

## INFORME JURÍDICO

**Relativo al Anexo I, pliego de cláusulas administrativas particulares, del CONTRATO DE OBRAS DE ADECUACIÓN DE ACCESIBILIDAD EN LA SEDE JUDICIAL DE CATARROJA. CMAYOR/2024/15Y04/0027.**

Marzo de 2024

El Subsecretario de la CONSELLERIA DE JUSTICIA E INTERIOR ha solicitado a esta Abogacía, el 14-3-2024, que informe sobre la cuestión de referencia en cumplimiento de lo previsto en el art. 122 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, así como que indique si el informe debe ser objeto de publicidad activa en el Portal de Transparencia de la Generalitat. En consecuencia, en ejercicio de las funciones atribuidas por la Ley 10/2005 de Asistencia Jurídica a la Generalitat, conforme a sus arts. 5.2.c y 6 se emite el presente informe con carácter **PRECEPTIVO** y **NO VINCULANTE**.

### OBJETO Y ANTECEDENTES

Se somete a informe el Anexo I, cuadro de característica particulares, del pliego de un contrato que licitará la Conselleria de Justicia e Interior para mejorar la accesibilidad de las dependencias de la sede judicial sita en Catarroja mediante aseos y mostradores adaptados a personas con discapacidad, una sala de lactancia, dispositivos de "bucle magnético" para sordos y otras mejoras que se detallan en el proyecto redactado por el propio Servicio de Proyectos de Infraestructuras Judiciales.

Se ha planteado como un contrato ADMINISTRATIVO de "OBRAS", con un valor estimado de **252.494,34** euros, que se licitará mediante **procedimiento abierto simplificado**.

A la petición de informe se acompaña la siguiente documentación de relevancia:

- ✓ Informe justificativo de los términos del contrato, emitido el 20-2-2024 por el Servicio de Proyectos de Infraestructuras Judiciales.
- ✓ Informe sobre la no necesidad de informe de supervisión del proyecto, emitido el 20-2-2024 por el jefe del servicio de proyectos de infraestructuras judiciales.
- ✓ Resolución por la que se aprueba el proyecto técnico, se inicia el expediente de contratación y se autoriza la retención de crédito necesario; adoptada por el subsecretario de la Conselleria de Justicia e Interior por delegación el 14-3-2024.

No consta entre la documentación remitida el acta de replanteo.



## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

### Primera. Marco normativo.

Al contrato le será aplicable, con el nivel de vinculación previsto para las Administraciones Públicas, la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (LCSP). En lo que no se oponga a ella, el *Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (RGLCAP) cuyo artículo 67, según redacción dada por *Real Decreto 773/2015*, regula el contenido del documento que se informa.

La interpretación de la normativa sobre contratación pública debe someterse a los principios que la rigen y que se contienen de manera fundamental, aunque no exclusiva, en el art. 1 de la LCSP: libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia del procedimiento; igualdad de trato entre los licitadores; eficiente utilización de los fondos a través de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la libre competencia y la selección de la oferta más ventajosa desde el punto de vista de la relación calidad-precio; el deber de incorporar criterios sociales y medioambientales que redunden en las políticas comunitarias; y el deber de facilitar el acceso a la contratación pública a las PYMES y empresas de economía social.

Junto a ello existen disposiciones legislativas que, abordando otras materias, inciden en la contratación pública. Destacan, a nivel nacional:

- la *Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes*, cuyo art. 14 regula con carácter de legislación básica la contratación al objeto de facilitar el acceso a las licitaciones de las empresas emergentes, su implantación en el medio rural y la posibilidad de compartir la titularidad de los derechos de propiedad intelectual.
- la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* prohíbe otorgar cualquier tipo de ventaja a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración (art. 45).

A nivel autonómico destacan:

- La *Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social*, cuyos arts. 12 y 13 inciden en lo que constituyen condiciones especiales de ejecución en el ámbito de la contratación pública valenciana y cuyo título III incide en las entidades socialmente responsables y establece un criterio de desempate en la adjudicación en su art. 26.

- La *Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana* por cuanto establece en su art. 5 la obligación de incorporar en los pliegos de los contratos las obligaciones del contratista de suministrar la información precisa al órgano de contratación para su cumplimiento, así como los medios que lo garanticen.

