



RESOLUCIÓN DEL VICECONSEJERO DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS POR LA QUE SE ACUERDA EL INCIO DE LA INCIDENCIA RELACIONADA CON EL COMPROMISO ADQUIRIDO POR LAS DISTINTAS CANDIDATAS EN LO REFERENTE A LA ADSCRICIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES QUE FUERON OBJETO DE VALORACIÓN EN LA FASE DE SELECCIÓN DENTRO DEL ACUERDO MARCO QUE TIENE POR OBJETO EL "SERVICIOS DE ELABORACIÓN DE PROYECTOS, DIRECCIONES FACULTATIVAS Y OTROS SERVICIOS DE CONSULTORÍA TÉCNICA ESPECIALIZADA PARA EDIFICIOS DE CENTROS EDUCATIVOS PÚBLICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAIS VASCO, DEPENDIENTES DEL DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN" (EXPEDIENTE NÚMERO: AM/01/21)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Mediante resolución del Viceconsejero de Administración y Servicios, de fecha 20 de enero de 2023, se adjudicó el acuerdo marco que tiene por objeto "SERVICIOS DE ELABORACIÓN DE PROYECTOS, DIRECCIONES FACULTATIVAS Y OTROS SERVICIOS DE CONSULTORÍA TÉCNICA ESPECIALIZADA PARA EDIFICIOS DE CENTROS EDUCATIVOS PÚBLICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAIS VASCO, DEPENDIENTES DEL DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN", con expediente número AM/01/21, (en adelante, indistintamente, el "**AM/01/21**" o el "**Acuerdo Marco**").

Con posterioridad, se formalizó el AM/01/21 con la suscripción del pertinente contrato con todas y cada una de las operadoras económicas que finalmente fueron adjudicatarias de los distintos lotes de dicho Acuerdo Marco, estableciéndose como fecha de inicio del mismo el 1 de abril de 2023.

Durante la ejecución del AM/01/21, se han iniciado los trámites para proceder a la adjudicación de distintos Contratos Basados, derivados de dicho Acuerdo Marco, de acuerdo con el procedimiento establecido en el punto 26.3 de las cláusulas del contrato del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo, indistintamente las "cláusulas del PCAP" o "puntos del PCAP") del mencionado AM/01/21.

SEGUNDO. – En la tramitación de los Contratos Basados en el AM/01/21, concretamente en la adjudicación de los diferentes Contratos Basados tramitados, han surgido dudas con relación al compromiso de la adscripción de medios personales que fue objeto de valoración (como criterio de adjudicación de calidad, sujeto a fórmulas) en la fase de selección del Acuerdo Marco del que derivan.

Por ello, se considera necesario la apertura de una incidencia contractual, para sustanciar o dilucidar las dudas surgidas en relación al compromiso adquirido por las distintas candidatas en lo referente a la adscripción de medios personales que fueron objeto de valoración en la fase de selección de dichas candidatas dentro del Acuerdo Marco de referencia.

TERCERO. - En el PCAP del Acuerdo Marco - dado el carácter intelectual del mismo y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 145.4 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante, la "LCSP") -, se estableció entre los criterios de adjudicación de calidad (sujetos a fórmulas), de todos los lotes que componían el mismo, la **experiencia de las personas, que se adscribirían a la ejecución de los distintos Contratos Basados de dicho Acuerdo Marco**, en la realización de prestaciones que tuvieran relación con el objeto del lote o lotes a los que se licitara.

Concretamente en el punto 21.1 de las cláusulas del PCAP, relativo a los criterios de adjudicación, se establecía:

i. Que, no se valoraría la experiencia de los subcontratistas.

En el mismo sentido, con carácter adicional, en el apartado relativo a las limitaciones a la posibilidad de subcontratar (punto 12.1 del PCAP), se establecieron limitaciones respecto de las tareas consideradas críticas; y, que, en concreto, fueron las siguientes (transcripción parcial del punto mencionado):

"12.1.- Se establecen limitaciones a la posibilidad de subcontratar: sí, de conformidad con lo expuesto a continuación por tratarse de tareas críticas:

LOTES 1, 2, 3, 4 y 5:

- *Partes de la prestación que no pueden ser subcontratadas, por considerarse tareas básicas y esenciales (es decir, críticas) para la ejecución de estas tareas en los diferentes Contratos Basados en este Acuerdo Marco:*
 - *Redacción del proyecto de ejecución*
 - *Dirección de obra*

No cabe la subcontratación de la realización de la redacción del proyecto de ejecución, ni la dirección de obra. Esto es debido a que se trata de unas tareas claves en este contrato, puesto que conllevan el control y la coordinación tanto de la redacción del proyecto como de su ejecución; y que deben ser ejecutadas por la persona o personas que la licitadora que haya realizado la mejor oferta haya señalado en su oferta, la cual debe poseer la habilitación o titulación adecuada y que esta exigida en estas cláusulas específicas del contrato para la realización de dichas tareas.

Hay que destacar que la experiencia de estos profesionales son objeto de valoración dentro de los criterios de adjudicación. Con esto, se quiere poner de relieve, que es importante, la cualificación de los responsables de la ejecución del contrato, debido al tipo de servicio que se pretende ejecutar, porque el objetivo es asegurar que el contrato sea ejecutado por la persona o entidad con la mayor experiencia posible y con la capacitación y aptitud exigida para la correcta realización de cada una de las tareas del contrato, teniendo en cuenta, asimismo, el destinatario final de la obra a proyectar. Por lo que se puede observar que la cualificación y experiencia del personal

adscrito a la ejecución del contrato para la realización de estas tareas van a ser aspectos claves a la hora de la adjudicación del Acuerdo Marco.

- *Partes de la prestación que son susceptibles de subcontratación, a título enunciativo y no limitativo:*
 - *Anexos del proyecto de ejecución*
 - *Informe de aprobación del plan de seguridad y salud*
 - *Coordinación en materia de seguridad y salud*
 - *Dirección de Ejecución Material de la obra*

() Aclaración respecto de la subcontratación y los criterios de adjudicación: No se valorarán los certificados expedidos a nombre de los subcontratistas. En caso de que se presenten en proposición de UTE sí que serán valorados. (Véase punto 21.1 de las cláusulas específicas del contrato, relativo a los criterios de adjudicación)."*

En cambio, respecto de las **Uniones Temporales de Empresas** (en adelante, "UTE") se estableció que sí que sería objeto de valoración la experiencia de las personas que se adscribieran a la ejecución de los Contratos Basados, si la oferta se realizará en proposición de UTE.

ii. **El límite temporal de la experiencia que sería tomada en consideración.**

Concretamente, se dispuso lo que se transcribe parcialmente a continuación (fragmento repetido en todos los lotes y respecto de todas las experiencias objeto de valoración en el AM/01/21); es decir, que la experiencia a valorar debía de haberse adquirido con carácter anterior a la fecha fin de presentación de ofertas:

*"(...) realizado en el curso de los últimos 10 años a contar **desde la fecha final de presentación de ofertas**, cuyo presupuesto de contrata, IVA excluido, sea igual o superior a (...)"*

Adicionalmente, respecto de la sustitución de la experiencia alegada como criterio de adjudicación, en el apartado de las penalizaciones (a efectos de evitar la imposición de las mismas), se repite el límite temporal de la experiencia que podrá ser tomada en consideración a efectos de acreditar que se posee una experiencia *"igual o superior a la persona que se sustituya"* (transcripción parcial del punto 11 del PCAP):

"(...) La persona que finalmente ejecute la prestación, deberá poseer dicha experiencia en la fecha final de presentación de ofertas. A estos efectos, se entiende que se posee una experiencia igual o superior a la persona que se sustituya, cuando en la fecha final de presentación de ofertas se haya realizado trabajos de objeto similar a la prestación a realizar, y que, tras la acreditación de la realización de los mismos, y su ponderación de acuerdo con lo señalado en el apartado 21.1. de estas cláusulas específicas del contrato, se obtenga una puntuación igual o superior a la que recibió la persona a la que se sustituye. (...)"

Entre las **aclaraciones vinculantes** que se publicaron en la tramitación del Acuerdo Marco se establecieron las siguientes cuestiones (transcripción parcial de varias aclaraciones vinculantes relevantes sobre la incidencia que nos ocupa):

(i) **Subcontratación:** participación simultánea en un mismo Lote:

"(...) **Participación simultánea en un mismo Lote:**

- ***¿Podría presentarse para tomar parte en el proceso de licitación de un mismo lote un arquitecto técnico o aparejador si para ese mismo lote ya toma parte en la licitación ese arquitecto técnico como subcontratista en la oferta de otra operadora económica?***

- o Caso subcontratación:

En el supuesto que un operador económico, concretamente un arquitecto técnico, haya tomado parte en el proceso de licitación de un lote concreto, ello no impedirá que otro operador económico, en este caso un arquitecto, tome parte en el mismo lote mediante la subcontratación de aquel arquitecto técnico que ha presentado otra oferta individualmente para el mismo lote.

*Para una mejor comprensión de lo anteriormente expuesto, a título enunciativo y no limitativo, se expone un **supuesto ejemplificativo:***

***Por ejemplo:** El arquitecto técnico X realiza oferta para tomar parte en el procedimiento de licitación del lote 4. A su vez el arquitecto Y realiza oferta para tomar parte en el procedimiento de licitación del lote 4, y señala en su oferta que subcontratará los servicios del arquitecto técnico X. En este supuesto no hay problema y no habría motivo de exclusión.*

Sin embargo, en este supuesto, igualmente les afectaría la limitación establecida en el punto 26.2.3 de las cláusulas del contrato, porque esta opera tanto para operadores económicos como para medios personales. Esto es, para poder ser invitado para tomar parte en el proceso de licitación de un Contrato Basado, ningún operador económico podrá tener adjudicados dos (2) Contratos Basados, y tampoco un medio personal podrá estar ejecutando dos (2) Contratos Basados.

*Para una mejor comprensión de lo anteriormente expuesto, a título enunciativo y no limitativo, se expone un **supuesto ejemplificativo:***

***Por ejemplo:** Si un aparejador ha licitado al lote X, y luego un arquitecto licita a ese mismo lote X, indicando que subcontratará a ese arquitecto técnico, en este supuesto si el aparejador ha sido adjudicatario de dos (2) Contratos Basados de ese lote X, el arquitecto no podrá optar a ser adjudicatario de un Contrato Basado, hasta que el arquitecto técnico haya finalizado uno de los contratos de los que haya sido adjudicatario. (...)”*

(ii) **El límite de dos (2) Contratos Basados adjudicados y/o en ejecución aplica personalmente a los participantes del AM/01/21**, independientemente del lote al que pertenezcan (sean subcontratistas o adjudicatarios), tal y como se reflejó en las aclaraciones correspondientes (cuyo fragmento se reproduce, a continuación), seguido de un supuesto ejemplificativo para una mejor comprensión:

"(...) Igualmente, hay que señalar que la limitación del punto 26.2.3 de las cláusulas del contrato opera tanto para operadores económicos como para medios personales. (...)”

CUARTO. - Debido a lo señalado en el apartado anterior, en el momento de hacer propuesta contractual para el Acuerdo Marco, todas las licitadoras que son parte del mismo **se comprometieron a adscribir a la ejecución de los Contratos Basados, que derivaran de dicho Acuerdo Marco, de los que resultaran adjudicatarias a todas las personas que**

establecieron en su propuesta contractual, y cuya experiencia fue objeto de valoración.

En el mismo sentido, en los Contratos Basados que se han tramitado hasta el momento, todas las licitadoras que han presentado oferta han suscrito el **Anexo I**, relativo a la “**DECLARACIÓN RESPONSABLE**” del contrato correspondiente, declarando, entre otras cuestiones, lo que a continuación se transcribe:

"(...) 10.- Que mantiene, en las mismas condiciones, todos los compromisos adquiridos mediante la presentación al procedimiento de adjudicación del AM/01/21; como, por ejemplo, a título enunciativo y no limitativo, el seguro de responsabilidad civil profesional y la adscripción de medios personales y materiales. (...)"

Adicionalmente, en la carátula (en el punto 8) de los diversos Contratos Basados tramitados hasta el momento, se incluía lo que se transcribe a continuación, a efectos informativos y a modo de recordatorio, pues ello deriva del propio clausulado del AM/01/21 que es de aplicación en todos los basados que se deriven del mismo durante su periodo de ejecución (transcripción parcial de un Contrato Basado relativo al Lote 1):

"(...) 8.- OTROS:

8.1.- CARACTERÍSTICAS HOMOLOGADAS: se recuerda que los compromisos y la oferta presentada (y valorada como criterio de adjudicación) en el Acuerdo Marco tienen condición de características homologadas y son condiciones contractuales esenciales del AM/01/21 y sus respectivos contratos basados. Por lo tanto, el incumplimiento de las mismas puede conllevar penalidades, así como la resolución del contrato Basado y del propio Acuerdo Marco del que deriva.

*La oferta y el compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales presentados en el AM/01/21 son **características homologadas** que deben de mantenerse durante todo la vigencia o duración del Acuerdo Marco, y en los sucesivos Contratos Basados en el mismo, siendo estas invariables y pudiendo únicamente ser sustituidas por otras de igual o superior calidad/cualidad. En este punto, se hace preciso recordar la **penalidad** prevista en el AM/01/21 (punto 11 de las cláusulas del contrato, transcrito parcialmente más adelante en el punto 8.5) por el incumplimiento de del compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales; así como las **causas de resolución** de la cláusula 15 del AM/01/21.*

*A título enunciativo y no limitativo, se enumeran las **características homologadas** en el Acuerdo Marco, para el lote de referencia (**LOTE 1**):*

- *Cualificación y experiencia*
- *Mayor presencia en obra*
- *Asistencia técnica*
- *Compromiso de adscripción de medios materiales y personales*

*El incumplimiento de dichos extremos (o características mínimas homologadas) podrán conllevar las correspondientes **penalidades** establecidas en la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares "PCAP" del Acuerdo Marco. Igualmente, los incumplimientos de dichas características mínimas homologadas podrán conllevar la **resolución por incumplimiento culpable** del contratista del Acuerdo Marco (en atención a lo dispuesto en las cláusulas 10 y 15 del PCAP del*

AM/01/21); y, por consiguiente, del presente Contrato Basado de referencia, expediente AMBA/12/23. La resolución del Acuerdo Marco y/o de los Contratos Basados que del mismo derivan, por incumplimiento culpable del contratista en cuestión, conllevarán el inicio de los trámites pertinentes al objeto de declarar la prohibición de la misma de contratar con las Administraciones Públicas. (...)”

