

EXCMO. SR.:

Habiendo tenido conocimiento del anuncio de la licitación de la Consellería de Educación, Cultura y Deporte para el "Servicio de dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud para las obras de adecuación de una nave polivalente en Sagunto, vinculado al contrato CNMY18/TE40S/64", publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público del pasado día 5 de noviembre de 2019 (Expte. CNMY19/TE00D/47), y dentro del plazo legal que se concede en el artículo 50 de la Ley de Contratos del Sector Público, de 15 días naturales, desde la publicación de la licitación, formulamos el presente **RECURSO ESPECIAL** en base a los siguientes

FUNDAMENTOS

PRIMERO.- AL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES. ANEXO I.

- **APARTADO L**

MEDIOS PARA ACREDITAR LA SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL LAS EMPRESAS DE NUEVA CREACIÓN, SEGÚN EL ARTÍCULO 90.4 LCSP.

Se hace referencia a la experiencia mínima en dos obras similares a los técnicos.

Atendiendo a lo que se establece en el artículo 90.4 "sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a)-experiencia-, relativo a la ejecución de un número determinado de servicios."

Dado que lo establecido en la cláusula contraviene el propio artículo 90.4 solicitamos se **elimine el requisito de experiencia de dos obras similares.**

- **APARTADO LL.**

1. CRITERIOS CUALITATIVOS AUTOMÁTICOS.

CRITERIO 1.1.: MAYOR NÚMERO DE VISITAS DE OBRA.

Se quiere dejar constancia que baremos como el establecido como criterio 1.1, aun cumpliendo lo establecido en art 145 LCSP, dado su imposibilidad de control previo puede conllevar una nulidad contractual frente a otros licitadores.

El incumplimiento por el adjudicatario puede ser determinante para que el procedimiento de adjudicación carezca de las garantías necesarias.

Se solicita su **supresión como criterio de adjudicación**.

CRITERIO 1.2.: MAYOR ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS PERSONALES A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Entendemos que tal y como se establece en el pliego no se ajusta a las determinaciones del artículo 145.2.2. dado que se debe atesorar que la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

Sin embargo, en la fórmula exclusivamente se hace referencia a la cantidad -sin referencia a la calidad- de experiencia acreditada. Es decir, se confunde calidad por cantidad.

Uno de los objetivos que inspiran la regulación contenida en la LCSP es el de conseguir una mejor relación calidad-precio.

Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

Entendemos que el criterio 1.2, en la redacción actual **no es válido como criterio cualitativo** y existen diversos informes de junta consultiva así como sentencias de diversos tribunales que avalan esta afirmación.

Hasta el momento ha sido pacífica la doctrina de órganos consultivos y tribunales de contratos, sobre la necesaria distinción entre características del licitador –valorables como solvencia que determina la aptitud para contratar- y características de la oferta –valorables como criterio de adjudicación de la mejor oferta-. De ahí que se haya venido rechazando la experiencia como criterio de adjudicación, considerando que se trata de una característica del licitador y no de la oferta.

El [Informe 51 05](#): "la experiencia, de conformidad con las Directivas comunitarias y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede ser utilizada como criterio de solvencia técnica, no de adjudicación". Éste ha sido también el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en una consolidada jurisprudencia: por todas, la [Sentencia 4560/2014 de 31 de octubre](#): "la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento."

Sin embargo, la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público –LCSP-, en su artículo 145.2.2º, en transposición del artículo 67.2 b) de la Directiva 2014 24 UE sobre contratación pública, DN, -que recoge la jurisprudencia comunitaria contenida en la relevante [Sentencia del TJUE C-601/13 de 26 de marzo de 2015](#)-, regula, por vez primera en nuestro derecho interno, la posibilidad de valoración de la experiencia profesional del equipo humano a adscribir a la ejecución del contrato: "Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: (...) 2. La organización, cualificación y experiencia del

personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.”

Así lo entendió el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su [Acuerdo 119/2017](#): “Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE, incorporado ahora en el artículo 145 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia.”

Por otro lado, este criterio va en contra de lo establecido en el Artículo 1. “Objeto y finalidad” dado que **no garantiza la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.**

Este criterio impide la real y efectiva participación de empresas y titulados de reciente creación.

Se solicita su **eliminación como criterio de adjudicación.**

- **APARTADO Q**

El pliego no permite la subcontratación si bien el art. 215 establece que “1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.”

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

En este mismo artículo, en su apartado e, establece la posibilidad de “establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser éstas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.”

