Informe 37/01, de 9 de enero de 2002. "Criterios para la calificación de los contratos de consultoría y asistencia. Duración de los contratos de servicios de mantenimiento. Posibilidad de utilizar en los concursos criterios de valoración de las ofertas basados en las condiciones de ejecución de los contratos referidos a los componentes del equipo de trabajo".

ANTECEDENTES.

1. Por el Director de Organización Administrativa del Ministerio de Administraciones Públicas se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

> *"A tenor de las competencias que se le otorgan a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y siguiendo las normas que se regulan en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 30 de enero, se trasladan para su Dictamen diversos asuntos suscitados en el seno de las reuniones celebradas por la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos para el ejercicio de las competencias que le otorga el Real Decreto 2291/1983, de 28 de julio por el que se crean los órganos de elaboración y desarrollo de la política informática del Gobierno.*
>
> *En este sentido, todas las cuestiones que se plantean deben entenderse relacionadas con el contenido y tramitación de expedientes de contratación en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El alcance de dichas cuestiones se refiere a:*
>
> *La calificación de contratos de consultoría y asistencia y de servicios.*
>
> *Los criterios para la adjudicación de los concursos relativos a contratos de consultoría y asistencia y de servicios.*
>
> *La duración de los contratos de servicios de mantenimiento.*
>
> *El planteamiento de dichas cuestiones se efectúa en documentos independientes que se adjuntan como anexos y en los que se recoge una breve descripción de la situación o problema que se suscita, seguido de unas cuestiones concretas que los miembros de la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos han formulado para aclarar las dudas planteadas en la tramitación de sus expedientes de contratación".*

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo tres documentos independientes en los que se desarrollan los extremos objeto de consulta en los siguientes términos:

a) En el primer documento -anexo I- sobre calificación de los contratos de consultoría y asistencia y servicios, partiendo de las dificultades de deslindar en casos concretos ambos tipos de contratos se solicitan criterios claros y homogéneos que sirvan de pauta para interpretar adecuadamente la Ley en lo que a su aplicación particular a contratos de tecnologías de la información y las comunicaciones se refiere. Se citan como casos concretos los de desarrollo de un programa de ordenador que incluya labores de planificación, estudio de viabilidad, construcción y pruebas, el de los llamados mantenimiento "correctivo" y "adaptativo o evolutivo" y el de los "servicios de carácter técnico"

b) En el segundo documento -anexo II- sobre cuestiones relacionadas con los criterios de adjudicación en los contratos de consultoría y asistencia y de servicios y ante la opinión contraria del Servicio Jurídico y de la Intervención Delegada se solicita aclaración, tanto sobre las condiciones bajo las que se puede valorar la solvencia técnica y profesional de las empresas en contratos de consultoría y asistencia, como la posibilidad de utilizar criterios de adjudicación que permitan valorar las condiciones de ejecución del contrato, tomando como base para dicha valoración las capacidades de los componentes del equipo de trabajo que se destine a tales efectos, concretando la cuestión en tres supuestos concretos.

c) En el tercer documento -anexo III- relativo a la duración de los contratos de servicios de mantenimiento se plantea la cuestión de si dichos contratos deben celebrarse, en términos generales, por un período mínimo de dos años que resulta más económico que el celebrarlos por un año, haciendo alusión a las dificultades derivadas del artículo 61 de la Ley General Presupuestaria.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Conforme se desprende del escrito de consulta y documentación que al mismo se acompaña se estructuran tres cuestiones distintas e independientes que, al igual que han sido planteadas, han de ser examinadas y resueltas por separado consistiendo la primera en señalar criterios para la delimitación entre los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios.

Anticipando que dicha cuestión no puede ser resuelta de manera exhaustiva de modo que comprenda todos y cada uno de los supuestos que en la práctica pueden plantearse, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene en los apartados 2 y 3 del artículo 196, elementos suficientes para llevar a cabo la delimitación pretendida.