Por consiguiente, todo lo anteriormente expuesto conlleva las siguientes implicaciones:

1- **La experiencia que fue objeto de ponderación otorgó una puntuación a las distintas licitadoras, en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco.**

Esto produjo que la suma de dichos puntos determinara la posición de cada una de las licitadoras, en la clasificación final de los distintos lotes, la cual estaba ordenada por orden decreciente de puntuación.

2- **En los Contratos Basados que no fueran de importe correspondiente a un contrato Sujeto a Regulación Armonizada (NO “SARA”),** la posición en la clasificación de los distintos lotes del Acuerdo Marco es relevante, dado que las operadoras económicas que se encuentren en las diez (10) primeras posiciones de la clasificación, y que no tengan en ejecución dos Contratos Basados, son las que tendrán preferencia y van a recibir un preaviso para poder optar a decidir si toman parte o si declinan la invitación, para participar en los distintos Contratos Basado que se vayan licitando, tal y como se establece en el punto 26.3 de las cláusulas del Acuerdo Marco.

Igualmente, aunque no se esté dentro de las diez (10) primeras posiciones de la clasificación, también el tener una buena posición dentro de la mencionada clasificación (esto es, tener una mejor o mayor puntuación en la clasificación de los distintos lotes, sea el lugar que sea), aumenta las opciones de poder tomar parte en el procedimiento de adjudicación de un Contrato Basado. Es decir, la posibilidad de participar es mayor, debido a que puede suceder que algunas de las diez (10) primeras clasificadas declinen la invitación en el preaviso previo establecido en dicho punto 26.3, suponiendo esto que las mismas sean sustituidas, por otras licitadoras, siguiendo el orden de clasificación del lote al que pertenezca el Contrato Basado. Esto último se debe a que, de acuerdo a lo establecido en dicho punto, siempre hay que invitar a diez (10) operadoras económicas.

3- **En los Contratos Basados que fuera de importe correspondiente a un contrato Sujeto a Regulación Armonizada (“SARA”),** la posición en la clasificación de los distintos lotes del Acuerdo Marco no es relevante; dado que, en estos casos se invita a todas las operadoras que fueron adjudicatarias del AM/01/21 para el lote que corresponda. Sin perjuicio de lo anterior, el compromiso adquirido y valorado, supone una cierta calidad ofertada y adjudicada, que las operadoras deben de mantener durante toda la vigencia del Acuerdo Marco.

QUINTO. – En el punto 11 de las cláusulas del PCAP del AM/01/21, se establecía la **penalidad**, que se transcribe a continuación, en el supuesto de incumplimiento del compromiso de adscripción de medios personales o materiales:

"(...) Se establece en cada Contrato Basado una penalidad del 10% del precio de adjudicación del Contrato Basado, IVA excluido, por cada incumplimiento de los compromisos de adscripción de medios personales o materiales adquiridos para formar parte del presente Acuerdo Marco.

- No se procederá a la imposición de la penalidad mencionada en el párrafo anterior, en el supuesto de que la persona que la contratista señaló en su oferta que adscribiría a la ejecución del contrato tuviera imposibilidad de realizar la prestación que tenía encomendada en la mencionada oferta, siempre y cuando la contratista proceda a la sustitución de aquella por otro u otra profesional de igual o superior experiencia. La persona que finalmente ejecute la prestación, deberá poseer dicha experiencia en la fecha final de presentación de ofertas. A estos efectos, se entiende que se posee una experiencia igual o superior a la persona que se sustituya, cuando en la fecha final de presentación de ofertas se haya realizado trabajos de objeto similar a la prestación a realizar, y que, tras la acreditación de la realización de los mismos, y su ponderación de acuerdo con lo señalado en el apartado 21.1. de estas cláusulas específicas del contrato, se obtenga una puntuación igual o superior a la que recibió la persona a la que se sustituye. Del mismo modo, y según la prestación que realice la persona sustituta, ésta deberá poseer la habilitación indicada en el punto 20.4.1 de estas cláusulas específicas del contrato.

- Para proceder a la sustitución mencionada en el párrafo anterior, la contratista deberá solicitar ese cambio a la Dirección de Infraestructuras, Recursos y Tecnologías del Departamento de Educación, la cual deberá autorizar a la contratista dicho cambio con anterioridad a que la persona que vaya a realizar finalmente la prestación comience la ejecución de la misma. En la solicitud de cambio, se reflejarán las circunstancias por las cuales la persona que se señaló en la oferta, por parte de la contratista que se adscribiría para la ejecución del contrato, no pueda realizar la prestación o prestaciones que tenía encomendada en dicha oferta. Asimismo, se identificará a la persona que finalmente vaya a ejecutar la prestación, adjuntándose la titulación que posea y que le habilite para realizar la mencionada prestación.

- Igualmente, junto con la solicitud de cambio indicada en el párrafo anterior, la contratista deberá acreditar que la persona que finalmente ejecutará la prestación tiene una experiencia igual o superior a la persona que señalaba la contratista en su oferta que ejecutaría esa prestación. Por ello, deberá aportar la documentación pertinente en relación a la experiencia de la persona que ejecutará la prestación en redacción de proyectos, direcciones de obras y/o dirección de ejecución material de obras, del mismo objeto al que ha sido valorado, según la prestación que vaya a realizar esta persona

sustituta. Esta experiencia se acreditará mediante la presentación de los certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; o cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. Los certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de los servicios y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término. Igualmente, deberán indicar el nombre de la persona o personas que los realizaron, y en su caso el porcentaje de participación. Como se ha indicado anteriormente, la persona que finalmente ejecute la prestación, deberá poseer dicha experiencia dentro del plazo final de presentación de ofertas. En consecuencia, no se aceptarán certificados o cualquier otra documentación en la que se acrediten trabajos realizados en una fecha posterior al plazo final de presentación de ofertas.

- Finalmente, y después de analizar toda la documentación mencionada en los dos párrafos anteriores, y tras comprobar que la persona que ejecutará finalmente la prestación tiene una experiencia similar o superior a la persona que se va a sustituir, la Dirección de Infraestructuras, Recursos y Tecnologías del Departamento de Educación concederá la autorización para proceder a la sustitución solicitada por la contratista (...)."

SEXTO.- A pesar de lo señalado anteriormente, durante el procedimiento de adjudicación de algunos de los Contratos Basados que traen causa del AM/01/21, han surgido problemas (en relación a la documentación aportada y que era procedente presentar, por parte de las operadoras económicas propuestas adjudicatarias para dichos Contratos Basados) para verificar que las personas que se adscribirían a la ejecución de esos contratos son las mismas personas cuya experiencia fue objeto de valoración en el procedimiento de selección del AM/01/21.

En relación a lo señalado en el párrafo anterior, y en base a lo expuesto en los anteriores antecedentes de hecho de esta resolución, se entiende y se recuerda, a todas las integrantes del Acuerdo Marco de referencia, que **para la ejecución de los Contratos Basados en el acuerdo marco AM/01/21, las operadoras económicas que resulten ser adjudicatarias de los mismos, deberán adscribir a la ejecución de dichos Contratos Basados a las personas que propusieron en su proposición contractual durante el proceso de selección del ya mencionado Acuerdo Marco, y cuya experiencia fue objeto de valoración.** Esto se debe, entre otros motivos: (i) a que así está establecido en el punto 21.1 de las cláusulas del PCAP del AM/01/21, y (ii) a todos los motivos o las razones expuestas en el antecedente de hecho cuarto de esta resolución.

Del mismo modo, el Departamento de Educación interpreta que en el caso que alguna operadora económica, **durante la ejecución de un Contrato Basado** del que resulte ser adjudicataria, **incumpla el compromiso de adscripción de medios que realizó en su propuesta contractual** durante el procedimiento de selección del AM/01/21, (i) **se le podrán aplicar las**

penalizaciones que están recogidas en el punto 11 de las cláusulas del PCAP del AM/01/21 (ver antecedente de hecho quinto de esta resolución); o, incluso, (ii) podrá incurrir en **causa de resolución** tanto del Contrato Basado en cuestión como del propio Acuerdo Marco del que deriva el mismo - con las consecuencias que ello acarrea, en base al punto 10.1 de las mencionadas cláusulas del PCAP (como lo es la prohibición de contratar con la Administración Pública) -.

No obstante, **la penalidad del punto 11 de las cláusulas del PCAP se podrá evitar** del modo que se establece en dicho punto. Las operadoras económicas podrán sustituir, durante la ejecución de un Contrato Basado del AM/01/21, a alguna de las personas cuya experiencia fue objeto de valoración durante el procedimiento de selección del AM/01/21, siempre que esa persona sea sustituida por otro profesional que deberá cumplir con los tres (3) siguientes **requisitos**:

- Que la persona sustituta **posea la formación y/o habilitación** adecuada para la realización de las tareas o prestaciones que tiene que ejecutar o desempeñar. Por ello, deberá aportar la documentación pertinente que acredite dicha formación y/o habilitación.
- La persona sustituta deberá tener, en la fecha final de presentación de ofertas del mencionado AM/01/21, una **experiencia** en las tareas que debiera haber ejecutado la persona sustituida, que, si fuera valorada o ponderada, produciría que la operadora adjudicataria, que pretende dicha sustitución de personas, mantendría la misma posición en la clasificación correspondiente al lote al que pertenece el Contrato Basado que va a ejecutar. Para ello, deberá se deberá acreditar la experiencia de dicha persona sustituta, mediante la emisión de la documentación que se señala en el punto 21.1 de las cláusulas del PCAP del AM/01/21.
- La persona o personas sustitutas, deben pertenecer a la propia organización de la operadora económica que pretenda dicha sustitución de medios personales. Esto es, **no debe tratarse de personal subcontratado**.