En primer lugar, no se tiene constancia de la justificación de que el conjunto de la prestación de servicio sea considerada tarea crítica; y, en segundo lugar, la prohibición total de subcontratar limita la participación de pequeñas empresas -profesionales independientes – y obliga a juntarse bajo la fórmula de Unión Temporal de Empresas para poder acreditar la solvencia requerida.

Este aspecto sería contrario a lo establecido en el art. 1.3. “...Igualmente **se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas**, así como de las empresas de economía social.”

Se vuelve a recalcar esto en el art. 28.2 "Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y **promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa** y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley" entendiéndose como tales a los profesionales independientes."

Además, al tratarse de **prestaciones que requieren habilitaciones profesionales distintas** es necesario que se permita la subcontratación para cumplir las exigencias de solvencia y adscripción de medios personales sin costes innecesarios -creación de unión temporal de empresas-.

Entendemos que es potestad del licitador **establecer los límites a la subcontratación** pero consideramos que **debe de estar justificada y limitarse a las tareas críticas**, en aras de facilitar la contratación de pequeñas empresas.

Proponemos la siguiente modificación:

"Se permite la subcontratación excepto las siguientes tareas por tener la consideración de críticas para el correcto desarrollo del servicio:

No podrán ser objeto de subcontratación las tareas/trabajos, correspondientes a la coordinación del equipo facultativo.

No podrán ser objeto de subcontratación las tareas/trabajos correspondientes a la redacción del proyecto básico y de ejecución y la dirección de las obras, en un porcentaje superior al 50%.

La ejecución de estos trabajos corresponde exclusiva al arquitecto o grupo de los mismos que cuenten con la solvencia exigida en base a las competencias y responsabilidades establecidas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación."

- **APARTADO X**

Uno de los objetivos que inspiran la regulación contenida en la LCSP es el de conseguir una mejor relación calidad-precio.

Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

El pliego no establece cláusulas específicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones medioambientales, sociales o laborales. El artículo 122 de LCSP establece que el

pliego debe recoger "las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan."

"En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social."

El artículo 145 establece las condiciones que deben de cumplir este tipo de cláusulas que ha de tener relación con el objeto del contrato.

Dada la dificultad de poder establecer cláusulas de tipo medioambiental, creemos conveniente establecer cláusulas sociales que, a tenor de la literalidad del articulado, se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, a la igualdad entre mujeres y hombres.

En el art. 202 de LCSP, mencionado en el pliego reincide en este sentido indicando que las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral.

En este particular, entendemos que se deben adoptar cláusulas que fomenten la contratación juvenil y de la mujer en este tipo de contratos.

Al igual que ocurre con el criterio de adjudicación 1.1, entendemos que dado su imposibilidad de control previo puede conllevar una nulidad contractual frente a otros licitadores.

El incumplimiento por el adjudicatario puede ser determinante para que el procedimiento de adjudicación carezca de las garantías necesarias.

En base a ello, **se propone adoptar la siguiente cláusula con carácter de obligación esencial:**

Deberá cumplirse **al menos alguna** de las condiciones especiales de ejecución que se relacionan a continuación:

Igualdad entre hombres y mujeres

Con el fin de fomentar la inserción de la mujer en el mercado laboral, así como la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, el equipo facultativo designado por los licitadores contará entre sus profesionales con, al menos, un 40 % de mujeres en su composición.

Promoción del empleo juvenil

Con el fin de fomentar la reducción del paro juvenil y la inserción de los jóvenes en el mercado laboral, el equipo facultativo designado por los licitadores contará entre sus profesionales con, al menos, un 20 % de personas con edad menor o igual a 35 años.

SEGUNDO.- AL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES.

• PRESENTACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN.

Se hace expresa mención a "sobre soporte de papel" en distintos apartados del pliego de prescripciones técnicas particulares.

Entendemos que este punto es contrario a lo establecido en el art. 14.2 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas donde se establece de forma inequívoca que estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos:

- a) Las personas jurídicas.
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.

Tal y como se establece en el preámbulo de esta misma Ley "en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones. Porque una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no sólo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados."

La presentación de documentación se realizará de la forma establecida en la Ley 39/2015 íntegramente en formato digital.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITA a V.E. tenga por recurridos los pliegos de condiciones referidos anteriormente, y acuerde formular las rectificaciones que se plantean.

OTROSÍ PRIMERO DIGO, que suspenda los plazos de entrega de licitaciones, así como de resolución de las que en su caso se presenten, hasta que no se haya resuelto nuestro recurso.

En València, a 12 de noviembre de 2019.

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES.