En los PCAP de los procedimientos en que resulte exigible la clasificación, se debe prever que los empresarios extranjeros comunitarios acrediten su solvencia a través de los medios previstos en los artículos 74 y siguientes TRLCSP, concretándose los umbrales mínimos que deban alcanzar para considerarse solventes.

“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los cuatro expedientes fiscalizados exigieron como medio acreditativo de la solvencia técnica, económica y financiera de los licitadores, el estar en posesión de una determinada clasificación. Sin embargo, no concretaron estos medios para las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea, a pesar de que a éstas no les era exigible aportar clasificación, de acuerdo con el artículo 66 del TRLCSP. Si bien los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares preveían tal circunstancia y hacían una remisión genérica a la posibilidad de acreditar la solvencia en la forma prevista en los artículos 74 a 78 de TRLCSP, en los respectivos Cuadros de Características de cada uno de los siete mencionados expedientes no se establecía, en concreto, que medios del artículo 75 servirían para acreditar la solvencia económica y financiera de los licitadores, y que medios de los previstos en el artículo 78 servirían para acreditar la solvencia técnicas de los mismos (al ser todos ellos contratos de servicios). La remisión genérica a dichos artículos no resulta aceptable, dado que el TRLCSP en ningún caso exige que las respectivas solvencias se hayan de acreditar por todos los medios previstos en dichos preceptos (tres posibles medios para la económica y financiera, y nueve posibles medios para la solvencia técnica), sino que la



ley dice literalmente que aquellas se acreditarán *“por uno o varios de los medios siguientes (..)”* Por tanto, el contenido de los examinados pliegos restringe la competencia en contra de los empresarios extranjeros comunitarios, bien al crearles confusión acerca de la forma de acreditación de la solvencia, bien al dificultarles la licitación si en la práctica se les exigiese, como así parece, la acreditación de la solvencia mediante todos los medios previstos en los antedichos artículos”.

“En los PCAP de los contratos números 13<sup>1º</sup> 16<sup>11</sup> y 36 no se previó que las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea no debían aportar clasificación, sino solvencia tal y como establece el artículo 65 del TRLCSP. Esta deficiencia supuso una restricción a la concurrencia”.

“En los PCAP de los contratos números 2<sup>12</sup>, 6, 7<sup>13</sup>, 8, 11, 15, 17, 19, 20, 21, 22<sup>14</sup> aunque se indicaron los medios establecidos en los artículos 75, 77 y 78 del TRLCSP para acreditar la solvencia de las empresas licitadoras no españolas de Estados miembros de la Zona Europea no se establecieron los mínimos que debían alcanzarse en tales medios para ser consideradas solventes y en los PCAP de los contratos números 9<sup>15</sup>, 10, aunque se indicaron igualmente los medios establecidos en los artículos 75, 77 y 78 del TRLCSP para acreditar la solvencia de las empresas licitadoras españolas y no españolas de Estados miembros de la Zona Europea tampoco se establecieron los mínimos que debían alcanzarse en tales medios para ser consideradas solventes. Estas deficiencias afectan a la objetividad que debe presidir la admisión de interesados a la licitación”.

**La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado es el castellano, debiendo traducirse los documentos y expedientes, en particular, aquellos documentos dirigidos a los interesados que así lo soliciten.**

“El Patronato de la Fundación aprobó, el 26 de junio de 2008, unas instrucciones internas de contratación, debidamente informadas por la Abogacía del Estado, con la finalidad de regular los procedimientos de contratación no sujetos a regulación armonizada para garantizar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, como exige, en el ejercicio fiscalizado, el artículo 191.lb) del TRLCSP. Tratándose de una Fundación que forma parte del sector público estatal, debe indicarse que tanto las instrucciones internas, como los expedientes analizados aparecen redactados en lengua gallega, lo que origina restricciones en la correcta interpretación de las disposiciones y contenidos que forman parte de los mismos. A esos efectos, el artículo 36.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que la Administración pública instructora deberá traducir al castellano los documentos, expedientes o partes de los mismos que deban surtir efecto fuera del territorio de la Comunidad Autónoma y los documentos dirigidos a los interesados que así lo soliciten expresamente. No consta que la Fundación disponga del correspondiente enlace a dicho perfil situado en la Plataforma de Contratación del Estado, como exige el artículo 334 del TRLCSP”.

