



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

La Alcaldesa en funciones del Excmo. Ayuntamiento de..., solicita, mediante escrito de fecha 2 de septiembre de 2010 y registro de entrada en Diputación el siguiente día 7, la emisión de un Informe, por parte de este Departamento de Asistencia a Municipios y Formación, en relación con el recurso de reposición interpuesto, con fecha 1 de septiembre, por la mercantil... contra el acuerdo plenario de aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento abierto, con varios criterios, para la adjudicación del contrato de servicios para la redacción del Plan de Ordenación Municipal (P.O.M).

Una vez analizado el contenido del escrito de petición –al que se adjunta copia del mencionado recurso- así como la legislación que consideramos de aplicación, la cual se citará posteriormente, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO.-

Pese al poco tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), ha sido modificada, en cumplimiento de las Directivas Europeas, en numerosas ocasiones. La última de estas reformas, llevada a cabo por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, ha entrado en vigor hace apenas unos días (el pasado 9 de septiembre), no afectando la misma al recurso potestativo de reposición que, en opinión de quien suscribe y al igual que antes, puede interponerse para recurrir aquellos actos administrativos que no se encuentran contemplados en el ámbito del recurso especial en materia de contratación, figura ésta regulada –antes y ahora- en el artículo 37 de la LCSP y, tras la reforma, en su nuevo Libro VI (artículos 310 a 320). A lo largo del presente Informe se citarán los preceptos



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

vigentes de la LCSP antes de la entrada en vigor de la antedicha modificación, aunque, sin embargo, haremos referencia a la redacción actual de algunos de ellos.

Para empezar, debe destacarse el contenido de la Disposición Transitoria Tercera de la reciente Ley 34/2010 –relativa a los procedimientos en curso- que establece lo siguiente:

"1. Los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o los de reclamación que se hayan iniciado al amparo del artículo 101.1 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

2. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor."

Al margen de las posibilidades apuntadas en el segundo párrafo de la Disposición trascrita, la mercantil... interpuso, con fecha 1 de septiembre, un recurso potestativo de reposición. Dado que la disposición recién citada nada dice en relación con la tramitación de este recurso administrativo en los procedimientos iniciados con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley que la contiene, ha de seguirse el procedimiento ordinario previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en lo sucesivo), cuyo artículo 107.1¹ señala que contra las resoluciones y los actos de trámite,

¹ **Artículo 107.1 de la LRJPAC.**

Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrá interponerse por los interesados un recurso potestativo de reposición, que cabrá fundar, como hace la mercantil mencionada y veremos más adelante, en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, debiendo conectarse tal precepto con el artículo 21 de la LCSP, que dispone que el orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo será el competente para resolver *las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*.

Como se afirmaba líneas atrás, el recurso potestativo de reposición puede interponerse para recurrir aquellos actos administrativos que no se encuentran contemplados en el ámbito del recurso especial en materia de contratación. Aunque a este respecto la doctrina no es unánime –hay quien sostiene que debería extenderse el recurso especial en materia de contratación a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCSP, aunque ésta no lo diga expresamente²-, el Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, si bien se refiere al sistema de recursos contra los actos de adjudicación en el marco de la LCSP –lo cual, en nuestra opinión, es también aplicable al acto de aprobación de los pliegos-, mantiene que, al no encontrar en la ley contractual vigente cita alguna respecto al régimen de recursos aplicable, resulta de

indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

² Es el caso de Catalá Martín (*Catalá Martí JV y otros. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Editorial Thomson-Aranzadi. Edición Diciembre 2008. Madrid*).



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

aplicación el régimen ordinario de recursos previsto en la LRJPAC y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

En cualquier caso, aunque el artículo 37.2 de la LCSP incluye dentro del ámbito de este recurso especial los "*pliegos reguladores de la licitación*", el apartado primero del mismo precepto no permite emplear tal figura en este caso, puesto que el contrato que nos ocupa ha de clasificarse en la categoría 12³ del Anexo II de la LCSP y la cuantía del precio que se prevé en los pliegos ni iguala ni supera la cantidad fijada por el citado artículo, lo cual impide emplear el recurso especial en materia de contratación⁴.

El resto de elementos a tener en cuenta antes de entrar en el fondo del asunto no ofrecen discusión alguna: la mercantil se encuentra plenamente legitimada para recurrir en su calidad de potencial licitador y en cuanto persona jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se pueden ver perjudicados o resultar afectados por las decisiones

³ Se trata de la categoría relativa, entre otros, a los servicios de arquitectura, ingeniería, servicios de planificación urbana y de arquitectura paisajista.

⁴ El artículo 37 de la LCSP, en su número 2, señala que son susceptibles de recurso especial "*los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*"; pero, según señala el mismo artículo en su número 1, los actos indicados sólo serán susceptibles de este recurso cuando se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 Euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 Euros, y el plazo de duración superior a cinco años. A este respecto debe recordarse que, en este caso –y según consta en los pliegos–, el precio del contrato asciende a 165.000 € más 29.700 € en concepto de IVA (en total, 194.700,00 €), estableciendo el artículo 76 de la LCSP que "*A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido*".

Debe, asimismo, destacarse que tanto la nueva redacción del artículo 37 de la LCSP como el nuevo artículo 310 introducido por la Ley 34/2010, modifican la cuantía que opera como límite para impugnar los actos citados en el marco del procedimiento de licitatorio de un contrato de servicios comprendido en las categorías aludidas, cuantía que se reduce de los 211.000 a los 193.000 €.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



objeto de recurso y, finalmente, el mismo se interpone dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC ante el mismo órgano que aprobó el pliego⁵.

SEGUNDO.-

Como hemos apuntado, la mercantil recurrente fundamenta su recurso en una serie de motivos que, en su opinión, son constitutivos de nulidad de acuerdo con el artículo 62.1 de la LRJPAC. Se analizarán a continuación cada uno de ellos siguiendo el orden empleado por quien impugna el pliego de condiciones.

Así, en primer lugar, la recurrente aduce la inexistencia de diferenciación, de acuerdo con la cláusula duodécima de los pliegos y al margen del sobre referente a la documentación administrativa, entre el sobre que ha de contener la documentación de valoración subjetiva y el que debe contener la de valoración objetiva, fundamentando tal argumento en los artículos 134.2.3 de la LCSP y en los artículos 26 y 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En efecto, la cláusula duodécima del pliego de condiciones que rige la adjudicación del contrato de servicios para la redacción del P.O.M del municipio de..., prevé la presentación, por parte de los licitadores, de dos sobres cerrados, el llamado Sobre A – relativo a la documentación administrativa- y el Sobre B, en el que los licitadores han de incluir la proposición económica y la memoria global o proyecto metodológico.

El artículo 134.2 de la LCSP, en su tercer párrafo, señala que *"La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra*

⁵ Ello es así porque, de acuerdo con el artículo 48.2 de la misma norma, el plazo empieza a contarse desde la fecha de publicación del Pliego, que sale publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo N.º...



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada". El Real Decreto 817/2009, norma dictada en desarrollo de la LCSP, señala en su artículo 26 que "La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos"; añadiendo el artículo 27 del aludido reglamento lo siguiente:

"1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevara a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

(...)

2. En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado".

Tal como se deduce de lo expuesto, es claro que los argumentos de la mercantil son conformes a derecho. La tramitación de un procedimiento de licitación configurado, como el que nos ocupa, como abierto, con varios criterios de adjudicación, ha de establecerse y desarrollarse en la forma que concretaremos a continuación.

En primer lugar, la Mesa de contratación debe calificar previamente la documentación (SOBRE «A») a que se refiere el artículo 130.1⁶ de la LCSP. En el caso

⁶ En su redacción actual, el artículo 130.1 de la LCSP, establece lo siguiente:



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

de que la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación administrativa presentada, otorgará un plazo no superior a tres días hábiles⁷ para que los licitadores los corrijan o subsanen ante ella misma. Tras ello, la apertura de las proposiciones debe efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar ofertas. De acuerdo con los preceptos antes mencionados recogidos en el Real Decreto 817/2009, deberán presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición, los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor (SOBRE «B»), efectuándose la apertura de este sobre en un acto público, cuya celebración debe tener lugar en un plazo no superior a siete días a

1. Las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

- a) *Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.*
- b) *Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.*

Si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar el estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación.

- c) *Una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar. Esta declaración incluirá la manifestación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba presentarse, antes de la adjudicación, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta.*
- d) *En su caso, una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones.*
- e) *Para las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, la declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.*

⁷ Aunque el artículo 22.1.a) del Real Decreto 817/2009 establece el deber genérico de la Mesa de comunicar a los interesados "los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación", es el artículo 81.2 del antiguo 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, el que, en su artículo 81.2 –no derogado expresamente y vigente en cuanto no se opone a la actual normativa- habla, taxativamente, de tres días hábiles.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

contar desde la apertura de la documentación administrativa a que antes nos hemos referido.

Según lo establecido en el artículo 27.1, segundo párrafo, del Real Decreto 817/2009, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación presentada en el Sobre «B», la Mesa concederá para efectuarla un plazo inferior a los siete días establecidos en el párrafo anterior, al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él. En cualquier caso, en este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente (SOBRE «B»), entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo, dejándose constancia documental de todo lo actuado.

Aunque sobre este aspecto incidiremos más adelante, hemos ya de adelantar que obligatoriamente, cuando, como ocurre en este caso, se atribuye a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. Dado que para la valoración de las proposiciones habrán de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, la Mesa podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos.

La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integra la proposición (SOBRE «C»). En este sentido, la valoración de los criterios cuantificables



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

de forma automática (SOBRE «C»), se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (SOBRE «B»).

Recapitulando todo lo expuesto en este punto SEGUNDO, llegamos a dos conclusiones. La primera de ellas supone que en un procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación deberán existir tres sobres: El SOBRE «A» donde se incluirá la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130 de la LCSP; el SOBRE «B», que debe incluir los criterios ponderables a través de juicios de valor y, finalmente, el SOBRE «C», en el que se incluirán tanto el precio como los demás criterios cuantificables de forma automática (es el caso, por ejemplo, del plazo de ejecución).

Por su parte, la segunda conclusión conlleva que el SOBRE «B» habrá de abrirse en un acto público dónde sólo se abrirá este sobre, en tanto que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática (SOBRE «C»), ha de efectuarse después de haberse abierto y valorado la documentación que contenga los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (SOBRE «B»).

TERCERO.-

El segundo argumento defendido por la mercantil en su recurso se basa en la ausencia, en el pliego, del comité de expertos independientes al que, en líneas anteriores, hemos hecho mención.

A este respecto hay que citar –igual que hace la empresa recurrente en su escrito– el segundo párrafo del artículo 134.2 de la LCSP y el artículo 25 del Real Decreto 817/2009. El primero de tales preceptos señala que *"En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior⁸ a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos". A ello, el aludido artículo 25 añade: "En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las administraciones públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, bien a un comité formado por expertos bien a un organismo técnico especializado. En los restantes supuestos, la valoración se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por el órgano de contratación en el caso contrario".

La cláusula decimoctava del pliego de condiciones, relativa a los criterios de valoración para la adjudicación del contrato, otorga un máximo de **3 puntos** a la propuesta metodológica, **2,5 puntos** a las prestaciones complementarias al objeto básico del contrato que contribuyan a una mejor actuación urbanística del Ayuntamiento; **15 puntos** por la relación de trabajos realizados en materia de planeamiento urbanístico (estos puntos se distribuyen en función de las concretas figuras de planeamiento que el apartado desarrolla, y sobre tal distribución nos detendremos más adelante⁹); **1,5 puntos** por la oferta económica y, por último, **1 punto** en función de la experiencia y capacidad técnica del equipo redactor y **0,5**

⁸ El subrayado es nuestro.

⁹ Ver punto QUINTO del presente Informe.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

puntos por el menor plazo de ejecución. Son, en total, **23,5 puntos**, de los cuales, inevitablemente, los 6,5 puntos correspondientes a la propuesta metodológica (3 puntos), a las prestaciones complementarias (2,5 puntos) y a la experiencia y capacidad técnica del equipo redactor (1 punto), han de otorgarse tras efectuarse previamente un juicio de valor, si bien podría considerarse que los trabajos realizados en materia de planeamiento urbanístico han de valorarse de forma automática (6 puntos por cada uno que el licitador haya redactado como adjudicatario de Planes de Ordenación Municipal adaptados al TRLOTAU¹⁰, 5 puntos por cada una de las figuras de planeamiento de desarrollo adaptadas –igualmente– al TRLOTAU que hayan sido redactadas por el adjudicatario y 4 puntos por cada documento jurídico, información urbanística y estudios o programas que el licitador haya realizado en zonas de similares características).

Sin embargo, de la lectura de la antedicha cláusula decimoctava se deriva que, en realidad, tanto los puntos otorgables en función de la relación de trabajos realizados en materia de planeamiento urbanístico como los correspondientes al resto de criterios, sí dependen, de hecho, de un juicio de valor, en tanto que la citada cláusula establece, tras fijar el baremo, lo siguiente: *"El reparto de puntos se realizará mediante la comparación de ofertas y la asignación de puntos. Así, en cada criterio se asignará el máximo de puntos previstos a la oferta que mejor propuesta o mérito contenga a juicio de la mesa¹¹, a la siguiente propuesta mejor considerada la mitad de la puntuación, y a la tercera un tercio de la puntuación máxima, excluyéndose de valorar las siguientes propuestas"*.

Por tanto –como vemos–, la valoración de todos los criterios dependen, a la postre, del juicio de valor efectuado por la Mesa, lo cual infringe la legislación contractual vigente no sólo por la inexistencia del comité de expertos u organismo técnico

¹⁰ Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla- La Mancha.

¹¹ El subrayado es nuestro.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

especializado, sino también por la ausencia de criterios valorables de forma automática a través de la mera aplicación de fórmulas matemáticas. El Informe 34/09, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, señala que "(...) cuando el artículo 134.2 de la Ley [LCSP] indica que el mencionado comité ha de estar formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, está explícitamente requiriendo la independencia entre ambos órganos y su especial preparación técnica, de manera que la valoración de tales criterios no esté influida por quien propone la adjudicación del contrato. Si no se hubiera deseado precisar tal independencia y preparación el legislador no habría introducido en la Ley este nuevo sistema habida cuenta de que la valoración de tales criterios dependientes de un juicio de valor ya se efectuaba por la Mesa de contratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. De ahí que cuando la Ley se expresa en tales términos debe afirmarse como consecuencia que los miembros del comité de expertos han de ser independientes del órgano que propone el contrato y de los que integran la Mesa de contratación, no pueden formar parte del mismo en aras de tal independencia no ya de quien propone el contrato, sino de quienes tienen por misión efectuar la valoración de tales criterios. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 28.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece: "Siempre que sea posible, los miembros del citado comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante. En ningún caso podrán estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato".

CUARTO.-

Siguiendo con los argumentos empleados por la mercantil en su recurso, ésta considera que la experiencia, además de aparecer dos veces en el pliego como criterio de valoración, "no puede ser un criterio evaluable en los concursos públicos, dado que



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



supone una barrera al acceso a la contratación pública incompatible con los principios de concurrencia e igualdad”.

De nuevo, compartimos los alegatos de la sociedad mercantil. Más allá de que, en efecto, el pliego valora doblemente la experiencia al otorgar puntos, dentro de la cláusula decimoctava antes citada, tanto por la *"Relación de trabajos realizados en materia de Planeamiento Urbanístico"* como por la *"Experiencia y capacidad técnica del equipo redactor"*, el mismo, en su cláusula duodécima, remite, en cuanto a la acreditación de la solvencia técnica, al artículo 67 de la LCSP, precepto que señala que *"En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes"*; citando en primer lugar, entre esos medios, *"Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante 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; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente"*.

En otras palabras, al exigirse como condición para contratar, como acabamos de ver y de acuerdo con la normativa vigente, los trabajos realizados, la experiencia profesional o circunstancias similares; esos mismos elementos no pueden ser objeto de evaluación entre los criterios para adjudicar el contrato.

Más aún, en la parte correspondiente a la solvencia técnica –dentro de la cláusula duodécima del pliego-, se afirma expresamente que *"Se tendrá especialmente en cuenta*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

la redacción de instrumentos de planeamiento de igual rango (POM) amparados por la normativa urbanística y sectorial de Castilla-La Mancha”, especialidad territorial de la que depende la asignación de todos los puntos en el apartado de la *"Relación de trabajos realizados en materia de Planeamiento Urbanístico"*, ubicado en la cláusula decimoctava relativa a los criterios de valoración¹².

A este respecto la Jurisprudencia es clara. La valoración de las ofertas debe atender a criterios de carácter objetivo, estimándose como discriminatorios los que no tengan tal carácter, cual es el caso de los criterios relativos a la experiencia o al arraigo de la empresa en el Municipio o en un ámbito territorial determinado –el autonómico en este caso-, si bien, como ya se ha dicho, puede tenerse en cuenta la experiencia dentro de la acreditación de la aptitud para contratar (solvencia técnica). Así lo señalan, entre otras, la STS de 24 de septiembre de 2008, que señala que *"La experiencia de los contratistas es un criterio para verificar la aptitud de los contratistas y no puede utilizarse como criterio para la adjudicación del contrato ya que son dos fases separadas que se rigen por normas diferentes"*.

Lo expuesto constituye, en suma, la doctrina recogida en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2010, pronunciamiento del que la mercantil se hace eco en su recurso. Pero el criterio aquí recogido en modo alguno ha de considerarse novedoso, pues con relación a la derogada legislación de contratos de las Administraciones Públicas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de diciembre de 2002 ya señalaba que el hecho de circunscribir a un determinado ámbito territorial –en detrimento de los demás- la experiencia previa de una empresa en la prestación de servicios análogos, colisiona con el principio de interdicción de la arbitrariedad en perjuicio de las empresas que hayan demostrado cualificación en otros ámbitos territoriales, y supone una *"restricción injustificada de los principios de*

¹² Ver apartado TERCERO del presente Informe.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



objetividad y de libre concurrencia que rige la contratación de las Administraciones Públicas”.

Con respecto a los criterios de carácter objetivo, el artículo 134.1 de la LCSP -que recoge de forma expresa el Derecho Comunitario en la materia y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto- establece que *"Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato ¹³, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”.*

QUINTO.-

Sobre los últimos argumentos que la mercantil arguye en su recurso, hemos efectuado, con anterioridad, algunas referencias. Se trata de la ausencia de proporcionalidad en las valoraciones y del hecho –a él apuntábamos en las páginas 10 y 11 de este Informe- de que la puntuación prevista en el pliego por la redacción de planeamiento no es coherente con la puntuación total del criterio.

En efecto -con respecto a este último apunte- dentro de la relación de trabajos realizados en materia de planeamiento urbanístico, a los *"Documentos jurídicos,*

¹³ El subrayado es nuestro.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

información urbanística y estudios o programas realizados en zonas de similares características” el pliego les otorga *“4 puntos por cada uno: 15 por cien/1,5 puntos”*. Hay, por tanto, un error en el cómputo de los puntos de este apartado, porque si se asigna cuatro puntos por cada documento anterior, el resultado no puede ser el 15% ni los 1,5 puntos citados.

La ausencia de proporcionalidad aludida afecta, por su parte, a todos los criterios de valoración recogidos en la cláusula decimoctava del pliego, guardando relación directa con cuanto se afirmaba en el punto TERCERO del presente Informe. Se trata, como señala la mercantil recurrente, del efecto que ocasiona la *“cláusula de cierre”* con que el pliego finaliza su apartado destinado a los criterios de valoración para la adjudicación del contrato, y que supone que la Mesa de Contratación otorgue la puntuación máxima a la mejor oferta, la mitad a la segunda mejor oferta y un tercio de esa puntuación a la tercera mejor oferta, sin asignación de ningún punto al resto de empresas licitadoras, sean éstas el número que sean, dejando finalmente toda la puntuación al juicio que haga la aludida Mesa.