En caso de que el **incumplimiento se detecte o se reconozca con carácter previo a la adjudicación y por lo tanto formalización del contrato**, se podrá **excluir** a la licitadora en cuestión del Contrato Basado en el que concurra tal circunstancia; si de la documentación presentada para la adjudicación del contrato Basado que proceda se verificara que existe un incumplimiento evidente de tal compromiso de adscripción de funciones. Pues, en ese caso, la **oposición entre la oferta y la documentación contractual es frontal y clara**; lo que según, entre otras, las Resoluciones 199/2022 y 016/2020 del OARC sancionan con la exclusión. **Salvo, que, en atención al caso concreto, el incumplimiento de la adscripción al Contrato Basado en cuestión no suponga variación alguna en la posición de la licitadora que se trate**. Es decir, que sin la experiencia de esa adscripción concreta la puntuación siguiera siendo la misma, por haber sido superior a la total que podría obtenerse en total para el lote en concreto. Pues ello, (i) no supondría "a priori" una disminución de la calidad propuesta en su oferta, (ii) no perjudicaría a ninguna otra operadora del mismo lote, puesto que la clasificación

no se vería alterada en modo alguno, ni por ende el orden de invitación de los Contratos Basados; y (iii) por atender al principio de proporcionalidad, pues lo contrario (proceder a la exclusión de la licitadora en tal situación) sería desproporcionado y no tendría cabida acorde a lo señalado por el OARC para estos supuestos - entre otras, en la Resolución 199/2022 trascrita parcialmente a continuación ver las resoluciones (ver, por ejemplo, la Resolución 137/2016 del OARC / KEAO)-:

"(...) El mismo juicio de proporcionalidad debe emitirse cuando, durante el procedimiento de adjudicación, se plantea la interpretación de dicha cláusula, especialmente cuando puede suponer la exclusión del licitador. (...)”

SÉPTIMO. - Continuando con lo señalado en el párrafo anterior, el Departamento de Educación interpreta que es posible evitar la exclusión de una operadora económica que resulte ser propuesta adjudicataria de un Contrato Basado del AM/01/21, siempre y cuando sustituya a las personas cuya experiencia fue objeto de valoración por otra(s) de igual o superior experiencia, tal y como se desarrollará más adelante. Por interpretación analógica del punto 11, relativo a las penalidades.

Para evitar la exclusión señalada en el párrafo anterior, es necesario que dicha operadora económica indique tal circunstancia (es decir, la imposibilidad de adscribir a las mismas personas cuya experiencia fue objeto de valoración en el AM/01/21), durante el plazo de diez (10) días hábiles, concedido a efectos de aportar la documentación acreditativa de capacidad y solvencia (entre otros; el depósito de garantía definitiva, documentación de no tener deudas tributarias, ni sociales, adscripción de medios). Es decir, para evitar la mencionada exclusión es necesario que durante ese plazo de diez (10) días hábiles la operadora aporte, además de la denominada documentación acreditativa de capacidad y solvencia, la siguiente documentación:

- El nombre de la/s persona/s que se adscribirán a la ejecución del Contrato Basado del cual resulte ser adjudicataria, en sustitución de las que no puedan adscribirse y fueron valoradas en el AM/01/21. En esos supuestos, será necesario señalar tanto el nombre de las sustitutas, como de las personas sustituidas.
- Igualmente, deberá de aportar la documentación acreditativa de la sustitución, ya señalada en el antecedente de hecho anterior, y que se recuerda, a continuación:
 - o Que la persona sustituta **posea la formación y/o habilitación** adecuada para la realización de las tareas o prestaciones que tiene que ejecutar o desempeñar. Por ello, deberá aportar la documentación pertinente que acredite dicha formación y/o habilitación.
 - o La persona sustituta deberá tener, en la fecha final de presentación de ofertas del mencionado AM/01/21, una **experiencia** en las tareas que debiera haber ejecutado la persona sustituida, que, si fuera valorada o ponderada, produciría que la

operadora adjudicataria, que pretende dicha sustitución de personas, mantendría la misma posición en la clasificación correspondiente al lote al que pertenece el Contrato Basado que va a ejecutar. Para ello, se deberá acreditar la experiencia de dicha persona sustituta, mediante la emisión de la documentación que se señala en el punto 21.1 de las cláusulas del PCAP del AM/01/21.

- La persona o personas sustitutas, **deben pertenecer a la propia organización** de la operadora económica que pretenda dicha sustitución de medios personales. **Esto es, no debe tratarse de personal subcontratado.** Para ello, sería necesario aportar (i) la documentación pertinente que acredite que no se trata de un subcontratista; o, (ii) en su caso, un compromiso en el que se declare que se adscribirá a la ejecución del contrato basado en cuestión, a dichas personas sustitutas y que las mismas serán parte de la organización de la propia operadora económica propuesta adjudicataria.

Para la sustitución mencionada en el supuesto recogido en este antecedente, será necesaria la tramitación del correspondiente procedimiento de sustitución, y contar con la aprobación del órgano de contratación. Por ello, tras la aportación de la documentación señalada anteriormente, la misma será objeto de análisis por la mesa de contratación, y, en el supuesto de que se considera la misma es correcta y suficiente, se procedería a la adjudicación del Contrato Basado en cuestión, mediante la emisión de la pertinente resolución de adjudicación. Posteriormente, se requeriría a la adjudicataria para que aporte, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la resolución de adjudicación, la documentación acreditativa de que la persona(s) sustituta(s) que se adscribirá(n) al contrato, pertenece(n) a la organización de la operadora económica adjudicataria, siempre y cuando, esa documentación no haya sido aportado con anterioridad.

