



Expediente: 89/21. Auditoría como criterio de valoración cualitativo.

Clasificación del informe: 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 15. Formas de adjudicación. 15.7. Adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. 15.7.2. Diversidad de criterios (concursos). 20. Contratación estratégica. 20.1. Criterios de adjudicación.

ANTECEDENTES

El Instituto Social de la Marina ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

"Para cualquier licitación del sector público la consecución de la oferta económicamente más ventajosa pasa por seleccionar al licitador que mejor cumpla el contenido de los pliegos. Siendo muy importante el peso que tienen los criterios cualitativos en la determinación de la mejor oferta, como determina el artículo 145.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP): "Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura."

Y especialmente, cuando se trata de contratos de servicios incluidos en el Anexo IV de la LCSP, donde su peso debe alcanzar el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146.

Por otra parte, y ante una patente y permanente insuficiencia de medios humanos de los que dispone el órgano de contratación, especialmente de lo que puedan estar capacitados para ello, se puede hacer especialmente difícil comprobar que los adjudicatarios cumplen con todos los extremos del contrato, del convenio laboral que corresponda y de las condiciones laborales ofertadas.



Así en el documento que se adjunta, elaborado por el Club de Excelencia en Gestión, con prólogo del profesor José María Gimeno Feliu, se defiende la inclusión en los pliegos de la licitación de diversos criterios de calidad, con carácter objetivo y valorables de forma automática, sin que se precise de un juicio de valor, tales como que el licitador incluya en su oferta la realización de una auditoría periódica por entidad externa acreditada por organismo nacional de acreditación europea para con respecto al cumplimiento del contrato, del convenio laboral que corresponda y las condiciones laborales ofertadas.

Esta prestación facilitaría en extremo la labor del responsable del contrato, en el escenario descrito de que el órgano de contratación carezca de los medios humanos y materiales necesarios para su ejecución.

Por otro ello interesa conocer el criterio de esa JCCPE de la siguiente cuestión:

Podría incorporar el PCAP de una licitación de un contrato de servicios o de suministros un criterio cualitativo que permitiera a los licitadores ofertar la realización de una auditoría periódica realizada por una entidad externa acreditada por organismo nacional de acreditación europea, en el que se certificase el cumplimiento del contrato (en todas o en algunas de sus prestaciones, fundamentalmente del resto de criterios cualitativos y mejoras ofertadas), del convenio laboral que corresponda y de las condiciones laborales ofertadas.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Instituto Social de la Marina nos consulta sobre la admisibilidad de un criterio de adjudicación del contrato consistente en la realización de una auditoría periódica sobre el cumplimiento del contrato y sobre el cumplimiento del convenio colectivo aplicable y de las condiciones laborales ofertadas.

2. Los criterios de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los poderes adjudicadores han de cumplir las condiciones que establece el artículo 145.5 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 (en adelante LCSP) que señala lo siguiente:



“Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) 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.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”

El primero de estos requisitos consiste en que el criterio de adjudicación esté vinculado al objeto del contrato, cosa que acontece *“cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material” (artículo 145.6 de la LCSP).

En el análisis de este precepto esta Junta Consultiva entiende que la vinculación con el objeto del contrato de un criterio de adjudicación tiene lugar cuando exista una relación clara con la prestación que es el objeto del contrato público, es decir, cuando el criterio influya en todo o en parte en la ejecución de tal prestación durante cualquier etapa de su ciclo de vida. Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales



en su resolución nº 235/2019, de 8 de marzo, citada en nuestro informe 1/2020 *“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.”* En el mismo sentido las resoluciones 193/21 u 858/20, entre otras muchas.

3. En el presente caso, la realización de una auditoría con el fin de verificar el cumplimiento del contrato, el cumplimiento del convenio colectivo aplicable y el de las condiciones laborales ofertadas no influye directamente en la mejor ejecución de la prestación contratada ni permite al contratista mejorar la calidad, la rapidez o la eficacia de su actividad, sino que lo que permite es ayudar al órgano de contratación a cumplir con lo que constituyen obligaciones que le son atribuidas en la LCSP.

En efecto, el artículo 61 de la LCSP atribuye a los órganos de contratación la representación de las entidades del sector público en materia contractual y, por tanto, el ejercicio de las competencias propias de todas las fases del contrato, incluida su ejecución. Por su parte, el artículo 62 de la LCSP señala que, sin perjuicio de las facultades de ejecución de que está investido el órgano de contratación, estos designarán un responsable del contrato *“al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan.”*

Respecto del cumplimiento de las normas laborales, al órgano de contratación se le atribuye la obligación de tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional y los convenios colectivos (artículo 201 de la LCSP). Como ya señalamos en nuestro informe 126/2018 este precepto es tributario del artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, de contenido similar, y de él se derivan varias conclusiones:

- Existe un deber general de cumplimiento de la normativa medioambiental, social y laboral. Esta obligación no deriva de la LCSP, sino de la normativa sectorial propia.
- Cada sector específico cuenta con órganos competentes para garantizar el cumplimiento de la normativa y sancionar su vulneración. Son éstos órganos quienes tienen competencia



para inspeccionar y controlar el cumplimiento de este tipo de obligaciones. No es misión del órgano de contratación sustituir tal competencia.

- Lo que se pretende en el artículo 201, siempre respetando las competencias de los órganos correspondientes, es contribuir desde el marco de la contratación pública al cumplimiento de esta normativa sectorial, incorporando esta exigencia al régimen jurídico del contrato y aplicando consecuencias contractuales específicas en caso de que se produzca un incumplimiento durante su ejecución o, incluso antes, si se observa durante la licitación que el ofertante no cumple las condiciones legales.

- El artículo 122 LCSP cita como contenido obligatorio de los pliegos *“la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Sectorial de aplicación”* así como aquellas *“consideraciones sociales, laborales y ambientales que, como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan”*. Este contenido sí que ha de incluirse en los pliegos y su omisión representa un incumplimiento de la regla contenida en el artículo 130.6 LCSP. Pero esta mención en los pliegos no quiere decir en modo alguno que a su través se alteren las competencias y potestades del órgano de contratación.

Por tanto, en conclusión, las funciones que son propias del responsable del contrato y del órgano de contratación les son atribuidas legalmente con un fin concreto y un carácter limitado. El órgano de contratación asume estas funciones obligatoriamente. Para su mejor realización el órgano de contratación no puede atribuir la condición de criterio de adjudicación a una prestación que no es propia del objeto del contrato ni coadyuva a su mejor ejecución, al carecer del requisito del artículo 145.5 a) de la LCSP, esto es, una vinculación real con el objeto del contrato.

4. Esta Junta no ignora que es posible que el órgano de contratación tenga dificultades para poder cumplir adecuadamente con las funciones que se mencionan en la consulta, bien por su reducida dimensión o bien por otras razones. Sin embargo, esta circunstancia no le permite hacer descansar en el contratista la realización de una actividad como la señalada en la consulta. A nuestro juicio, existen otras formas de garantizar la realización de esta actividad sin considerarla como un criterio de adjudicación. Corresponde al órgano de contratación buscar otras fórmulas (como la licitación de un contrato independiente) para resolver el problema que se plantea en la consulta.



En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

1. La inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares como criterio de adjudicación de la realización de una auditoría periódica a costa del contratista con el fin de verificar el cumplimiento del contrato, el cumplimiento del convenio colectivo aplicable y el de las condiciones laborales ofertadas no influye directamente en la mejor ejecución de la prestación contratada.
2. Las funciones a que alude la consulta son propias del responsable del contrato y del órgano de contratación y les son atribuidas legalmente. Para su mejor realización el órgano de contratación no puede atribuir la condición de criterio de adjudicación a una prestación que no es propia del objeto del contrato ni coadyuva a su mejor ejecución, al carecer del requisito del artículo 145.5 a) de la LCSP, esto es, una vinculación real con el objeto del contrato.