“La memoria justificativa y el contrato formalizado del expediente 12/00, figuraban redactados en lengua inglesa, con lo que se derivaron restricciones interpretativas, respectivamente, en su contenido. En particular, estas restricciones se observaron en la determinación precisa de los derechos y obligaciones asumidas por las partes que formalizaron el contrato, así como en la debida comprensión de los instrumentos articulados para delimitar las responsabilidades y compromisos suscritos. En este caso, se ha incumplido la previsión contenida en el artículo 36 de la Ley 30/1 992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que

opera a estos efectos con carácter supletorio, y que dispone que la lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano”.

Las actuaciones de la Mesa de contratación se centran en valorar las ofertas y hacer la propuesta de adjudicación, no siendo el órgano competente para adjudicar el contrato.

“En un expediente adjudicado por la Subdirección General de Administración y Gestión Financiera (214), la notificación de la adjudicación a los licitadores no adjudicatarios consigna incorrectamente la Mesa de Contratación de la Subsecretaría del Ministerio de Fomento como órgano que adjudica el expediente, ya que dicha Mesa es únicamente el órgano competente para valorar las ofertas y hacer la propuesta de adjudicación (artículo 320.1 del TRLCSP).

El cumplimiento de los artículos 27 y 30 del RD 817/2009, y la observancia del principio de transparencia, exige que se dé a conocer públicamente a los licitadores la valoración de los elementos vinculados a un juicio de valor, con carácter previo a la apertura del sobre que contiene la proposición económica.

De otro lado, del examen de los expedientes examinados se desprende que la entidad fiscalizada no da en ninguno de los casos cumplimiento a las previsiones establecidas en los artículos 27 y 30 del ya mencionado Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de 30 de octubre. Efectivamente, en los mismos se dispone que la valoración de los elementos de la oferta no susceptibles de valoración objetiva se lleve a cabo antes de la apertura del sobre conteniendo la oferta económica, y demás elementos de la misma valorables mediante la aplicación de fórmulas, y que el resultado de la valoración se dé a conocer públicamente a los licitadores en el acto de la apertura del último sobre. Esta práctica no resulta en ningún caso observada por la entidad fiscalizada, dado que en el acto público de apertura de la oferta económica, y pese a que consta en los respectivos expedientes que la valoración de los aspectos técnicos de las respectivas ofertas había sido ya realizado, en ningún caso se da a conocer a los interesados asistentes al acto el resultado de dicha valoración de los elementos subjetivamente valorables. Este modo de proceder, en todo caso contrario a la observancia del principio de transparencia y opuesto a la normativa reglamentaria antes citada, dio lugar a que fueran abiertas las ofertas económicas de licitadores que, en la práctica, ya no se encontraban en la licitación por no haber superado su respectiva oferta técnica la puntuación mínima exigida en los pliegos, lo que además de producir la incoherencia de que se siguieran los trámites de la contratación con licitadores que realmente ya no estaban en la misma, podría haber originado, en su caso, una distorsión en la identificación de propuestas económicas anormales o desproporcionadas al concurrir en el cálculo de los correspondientes umbrales ofertas económicas de licitadores ausentes de la licitación.

En el incidente de cesión del contrato, resulta necesaria la autorización por el órgano de contratación, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos de aptitud.

En un expediente adjudicado por la Subdirección General de Administración y Gestión Financiera (56), el contrato fue objeto de una cesión. Sin embargo, la autorización para la misma es de la vicepresidenta de la Junta de Contratación, cuando es el órgano de contratación el que debía autorizar la cesión, de acuerdo con el artículo 226.2.a del TRLCSP. Por otra parte, no consta en la documentación remitida al Tribunal de Cuentas el certificado de vigencia de las circunstancias que dieron lugar a la clasificación, conforme a lo estipulado en el artículo 146.3 TRLCSP.