En el supuesto que nos ocupa, en el que se prevé una adjudicación sobre la base de más de un criterio¹⁴, la LCSP ha incluido en el artículo 134.2 la obligación de que, en la determinación de los criterios de adjudicación, se dé preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, a fin de salvaguardar los principios de transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación en la contratación pública.

¹⁴ Dado que el pliego habla de *“concurso”*, hemos de recordar que en la LCSP se realiza la adaptación terminológica de los criterios de adjudicación de los contratos. En este sentido, los términos «concurso» y «subasta» desaparecen y se sustituyen por la expresión «oferta económicamente más ventajosa», remitiendo a criterios únicos (precio, la antigua «subasta») o varios (antiguo «concurso»).



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Considerando que en la normativa de contratación vigente –lo mismo ocurría con la ya derogada- no se establecen reglas o fórmulas concretas para efectuar, en un última instancia, la valoración, lo correcto es que éstas vengan determinadas, con carácter previo, en el pliego de condiciones, armonizándose así dos principios básicos, cuales son, por un lado, el respeto a la competencia exclusiva de la Administración para valorar las propuestas de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano no sólo los baremos que regirán la adjudicación del contrato sino las forma en que los mismos serán aplicados.

En el caso que nos ocupa, por tanto, en vez de dejar todas las ponderaciones a juicio de la Mesa, quien, de acuerdo con lo que antes se exponía, sólo puntúa las tres propuestas que le parecen mejores, dejando sin puntuación el resto (aunque se aproximen a las tres primeras), lo ajustado a derecho –al margen de la existencia del comité de expertos u organismo técnico especializado- sería que el propio pliego estableciera, de antemano y como Ley del contrato que es, fórmulas matemáticas que atribuyan a la menor oferta económica, mayor puntuación y a la mayor, menor puntuación, haciendo extensiva tal regla, más allá del precio, al máximo de criterios posibles.

A título ilustrativo, pueden consultarse los Informes N.º 8/97, de 20 de marzo, y 18/96, de 5 de junio, en los que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa enumera, a modo de ejemplo, una serie de fórmulas matemáticas que pueden emplearse para evaluar las proposiciones que presenten quienes intervengan en cualquier procedimiento licitatorio, y que el Ayuntamiento de... podrá tener en cuenta en el caso de que lleve a cabo las actuaciones a que nos referiremos a continuación.

SEXTO.-



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Como es bien sabido, con mayor o menor precisión -según los grados de invalidez y las causas que lo originan- y utilizando el criterio de la gravedad de los vicios, el ordenamiento jurídico escinde en dos los grados de invalidez de los actos administrativos: la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad.

En lo que afecta al caso que nos ocupa, el pliego de condiciones, al aprobarse por el Pleno, ya estaba incurso en una ilegalidad inicial que trae causa en todos los vicios que hemos analizado a lo largo de este Informe, pero, además, tras la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, si bien no puede hablarse, en modo alguno, de una ilegalidad sobrevenida del pliego¹⁵, lo cierto es que algunas de las disposiciones introducidas en nuestro ordenamiento por la norma citada, inciden, de manera contradictoria, en parte de su contenido¹⁶.

Sentado lo anterior, ha de determinarse el modo de depurar la aludida ilegalidad a través del procedimiento más apropiado al interés público. La empresa, en su recurso, cita expresamente los artículos 62.1 y 112.2 de la LRJPAC (si bien debe entenderse que se trata más bien de los artículos 62.2¹⁷ y 111.2¹⁸ del mismo cuerpo legal), para

¹⁵ Aunque la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 34/2010 –transcrita en el punto PRIMERO del presente Informe- se refiere a los procedimientos en curso, esta norma guarda silencio en cuanto a la aplicabilidad temporal del nuevo sistema de adjudicación y perfección jurídica de los contratos públicos, si bien –tal y como reconoce la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en la Circular 1/2010, de 22 de septiembre- el artículo 3 del Código Civil señala que *“Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”*, por lo que, al no decir nada al respecto, debe entenderse que, en nuestro caso, no afectan al procedimiento licitatorio los extremos no recogidos expresamente en la disposición antedicha.