OCTAVO. - Relacionado con la incidencia que se pretende incoar, se considera necesario reproducir el artículo 69.9 de la LCSP, que regula diferentes situaciones que se podrían producir durante la fase de ejecución de un contrato administrativo, del cual ha resultado ser contratista una Unión Temporal de Empresas (UTE). Este artículo dispone lo que se transcribe a continuación (transcripción parcial del precepto mencionado):

*"(...) a) Cuando la **modificación de la composición de la unión temporal** suponga el aumento del número de empresas, la disminución del mismo, o la sustitución de una o varias por otra u otras, se necesitará la autorización previa y expresa del órgano de contratación, debiendo haberse ejecutado el contrato al menos en un 20 por ciento de su importe o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del plazo de duración del contrato. En todo caso será necesario que se mantenga la solvencia o clasificación exigida y que en la nueva configuración de la unión temporal las empresas que la integren tengan plena capacidad de obrar y no estén incursas en prohibición de contratar.*

b) Cuando tenga lugar respecto de alguna o algunas empresas integrantes de la unión temporal operaciones de fusión, escisión o transmisión de rama de actividad, continuará la ejecución del contrato con la unión temporal adjudicataria. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

c) Cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos (...)."

NOVENO.- En consecuencia, como se puede observar de los antecedentes de hecho anteriormente expuestos, se considera necesario la apertura de esta una incidencia contractual, debido a las dudas interpretativas que han surgido sobre la aplicación de las cláusulas del PCAP del AM/01/21, relativas a la adscripción de los medios personales que las operadoras económicas, adjudicatarias de los distintos Contratos Basados del acuerdo marco AM/01/21, deben adscribir a la ejecución de dichos Contratos Basados.

De este modo se pretende (i) resolver las dudas que este aspecto, relativo a la adscripción de medios personales, pudiera surgir a cualquier operadora, y (ii) que las operadoras económicas puedan ejercer los mecanismos que consideren oportunos, para la defensa de sus legítimos intereses, en el supuesto que consideren que no se ajusta a derecho la interpretación que, sobre la cuestión debatida, se acuerde en la resolución que resuelva esa incidencia.

Todo ello, en atención al espíritu del Acuerdo Marco (intención o finalidad del poder adjudicador y que inspiró su adopción), así como en general de los Contratos Basados en el mismo, en conjunto con los principios fundamentales de la contratación pública, establecidos en la LCSP; como entre otros, la legalidad, igualdad, trato justo, transparencia y publicidad.

A los antecedentes de hecho mencionados, le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - En virtud de las competencias que en materia de contratación administrativa me atribuye el artículo 8.1.d) del Decreto 71/2021, de 23 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Educación, el cual establece que el Viceconsejero o Viceconsejera de Administración y Servicios actúa como órgano de contratación

en los contratos cuyo presupuesto base de licitación o, en su defecto, el valor estimado, sea superior a 1.000.000,00 euros.

SEGUNDO.- El artículo 190 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, establece que *"Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta"*.

Como se observa de los antecedentes de hecho de esta resolución, es necesario aclarar la cuestión relativa a la adscripción de medios personales en los Contratos Basados que traen causa del acuerdo marco AM/01/21.

TERCERO. - En cuanto al procedimiento a seguir en los supuestos mencionados en dicho artículo 190, estos están recogidos en el artículo 191 de la mencionada Ley de Contratos del Sector Público. En concreto, en el apartado 1 del dicho artículo 191, se establece que antes de adoptar cualquiera acuerdo relativos a los supuestos recogidos en el artículo 190 de la LCSP, es necesario dar audiencia al contratista. Igualmente, en el apartado 2 del artículo 191, se establece la previa emisión de informe por parte del Servicio Jurídico correspondiente.

CUARTO. - El artículo 97 del 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 preceptúa que, con carácter general, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente, entre otras actuaciones, **la audiencia del contratista a evacuar en un plazo de cinco (5) días hábiles.**

QUINTO. - De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los actos administrativos serán objeto de publicación, surtiendo ésta los efectos de la notificación, entre otros, Cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el medio donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos.

SEXTO. - De acuerdo al segundo párrafo del artículo 112.1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, la oposición a los restantes actos de trámites diferentes a los señalados en el párrafo primero del mencionado apartado 1 de referido artículo 112 podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

SEPTIMO. – Los pliegos del Acuerdo Marco AM/01/21 (tanto los administrativos como los técnicos) del que traen causa los Contrato Basado derivados del mismo, son firmes. Los pliegos no han sido recurridos en tiempo y forma, y por lo tanto han sido consentidos por todas las licitadoras parte del mismo.

Adicionalmente, todas las licitadoras que presentaron oferta para participar en el mismo realizaron una manifestación expresa de "(...) *aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)*", tal y como dispone el precepto 139.1 de la LCSP.