Cuando se produce un desajuste entre las anualidades previstas y la reales, resulta preceptivo tramitar el correspondiente reajuste de anualidades en los términos del artículo 96 del RGLCAP.

Cabe señalar que en un expediente (154), el PCAP establecía la distribución presupuestaria para las anualidades 2011 a 2013, y así se recogía en el documento de aprobación del expediente. Al tener lugar la adjudicación el 26 de enero de 2012, debió traer como consecuencia un cambio de anualidades; sin embargo, no consta en la documentación remitida al Tribunal de Cuentas dato alguno sobre un reajuste de anualidades.

El principio de servicio prestado. Con carácter previo al reconocimiento de la obligación debe acreditarse documentalmente la realización de la prestación o el derecho del acreedor, extremo que puede quedar desvirtuado si en el contrato se determina un calendario cerrado de pagos.

“En los pliegos del expediente 3010312010600, de servicios, se determinó un calendario cerrado para efectuar los pagos de los correspondientes servicios, fijándose un primer pago, por 92.400 euros, es decir un 52% del importe de adjudicación, el 15 de junio de 2012, cuando el contrato no llegó a formalizarse hasta el 26 de junio de 2012. Sin embargo, este primer pago, como luego veremos, se produjo después de esta previsión, el 27 de junio de ese mismo año. La determinación de una fecha cerrada para satisfacción de los pagos, implicaba que el adjudicatario podía, al amparo de esta previsión contenida en los pliegos, reclamar el abono de la prestación objeto del contrato aún antes de haber realizado materialmente cualquier actuación que formara parte de esta prestación, con lo que esta práctica de establecer en los de cláusulas administrativas particulares un calendario fijo de pagos resultaba contraria a la preservación y aplicación de los principios de eficiencia y economía, además de que podía dar lugar a la realización de pagos sin respetarse la regla del servicio hecho”.

“En los expedientes 3010312010600 y 3010312016600, ya citados, ambos de servicios, se produjo la facturación antes de la finalización de la prestación del servicio correspondiente cuando debió haberse efectuado tras la ejecución parcial o total del servicio contratado de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 216.4 del TRLCSP, según el cual los documentos de facturación solo pueden librarse tras la ejecución parcial o total del contrato. Además, dicha actuación pudo tratarse de una decisión contraria a los intereses de la Hacienda Pública, dado que dio lugar a un devengo anticipado, el día 31 de julio de 2012, del Impuesto sobre el Valor Añadido, respecto del que en aquellas fechas se había acordado un incremento de su tipo general, que pasaría a ser del 21% en lugar del 18% a partir de 1 de septiembre de 2012. Además, con una antelación superior a tres meses y medio a la finalización de la prestación de los servicios contratados el CNI había satisfecho íntegramente el precio pactado. De otro lado, el acta de recepción del contrato se formalizó tres días antes de la finalización del mismo”.

Los contratos se perfeccionan con su formalización, sin que resulte posible iniciar la ejecución de los contratos tramitados por procedimiento ordinario o por urgencia, sin su previa formalización.

Por otra parte, en dicho expediente el documento de formalización del contrato, de abril de 2012, indica que el servicio fue prestado en octubre de 2011. Esta circunstancia es no sólo contraria al PCAP, cuyo clausulado especifica que sin el requisito de la formalización no podrá iniciarse la ejecución del contrato

a excepción de los contratos tramitados de forma urgente, sino también a la legislación sobre contratos, que la excluye salvo para la tramitación de emergencia.

## **VI. RECOMENDACIONES.**

### **VI.1. EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DE REMISIÓN DE CONTRATOS AL TRIBUNAL DE CUENTAS**

**Primera.-** Deberían adoptarse las medidas necesarias para que el envío al Tribunal de Cuentas, tanto de las relaciones anuales de los contratos celebrados como de los expedientes de contratación e incidencias en su ejecución, se efectúen en los términos y plazos señalados en la normativa reguladora.