Así su apartado 2 define los contratos de consultoría y asistencia y aparte de las más típicas prestaciones de estudios, informes, planes, dirección, supervisión y control se refiere, en general, a todos aquellos contratos en los que predominen las prestaciones de carácter intelectual, mientras que, en el apartado 3, define los contratos de servicios de forma residual -los no comprendidos en los de consultoría y asistencia y demás contratos administrativos típicos- que tengan por objeto servicios de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, mencionando expresamente, por lo que aquí interesa, los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración. En este sentido hay que tener en cuenta que el artículo 61, cuatro, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas del Orden Social adiciona una nueva letra f) al artículo 196.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de considerar contratos de servicios "los de gestión de los sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas".

Si bien no como norma jurídica en vigor, ya que esta última circunstancia no se ha producido todavía, pero si como elemento interpretativo del máximo valor hay que aludir al 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, que, al incluir en el artículo 37 un nuevo grupo relativo a Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con ocho subgrupos, cuyo contenido se desarrolla en el anexo II del propio Reglamento, vienen a demostrar que las actividades que ahora se mencionan como susceptibles de clasificación son actividades de servicios, resolviéndose con ello ciertas dudas que hasta ahora pudieran plantearse.

La mayor parte de las dificultades, según se desprende de los términos en que está redactado el anexo I del escrito de consulta y por los ejemplos que en el mismo se citan, la seguirán planteando los contratos mixtos, es decir, en este caso, los que comprendan a la vez prestaciones de consultoría y asistencia y prestaciones de servicios, pero dichas dificultades deben quedar resueltas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues habrá que atender a la prestación

económica de mayor importancia para determinar el régimen jurídico del contrato, siendo éste el del contrato de servicios, con exigencia de clasificación, si la prestación económica más importante es la de servicios y, por el contrario, se aplicará el régimen jurídico de los contratos de consultoría y asistencia, por tanto, sin exigencia de clasificación, si la prestación o prestaciones más importantes responde a las características de tales contratos.

En resumen como conclusión de este apartado, debe afirmarse que la delimitación entre los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios ha de realizase conforme a los criterios resultantes de los apartados 2 y 3 del artículo 196 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo, además, utilizarse como elemento interpretativo, respecto a los contratos de servicios, las disposiciones del artículo 37 y anexo II del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, aún cuando todavía no haya entrada en vigor y, respecto a los contratos mixtos de consultoría y asistencia y de servicios, resolver la determinación de su régimen jurídico de conformidad con el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. En cuanto a la segunda cuestión planteada -la posibilidad de utilizar en la adjudicación de estos contratos criterios que permitan valorar las condiciones de ejecución del contrato, tomando como base las capacidades de los componentes del equipo de trabajo- se encuadra en la más general de diferenciación entre criterios de selección y criterios de adjudicación de los contratos sobre los que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya se ha pronunciado en sus informes de 16 de diciembre de 1994 (expediente 22/94), de 24 de octubre de 1995 (expediente 28/95), de 2 de marzo de 1998 (expediente 53/97), de 30 de junio de 1998 (expediente 13/98), 16 de diciembre de 1998 (expediente 44/98), en el de 30 de junio de 1999 (expediente 33/99) y en el que con esta misma fecha se emite a solicitud de la Interventora General de la Administración del Estado (expediente 36/01).

En este último informe se resume la doctrina de los anteriores diferenciando los procedimientos abiertos de los restringidos y negociados a efectos de consideración de criterios de selección y adjudicación sentándose como conclusión la de que "en los procedimientos abiertos, en la fase de selección de contratistas deberán utilizarse los medios acreditativos de su capacidad y solvencia de las empresas, en definitiva características de la propia empresa, enumerados en los artículos 15 a 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en la fase de adjudicación los criterios objetivos enumerados en el artículo 86, que no pueden identificarse con los primeros que fundamentalmente aluden a las características de la proposición, con las matizaciones que, respecto al procedimiento restringido y negociado han quedado señaladas".

En la cuestión casi idéntica a la que ahora se formula que es la pretensión de determinados centros gestores de valorar los medios personales y materiales que van a ser adscritos por la empresa a un contrato específico esta Junta sienta el siguiente criterio que puede servir de conclusión al presente apartado.