Por lo tanto, el contenido de los pliegos vincula tanto a los licitadores como al poder adjudicador.

OCTAVO. – Respecto del régimen jurídico aplicable a los Contratos Basados en el AM/01/21; el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ("PCAP") del mismo Acuerdo Marco es de aplicación conjunta con la LCSP para todos los Contratos Basados en el mismo expediente de referencia del que derivan, dentro de la ejecución del mismo (ex artículos 220 a 222 de la LCSP).

NOVENO. – En atención al artículo 138.3 2º párrafo de la LCSP, relativo a información a interesados, *"En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación."* Por lo tanto, según lo dispuesto en el punto 25.1.3 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas del AM/01/21, las **aclaraciones** del mismo **tienen carácter vinculante** para las partes:

"25.1.3.- Carácter vinculante de las aclaraciones sobre los pliegos o resto de documentación: *sí.*"

DECIMO. – Los artículos 1 y 132 del mismo cuerpo normativo (la LCSP) establecen entre otros los criterios fundamentales de la igualdad, no discriminación y transparencia que deben regir todo procedimiento de contratación pública:

"Artículo 1. Objeto y finalidad.

1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. (...)"

"Artículo 132. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. (...)"

DECIMOPRIMERO. - El criterio interpretativo de las normas jurídicas atiende principalmente a la intención del legislador o finalidad que inspiró su adopción, tal y como dispone el artículo 3.1 del Código Civil (en adelante, el "CC"):

"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

El CC es de aplicación en el ámbito administrativo en atención al artículo 4.3 del propio CC, que dispone que "(...)3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes (...)".

Por ello, también lo es en la contratación pública. Por lo tanto, en la aplicación de la prerrogativa de interpretación que la LCSP otorga a la administración, la misma será acorde al espíritu del propio AM/01/21 y del contenido y clausulado que inspiraron su adopción.

DECIMOSEGUNDO. - En atención a la aplicación supletoria del CC, lo dispuesto en el antecedente de hecho séptimo, relativo a la interpretación analógica de la sustitución de las personas adscritas en el punto 11 en aras a evitar la exclusión de los Contratos Basados, encuentra su fundamento en el artículo 4.1 del CC, que se transcribe a continuación:

"(...) 1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón (...)"

Por lo tanto, se considera extensible la excepción a la penalidad prevista en el caso de la exclusión, por consideraciones de identidad o similitud, al supuesto no previsto. Pues en caso contrario, la misma situación, no regulada expresamente (por ser acaecida en un momento anterior a la ejecución), llevaría aparejada una sanción más grave como lo es la exclusión. La indicada analogía favorable a todas las operadoras económicas, encuentra su límite racional en el sentido y espíritu propio de las normas a que se aplica, y en la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya normado; todo ello, con sometimiento a los principios ordenadores del ordenamiento jurídico y encuadrado dentro de un sistema lógico y de buen sentido que permita y aconseje la utilización del criterio analógico, moderando su empleo por razones de seguridad jurídica, como medio extraordinario que es (en este sentido, véase, la Sentencia de 15 febrero de 1982).

Vistos los antecedentes de hecho y preceptos citados en la presente resolución y demás disposiciones concordantes y de general aplicación.

RESUELVO

1º.- Acordar el inicio de una incidencia relativo al Acuerdo Marco AM/01/21, cuyo objeto se señala en el título de esta resolución, al objeto de aclarar las dudas que han surgido en relación a la adscripción de medios personales que las operadoras económicas deben adscribir a la ejecución de los distintos Contratos Basados que traen causa de dicho Acuerdo Marco, de los que resulten ser adjudicatarias del mismo.

2º.- Procédase a la **publicación** de esta resolución en el perfil del contratante, al objeto que todas las interesadas puedan tener conocimiento de la apertura de la incidencia mencionada en el punto anterior.

De este modo, si lo estiman oportuno, en el plazo de cinco (5) días hábiles a la mencionada publicación, puedan emitir las **alegaciones** que entiendan oportunas, sobre el asunto o el aspecto por el cual se ha procedido a abrir esta incidencia

3º.- Procédase a la **notificación** de esta resolución de inicio a todas las operadoras económicas que formen parte del acuerdo marco AM/01/21, a los efectos señalados en el punto anterior.

4º.- Debido a que no se trata de un acto de trámite que decide directamente o indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión a derechos o intereses legítimos, el mismo no es susceptible de recurso. Por lo tanto, la oposición a este trámite podrá ser alegada en la resolución que ponga fin a este procedimiento de resolución culpable del contrato.

En Vitoria-Gasteiz, a la fecha de la firma

Xabier Aizpurua Telleria

**VICECONSEJERO DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS
ADMINISTRAZIO ETA ZERBITZUEN SAILBURUORDEA**

PATXI
XABIER
AIZPURUA
TELLERIA -
15946271A
Firmado digitalmente por PATXI XABIER AIZPURUA TELLERIA - 15946271A
Fecha: 2023.11.10 14:06:54 +01'00'