- La *Ley 6/2022, de 5 de diciembre, de la Generalitat, del cambio climático y la transición ecológica de la Comunitat Valenciana*, por cuanto establece en el capítulo II del título V las medidas de contratación pública que deben implementarse en el sector público como ejemplificación de la administración.



- La Ley 5/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunitat Valenciana, cuyo art. 31, de medidas en materia de subvenciones y contratación pública, autoriza a introducir condiciones en los pliegos que contribuyan a frenar el despoblamiento y a facilitar el acceso a la contratación de pequeñas y medianas empresas y empresas de economía social de los municipios con riesgo de despoblamiento.

- El Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, del Consell, por el que se regulan medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad por cuanto incide en las medidas que aseguren el cumplimiento de la legislación sobre protección a las personas con discapacidad, en la preferencia de los contratistas en este aspecto y en la reserva de contratos a la economía social.

Al margen de la normativa sobre contratación también cobra importancia, tanto para modular las condiciones del contrato como para justificar su necesidad y su idoneidad, la normativa específica sobre la materia objeto del contrato. En el presente caso cabe referirse a la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación; a la autonómica Ley 3/2004 de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación; a la Ley 9/2022, de Calidad de la Arquitectura; al Código Técnico de la Edificación y al Plan de Infraestructuras Judiciales de la Comunitat Valenciana adoptado por el Consell en 2018, el cual, sin carácter normativo, incorpora directrices que afectan a este tipo de contratos.

#### **Segunda. Sobre el contrato sometido a informe.**

La necesidad del contrato viene impuesta por el deber atribuido a la Generalitat de proveer a la Administración de Justicia de los medios materiales (a. 36 del Estatuto de Autonomía) así como del general mandato que desde la Constitución se dirige a todos los poderes públicos en orden a garantizar la inclusión social de las personas con discapacidad *en entornos universalmente accesibles* (art. 49.2 CE). Su idoneidad resulta del mencionado Plan del Consell de Infraestructuras Judiciales de 2018. Se ha calificado correctamente como contrato administrativo de obras, las cuales no son de contratación centralizada (Decreto 35/2018 del Consell).

Se ha justificado debidamente la no división en lotes del objeto del contrato, que constituye una obra única. El procedimiento de licitación elegido es el abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, configurado en la LCSP como de empleo ordinario por ser respetuoso con los principios de libre competencia, publicidad y selección de la oferta más ventajosa, por lo que no requiere de mayor justificación.

En consecuencia, el contrato está debidamente conformado en términos generales.

#### **Tercera. Observaciones al contenido concreto del Anexo.**

Ciertos aspectos del APARTADO L en relación con otros del APARTADO LL han configurado un modo de selección del contratista que pudiera resultar problemático. El primero exige un compromiso de adscripción de medios personales consistente en un jefe de obra y un encargado cuyos nombres hay que indicar y cuya experiencia se refiera a la reforma de edificios públicos. El segundo contiene unos



criterios de adjudicación basados en la experiencia suplementaria de dichos profesionales, circunscrita también y únicamente a la reforma de edificios públicos.

Empezando por el apartado “L”, no es recomendable requerir los nombres de los profesionales que se adscribirán a la ejecución del contrato. Es una consideración a título de oportunidad para facilitar la licitación: con ello se permite que las empresas, en caso de incapacitación o renuncia de las personas que tienen previstas destinar al contrato, puedan sustituirlas por otras con iguales o superiores méritos; se evitan los trámites establecidos en el último párrafo; la dudosa legalidad de condicionar la sustitución de los profesionales de la empresa a que resulte necesaria *por razones debidamente justificadas*; y se aleja toda posible sospecha de favoritismo personal. El de adscripción de medios es tan solo un *compromiso* que el licitador declara conocer y estar dispuesto a cumplir en caso de adjudicación del contrato. No es un *requisito* de solvencia que deba concurrir en el momento de presentarse a la licitación.

En el presente caso, la identidad de las personas que integren el compromiso de adscripción de medios resultará necesaria por cuanto, luego, en el apartado “LL” se establece como criterio de adjudicación la experiencia que superando la mínima tengan dichos profesionales en trabajos específicos que el órgano tendrá que valorar. Dichos trabajos se circunscriben a reformas de cierta duración en edificios públicos.