### **VI.2 EN RELACIÓN CON LAS NORMAS INTERNAS DE CONTRATACIÓN**

La Entidades, que por su especial régimen de contratación, hayan de disponer de Instrucciones internas reguladoras de su actividad contractual, deberían introducir mecanismos que aseguren, en la práctica, el cumplimiento efectivo de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. En esta normativa interna se haría necesaria, asimismo, la incorporación de elementos de mayor concreción en su contenido, con el fin de lograr su correcta adaptación a la legislación pública vigente en esta materia.

### **VI.3. EN RELACION CON LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y DE LOS PLIEGOS DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS**

**Primera.-** Las entidades fiscalizadas deberían adoptar las medidas necesarias para favorecer el cumplimiento de los principios de transparencia y objetividad, exigidos en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Debería precisarse el contenido de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, concretando con más detalle extremos como la prestación a realizar, tratando de evitar, asimismo, el empleo continuado de los modelos de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de carácter genérico. Igualmente resultaría aconsejable que existiera una mayor precisión del contenido y extensión de las mejoras ofertadas por los licitadores valoradas como criterios de adjudicación, así como del método de valoración de los criterios de adjudicación cuya valoración depende de un juicio de valor.

**Segunda.-** Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares deberían distinguir, expresamente, los criterios de adjudicación susceptibles de ser valorados mediante la aplicación de fórmulas y los criterios de valoración de ofertas dependientes de un juicio de valor, con el fin de no confundir los criterios de valoración objetiva con los de valoración subjetiva.

**Tercera.-** Las entidades fiscalizadas deberían ejercitar la posibilidad, prevista en el artículo 52 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de nombrar de forma específica un responsable del contrato, encargado de la supervisión y control del cumplimiento de aquel, que puede ser un funcionario de la propia entidad sin coste económico adicional, lo que favorecería el cumplimiento de los principios de eficacia, eficiencia y economía que deben regir la contratación del sector público.

#### **VI.4. EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES EN LAS FASES DE PREPARACIÓN, ADJUDICACIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS**

**Primera.-** Las memorias justificativas de la necesidad de la contratación deberían determinar, con detalle y precisión, cuáles son las necesidades reales a satisfacer con la prestación objeto del contrato, con el fin de evitar en su contenido la inclusión de meras referencias genéricas. Asimismo, resultaría necesario, al tratarse de una deficiencia constatada con reiteración, que en los expedientes celebrados por las Entidades fiscalizadas se justificara debidamente la insuficiencia o la conveniencia de no proceder a la ampliación de los medios personales y materiales de que disponen para cubrir las necesidades objeto de contratación.

Concretamente en los contratos de obras sería recomendable incrementar la planificación y análisis de las fases preparatorias, aportando una mayor precisión en la elaboración del proyecto, con la finalidad de evitar las modificaciones, ampliaciones de plazo, retrasos y obras complementarias que frecuentemente no están justificadas o que habrían podido evitarse con una más cuidadosa elaboración del proyecto.

**Segunda.-** Las entidades no deberían condicionar la adjudicación de contratos mediante procedimiento negociado sin publicidad a la existencia de acuerdos previos con los adjudicatarios, ya que la existencia de dichos acuerdos limita el acceso a otras empresas de sector. Deberían negociarse, de una manera efectiva y soportada documentalmente, los términos de los contratos adjudicados mediante el procedimiento negociado.

**Tercera.-** Deberían adoptarse las medidas necesarias para que las actas de adjudicación de los respectivos contratos motiven adecuadamente la aplicación que en cada caso se haya realizado de los criterios de valoración de las ofertas, debiendo intensificarse el celo a la hora de valorar las mejoras ofertadas por los respectivos licitadores.

#### **VI.5. EN RELACIÓN CON LAS INCIDENCIAS PRODUCIDAS EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS**

**Primera.-** Sería recomendable justificar debidamente las necesidades o las causas imprevistas que originan las modificaciones contractuales.

**Segunda.-** Sería recomendable llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades.

**Tercera.-** Debería acreditarse debidamente la conformidad de la Entidad contratante con la ejecución de la prestación realizada, mediante la emisión de un acta de recepción formal del objeto del contrato.

Madrid, 20 de diciembre de 2014.