¹⁶ Entre las reformas operadas por la mencionada Ley 34/2010, destaca la perfección de los contratos en el momento de su formalización –y no con la adjudicación- y la desaparición de la dualidad adjudicación provisional y definitiva. En relación con tales reformas puede leerse la Circular 1/2010, de 22 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que precisamente lleva por título *“Novedades en la regulación de la contratación pública y la incidencia práctica. Transitoriedad”*.

¹⁷ De acuerdo con este precepto, son nulas de pleno derecho *“las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior...”*.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



fundamentar su petición de que, en definitiva, se declaren nulos los pliegos y se suspenda *"la convocatoria de la licitación, los plazos de presentación de oferta y los actos de apertura de plicas hasta la resolución del recurso"*.

Pese a que, en efecto, los pliegos que nos ocupan adolecen de vicios constitutivos de nulidad absoluta, no debe perderse de vista el momento procedimental en el que nos encontramos. Y es que, ni de acuerdo con la actual LCSP –en la que los contratos se perfeccionan con su formalización- ni en virtud del artículo 27 de la misma en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 34/2010 que lo modifica –según la cual se perfeccionaban con la adjudicación-, no se ha producido la perfección del contrato de servicios. De hecho, no sólo aún no se ha celebrado, sino que todavía ni ha sido adjudicado ni la Mesa ha propuesto al Órgano de Contratación adjudicatario alguno.

Ante esta situación, como ya admitía la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1973 y recoge la LCSP en su artículo 139, se reconoce la potestad de la Administración para renunciar y desistir del procedimiento de adjudicación. Este artículo 139, cuyo párrafo segundo ha sido modificado por la ya citada Ley 34/2010, dispone (el subrayado es nuestro):

"1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el

¹⁸ **Artículo 111 LRJPAC.** Suspensión de la ejecución.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
- b. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea.

2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación¹⁹. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación".

Como puede observarse, este precepto regula dos figuras, a saber, la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación, ambos a iniciativa de la Administración. En el supuesto que nos ocupa, el desistimiento del procedimiento sería el modo adecuado para conseguir el fin que se pretende, ya que el mismo ha de estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, y,

¹⁹ La redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 34/2010 se refiere aquí a la adjudicación provisional.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

además, tal desistimiento debe producirse, cual es el caso, antes de la adjudicación, pudiéndose, a continuación y sin más dilación, comenzar un nuevo procedimiento de licitación en el que se hayan corregido todos los errores del presente.

En nuestro caso, el desistimiento habrá de ser acordado por el Pleno de la Corporación, sobre la base de los vicios de nulidad de pleno derecho de que adolece el pliego, a los cuales, por extenso, nos hemos referido a lo largo de este Informe. Aunque no se cita expresamente, el pliego también se refiere al desistimiento, de forma indirecta, en su cláusula vigésimo primera, al señalar que el órgano de contratación *"(...) podrá modificar, por razones de interés público, los contratos y acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley de Contratos del Sector Público. Los acuerdos que dicte el órgano de contratación, previo informe de la Asesoría Jurídica, en el ejercicio de sus prerrogativas de interpretación, modificación y resolución serán inmediatamente ejecutivos"*.

Aunque quien suscribe desconoce las actuaciones que, desde la solicitud de consulta por parte de la Alcaldesa en funciones, se puedan haber llevado a cabo en la entidad municipal en el marco de este expediente, la Corporación habrá de tener en cuenta –si no lo ha hecho ya- que la mercantil recurrente solicita en su recurso, como antes se afirmaba y sobre la base del segundo número del artículo 111 de la LRJPAC, la suspensión del procedimiento, señalando en este sentido el mismo artículo en su número 3, que *"La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto..."*. En cualquier caso, si la Corporación, con fundamento en este Informe, decide desistir del procedimiento, éste llegará a su fin sin que se produzcan más actuaciones que las ya efectuadas.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Es todo cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, sin que supla en modo alguno la contenida en otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, a 28 de septiembre de 2010