En algunas ocasiones los tribunales han anulado este criterio, primeramente por discriminatorio, al no equiparar la experiencia en la reforma de edificios públicos con la de edificios privados, y seguidamente por incurrir en el supuesto del art. 45 de la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (prohibición de otorgar cualquier tipo de ventaja a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración). Así, es de ver, por ejemplo, el fundamento 6º de la Resolución 564/2019, de 23 de mayo (rec. 433/2019) del Tribunal Central de Recursos Contractuales: *resulta obvio que el efecto del criterio de adjudicación discutido sería muy perjudicial para los licitadores con poca o ninguna experiencia en la redacción de proyectos de obras promovidos por Administraciones Públicas, con independencia de la que tuvieran en la redacción de proyectos de obras promovidos por sujetos privados. Así, un licitador podría tener una dilatada experiencia en la redacción de proyectos de obras, pero no obtener puntuación alguna en este criterio si siempre hubiera prestado sus servicios a sujetos privados. De este modo, se está primando específicamente a aquellos licitadores que hayan celebrado con anterioridad contratos similares al que nos ocupa con otras entidades del sector público (...)*

*Lo cual sitúa a dicha cláusula de forma evidente en la causa de anulabilidad de Derecho Administrativo prevista en el art. 40.b) de la LCSP, que señala que son causas de anulabilidad, entre otras “todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.” Asimismo, y a mayor abundamiento, supone un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 145.5.b) de la LCSP, según el cual los criterios de adjudicación “deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada”. En un caso similar, pero referido a la solvencia, concluyó la Resolución de este Tribunal nº 1009/2016, de 02 de diciembre, con cita de otras (...) que no cabía exigir como criterio de solvencia determinada experiencia en servicios similares a los del contrato con otras entidades públicas, sino que debía tenerse en cuenta la experiencia en servicios similares tanto con entidades públicas como*



*privadas; y ello porque lo contrario resultaría discriminatorio, otorgando una ventaja a empresas que previamente hubieran contratado con el sector público en contra de lo dispuesto en la ley.*

*Por tanto, debe concluirse que el criterio de valoración controvertido es efectivamente contrario a Derecho porque, al valorar la experiencia en la redacción de proyectos de obra solo cuando se hubieran elaborado para entidades públicas y no para sujetos privados, establece una ventaja a favor de licitadores que hubieran contratado previamente con el sector público. En consecuencia, debe ser anulado.*

Así pues, conviene tener la convicción, y poder justificarla, de que la reforma de edificios públicos confiere una experiencia distinta a la de otras obras que tendrá una influencia significativa en el concreto contrato. Además, se recomienda que la valoración de este criterio no sea fundamental para la adjudicación. En el presente caso solo representa un máximo de 16 puntos frente a los 49 del precio y los 30 de la formación. Este último criterio, no obstante, consiste en un curso en materia ambiental y otro en materia de seguridad y salud laboral que es fácilmente asumible por todas las empresas y que constituye una medida más propia de las *condiciones especiales de ejecución* que de los criterios de adjudicación, pues no contribuye a mejorar la relación calidad-precio de las obras. Pudiera además resultar superflua, por cuanto se exigirá a empresas expertas en la realización de obras objeto del contrato; y al tener que realizarse durante un “mínimo” de 30 horas en jornada laboral, provocaría una ralentización inútil de las obras. Se sugiere otro criterio basado en la calidad.

Finalmente cabe sugerir, como en la práctica hacen otros órganos de contratación, que los licitadores puedan presentar sus ofertas sin indicar en el compromiso de adscripción de medios ni en el criterio de adjudicación la identidad de los profesionales, la cual se revelará en el trámite del art. 150.2 LCSP para acreditar la mejor oferta.

En el APARTADO N (criterios de desempate) no es aconsejable en absoluto establecer criterios con alternativas o como alternativas, pues se puede originar un conflicto irresoluble entre licitadores (en caso de empate en el que uno destaque en un criterio y otro en la alternativa diferente). Debe establecerse cada uno de los criterios siguiendo un estricto orden de prelación.

En el APARTADO O, la redacción que resalta la condición de no sustancial de la posible modificación del contrato supone en la práctica que el órgano de contratación renuncie al conjunto de posibilidades legales que le ofrece la LCSP en su art. 203. Así pues, se recomienda suprimir el texto a partir de la alusión a los arts. 205 a 207 de la LCSP.

