



Informe 59/19

Materia: Admisibilidad de seguros de responsabilidad civil como condiciones especiales de ejecución del contrato.

La Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios y de la Seguridad del Estado dirige consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en los siguientes términos

“La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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 (en adelante LCSP) regula, en el artículo 202, las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden que podrán establecer los órganos de contratación, disponiendo en su apartado 1 que será obligatorio, al menos, el establecimiento de una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

El apartado 2 de dicho precepto continúa señalando que estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

Seguidamente, en referencia únicamente a las consideraciones de tipo medioambiental y a aquellas otras de tipo social o relativas al empleo dicho apartado contiene una amplia enumeración de finalidades o propósitos que se pueden perseguir con la introducción de condiciones especiales en la ejecución de los contratos, Dicha enumeración facilita a los órganos de contratación una cierta orientación para la configuración de las condiciones a establecer, en atención a la consecución de los objetivos que el Órgano de contratación pretenda conseguir a través de la ejecución del contrato en cuestión.



Sin embargo, el apartado 2 no contempla referencia alguna a las finalidades u objetivos a perseguir a través del establecimiento de condiciones referidas a consideraciones económicas, por lo que este Órgano de contratación desconoce qué condiciones especiales podrían tener cabida en dicho concepto: "consideración económica".

A este respecto, resulta necesario determinar si la exigencia de un seguro de responsabilidad civil como condición especial de ejecución de carácter económico se ajusta a las previsiones establecidas en el citado precepto.

A la vista de lo expuesto, SIEPSE desea conocer el criterio de esa Junta Consultiva, por lo que solicita INFORME sobre si resulta admisible establecer en el anuncio y pliego de condiciones rector de un procedimiento de licitación un seguro de responsabilidad civil, acorde al objeto del contrato, como condición especial de ejecución de aquél de carácter económico, de conformidad con el artículo 202 LCSP."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El artículo 202 de 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) dispone lo siguiente:

"1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.



En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.”

El apartado 2 del precepto diferencia entre condiciones de ejecución que podrán referirse *“en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.”*

El artículo 202 LCSP debe su origen y fundamento al artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE, que dispone lo siguiente:

“Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.”

El legislador comunitario ha empleado una conjunción disyuntiva para separar conceptualmente las condiciones especiales de ejecución de tipo económico de las de innovación. Este es el mismo sentido que ha de darse a la norma española que, por tanto, distingue las condiciones especiales de ejecución de tipo económico, las relacionadas con la innovación, las de tipo medioambiental y las de tipo social

2. Nuestro Informe 1/2020, de 16 de marzo, recuerda que las condiciones especiales de ejecución del contrato son obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado, por su importancia, elementos esenciales de la fase de ejecución del contrato y cuyo incumplimiento merece consecuencias jurídicas más severas. Obviamente, no inciden en la evaluación de las proposiciones de los licitadores y despliegan su eficacia en la fase de ejecución del contrato.



Mientras que la LCSP es muy descriptiva con las diferentes posibilidades que existen de empleo de las condiciones especiales de ejecución de tipo social o medioambiental, estableciendo con profusión ejemplos de consideraciones admisibles a estos efectos, no ocurre lo mismo con las condiciones especiales de ejecución que nos atañen en el presente informe, es decir, las de tipo económico. Fácilmente se puede comprender que una condición que el contratista ha de cumplir forzosamente también puede afectar a aspectos económicos del contrato público en las muy diferentes vertientes y manifestaciones que ello puede suponer.

Es obvio que el hecho de que el legislador no nos ofrezca ejemplos de condiciones especiales de ejecución que afectan a los elementos económicos del contrato no quiere decir que no podamos analizar si una determinada condición se incardina materialmente dentro de tales elementos económicos del contrato, en primer lugar, y si cumple las condiciones establecidas por el artículo 202 LCSP para su admisibilidad.

Tales condiciones, según el tenor literal del precepto, son las siguientes:

- 1) Guardar relación con la ejecución del contrato.
- 2) Estar vinculadas con su objeto.
- 3) No ser directa o indirectamente discriminatorias
- 4) Ser compatibles con el Derecho comunitario
- 5) Como requisito formal, aparecer en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

3. Sobre la admisibilidad de este tipo de cláusulas y sobre el cumplimiento de algunos de los requisitos legalmente establecidos ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en varias de sus resoluciones. Por ejemplo, en la Resolución 489/2019, de 9 de mayo, señala el Tribunal lo siguiente:



“El artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE, transpuesto en el 202 de la LCSP, permiten a los órganos de contratación (ambos textos legales emplean el verbo “podrán”) establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos, pudiendo referirse, en especial, a consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

Pues bien, una cosa son estas condiciones especiales de ejecución y otras muy distintas, los criterios de adjudicación que, en efecto, han de guardar una relación o vinculación con el objeto del contrato en los términos que fueron expresados en la Resolución de este Tribunal nº 235/2019, de 8 de marzo.