"Con arreglo a la redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los medios personales y materiales deben considerarse requisito de solvencia del contrato, por lo que la posibilidad de utilización como criterios de adjudicación o de valoración de las ofertas en un concurso de los medios personales o materiales que son concretamente ofertados para la ejecución de la prestación, de forma que se integran específicamente en la oferta como elementos de la misma, debe ponerse en relación con lo señalado en los informes de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 16 de diciembre de 1994 (expedientes 22/94) y de 24 de octubre de 1995 (expediente 28/95) respecto a la posibilidad de utilizar como criterios de adjudicación en los concursos las denominadas "características de las empresas", informes cuyas consideraciones deben entenderse reproducidas".

En cuanto a su consideración como requisito de solvencia y puesto que los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no mencionan específicamente tal requisito, su admisión quedaba condicionada a una modificación de los preceptos legales correspondientes.

En este sentido el artículo 61.uno de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2002, adiciona un nuevo párrafo tercero al apartado 1, del artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con la siguiente redacción:

"Además de la clasificación que resulte procedente para la ejecución del contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que completen, en la fase de selección y a efectos de la misma, la acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución los medios personales o materiales suficientes para ello que deberán concretar en su candidatura u oferta"

A partir de la entrada en vigor del precepto transcrito -1 de enero de 2002- es indudable que resulta factible la pretensión de determinados centros gestores de valorar los medios personales y materiales que van a ser adscritos por la empresa a un contrato específico, debiendo resaltarse que la modificación realizada lo es al margen y con independencia de la clasificación, que regula un medio de acreditación de solvencia y no un criterio de adjudicación del contrato y que, en todo caso, ha de figurar tal exigencia expresamente en los pliego de cláusulas administrativas particulares.

3. En cuanto a la tercera y última cuestión suscitada -la de la duración de los contratos de servicios de mantenimiento- la misma tuvo que ser resuelta conforme a la redacción del artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incorporada al Texto refundido procedente de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, en cuanto determina que los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a los dos años, con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, estableciendo su apartado 2 una regla específica para los contratos complementarios.

Entiende esta Junta Consultiva, reiterando el criterio de su informe de 26 de julio de 1995 (expediente 21/95) que, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aún en su redacción primitiva a la que se refería dicho informe, la regla de duración de estos contratos es la que establece el artículo 198 (antes 199) y que las normas del artículo 61 de la Ley General Presupuestaria, para la Administración del Estado, deben ser aplicadas, por la remisión que el propio artículo 198.1 hace a las mismas, respecto a otras condiciones y límites distintos del plazo de duración del contrato.

En consecuencia, por aplicación de las normas sobre tramitación de expedientes de contratación, la justificación del plazo de duración del contrato que se fije, dentro del límite máximo de dos años, habrá de incorporarse al expediente como la justificación de otros elementos del contrato para los que existan distintas posibilidades de elección para el órgano de contratación. Por el contrario las restantes condiciones y límites de los contratos plurianuales serán los previstos, para la Administración del Estado, en el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria, pero no el de duración del contrato, ya que la misma, como se decía en el citado informe de 26 de julio de 1995 no tiene por finalidad definir el régimen jurídico de los contratos y, en consecuencia, fijar su plazo de duración.

No obstante, el artículo 61.cinco de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2002, adiciona un nuevo apartado 5 al artículo 198 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con el siguiente contenido:

"Los contratos de servicios para la gestión de los sistemas de información, así como aquéllos a los que se refiere el artículo 2.2 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación, tendrán un plazo de vigencia máximo de cuatro años en las condiciones y límites establecidos en las normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su modificación y su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, sin que la duración total del contrato, incluidas las

prórrogas, pueda exceder de seis años, ni éstas puedan ser concertadas aislada o conjuntamente por un plazo superior al fijado originariamente".

Como conclusión de este apartado debe mantenerse que a partir de la entrada en vigor de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, - 1 de enero de 2002 - los contratos de servicios a que se refiere el nuevo apartado 5 del artículo 198 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de conformidad con su texto, podrán tener un plazo de vigencia máximo de cuatro años, siendo prorrogables, sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda exceder de seis años.