Dado que el APARTADO R indica que la ejecución del contrato dará comienzo a partir del día siguiente al de la firma del *acta de comprobación del replanteo*, se recuerda que para ello debe existir en el expediente otra figura, que es el acta de *replanteo del proyecto* (regulada en el art. 236 LCSP) que debe ser previa, no ya a la adjudicación, sino a la licitación del contrato. Por más que en obras como las que nos ocupan pueda deducirse los términos del replanteo del propio proyecto, debe formalizarse en un documento que servirá de base a la comprobación del replanteo (primera actuación de lo que constituye ya la ejecución del contrato). Este documento formal cobra especial importancia en el caso de obras sujetas a plazos perentorios y su ausencia justifica muchos incumplimientos de los contratistas. Todo lo



cual se indica puesto que, entre la documentación remitida para elaborar este informe, no figura el documento formal de replanteo del proyecto.

En el APARTADO I, el incumplimiento del compromiso de adscripción de medios se incluye en el régimen de penalidades por cumplimiento defectuoso del contrato con una penalización máxima del 3% del precio del contrato. Dado que la adscripción de medios personales resulta un elemento determinante para la adjudicación de este contrato, se recomienda su calificación como obligación esencial cuyo incumplimiento justifique la resolución, pues la escasa penalización que se ha otorgado por su incumplimiento puede mover a algún licitador a aventurar en falso unos medios con tal de obtener el contrato por un precio tan solo inferior al 3% del ofertado.

Por lo demás, no valorándose aquí los criterios técnicos del órgano de contratación adoptados en función de sus necesidades, y habiéndose establecido las penalidades y otras determinaciones necesarias, no cabe formular otras observaciones de tipo jurídico.

#### **Cuarta. Publicidad activa del informe.**

En cuanto a la consulta sobre la obligación de publicar el presente informe conforme al art. 27 del Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, se indica:

Una de las previsiones del capítulo II del título I de la citada Ley, es la recogida en su art. 16.2, según el cual

2. Además, la administración de la Generalitat y su sector público instrumental tienen que publicar la información siguiente, adaptada a sus particularidades organizativas: a) Aquellos informes jurídicos de la Abogacía General de la Generalitat que den respuesta a consultas planteadas, en la medida que suponen una interpretación del derecho, es decir, que tengan incidencia sobre la interpretación y la aplicación de las normas. Tiene que ser necesaria consulta previa a la Abogacía General de la Generalitat con carácter preceptivo.

La disposición final Segunda de la Ley 1/2022, en su apartado segundo, señala que:

2. Permanecerán en vigor, en todo lo que no se oponga a esta ley y hasta que no se deroguen expresamente, el Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y el Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el cual se aprueba el Código de buen gobierno de la Generalitat. El Consell tendrá que realizar, si procede, las modificaciones normativas necesarias para adaptar el contenido de estos decretos a lo que establece esta ley.

Por su parte, el art 27.2 del Decreto 105/2017, de desarrollo de la Ley 2/2015, ubicado en el capítulo I del Título II, dedicado a la publicidad activa, dispone que:

Asimismo, las subsecretarías publicarán, previa consulta preceptiva a la Abogacía General de Generalitat, aquellos informes jurídicos de la misma que den respuesta a consultas planteadas en la medida que supongan una interpretación del derecho, de los derechos garantizados en la normativa vigente en materia de transparencia o que tengan efectos jurídicos, con los límites establecidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente en los artículos 14.1.º, letras f) y k) y 18.1.b).



Por cuanto antecede, no apreciándose la concurrencia de ninguno de los límites previstos en la Ley 19/2013, entendemos que el presente informe jurídico debe ser objeto de publicidad activa.

Sin perjuicio de lo anterior, el FJ 3º se la STS 1669/2023 de 24 de abril (Recurso de casación núm.: 7569/2021- ECLI:ES:TS:2023:1669) expresa que *las interpretaciones de normativa efectuada por órganos técnicos no pueden considerarse como la interpretación única o correcta de la normativa de terrazas, por tratarse de meros criterios unificadores de interpretación de carácter interno o doméstico, cuya corrección jurídica puede ser examinada con ocasión de los actos aplicativos que de los mismos pudieran hacerse, susceptibles de la correspondiente impugnación y de control jurisdiccional.*

Es cuanto se informa, en Valencia el día de la firma.

El Abogado de la Generalitat.