Así hemos de precisar y reiterar que el requisito relativo a la vinculación al objeto del contrato lo cumple la condición especial establecida. No debe confundirse esa vinculación con la referida al mismo requisito respecto de los criterios de adjudicación. En éstos el requisito ha de referirse al objeto del contrato, pero también ha de medir o valorar el rendimiento del aspecto a valorar en la oferta respecto de la prestación objeto del contrato de forma que contribuya a mejorar la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación

Pero en el caso de las condiciones especiales de ejecución la vinculación al objeto del contrato se cumple por el hecho de que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra. En este sentido se pronuncia la Directiva 2014/24 en sus Considerandos y la “Guía para considerar los aspectos sociales en las contrataciones Públicas” elaborada la Comisión Europea en 2010. En ella se especifica que el requisito de la vinculación al objeto del contrato se cumple en las condiciones especiales de ejecución cuando éstas se efectúan o realizan en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, no en otra.”



4. En un supuesto como el que nos atañe, es decir, la exigencia de póliza de seguro de responsabilidad civil como condición especial de ejecución del contrato, no parece que estemos ante una condición de tipo social, medioambiental o de innovación, por lo que no hay dificultad en admitirla como una condición especial de ejecución de tipo económico.

Por lo que se refiere a su relación con la ejecución del contrato y a la vinculación con su objeto, es menester poner en relación la prestación contractual que constituye el objeto del contrato con la necesidad de cubrir determinados riesgos y responsabilidades en que el adjudicatario o la entidad contratante pudieran incurrir frente a terceros por la ejecución del mismo. Si tal necesidad existe atendiendo al objeto del contrato, no cabe duda de que este tipo de condiciones especiales de ejecución pueden admitirse. De no ser así, no existiría relación con el objeto del contrato.

La resolución 911/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales explica, en esta misma línea, que no existe vinculación con el objeto del contrato cuando se exige como condición especial de ejecución del contrato la suscripción de una póliza con un ámbito de cobertura que no es el propio de tal ejecución, alcanzando a riesgos distintos cuya cobertura no se puede imponer al contratista como sería, por ejemplo, la correcta ejecución del contrato, para lo cual existe la garantía definitiva exigida en la Ley. Por tanto, los órganos de contratación pueden exigir en los pliegos, como condición especial de ejecución, la suscripción de pólizas de seguro con la finalidad de garantizar determinados daños que se puedan sufrir por el órgano de contratación o por terceras personas como consecuencia de la ejecución de un determinado contrato. Tal posibilidad existiría, cumpliéndose con ello el requisito cuestionado, cuando estemos en presencia de contratos que tengan por objeto prestaciones que generen un riesgo de daños en las personas o en los bienes.



En cuanto a la proscripción de la discriminación, las condiciones en que se exija la suscripción de la póliza han de ser objeto de análisis caso por caso, pero bien puede decirse que, existiendo vinculación al objeto del contrato, en la medida en que todos los licitadores estén en condiciones de suscribir una póliza de responsabilidad civil adecuada, suficiente y no desproporcionada, no concurrirá la vedada discriminación.

Por lo que se refiere a la compatibilidad con el derecho comunitario, ésta habrá de analizarse caso por caso por el órgano de contratación, al igual que ocurre con la posible discriminación, analizando no sólo las condiciones en que la LCSP coincide con la Directiva, sino también las reglas generales de competencia propias de la normativa comunitaria.

Finalmente, la exigencia de esta condición especial de ejecución habrá de hacerse constar en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento rector de la licitación de forma clara, precisa e incondicionada.

Cumplidas estas condiciones, no existe obstáculo legal a la exigencia de un seguro de responsabilidad civil como condición especial de ejecución del contrato.

En mérito a las consideraciones jurídicas expuestas, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- Las condiciones especiales de ejecución del contrato previstas en el artículo 202 de la Ley 9/2017, de 11 de noviembre, de Contratos del Sector Público, deberán necesariamente estar vinculadas al objeto del contrato, no ser directa o



indirectamente discriminatorias, ser compatibles con el derecho comunitario e indicarse en el anuncio de licitación y en los pliegos.

- El cumplimiento de dichos requisitos habrá de examinarse caso por caso.
- La exigencia de un seguro de responsabilidad civil como condición especial de ejecución de un contrato público guarda relación con el objeto del contrato cuando se haga con la finalidad de garantizar determinados daños que se puedan sufrir por el órgano de contratación o por terceras personas como consecuencia de la ejecución de un determinado contrato. Tal posibilidad existiría, cumpliéndose con ello el requisito cuestionado, cuando estemos en presencia de contratos que tengan por objeto prestaciones que generen un riesgo de daños en las personas o en los bienes.