

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Con fecha de 2016 y número de registro se recibió, remitido por el señor Alcalde del Ayuntamiento de una solicitud de informe sobre legalidad de modificar los criterios establecidos en un pliego de contratación ya publicado así como sobre la legalidad de los nuevos criterios que se pretenden establecer. Accediendo a lo solicitado se procede a emitir el presente

INFORME

Con base, por resultar de la solicitud de informe y de la documentación de que se acompaña, en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Con fecha de 2016 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de aprobó los pliegos del "Contrato de servicios de colaboración en la gestión tributaria municipal", en los que se incluyen, en la cláusula vigésimosegunda, como criterios de valoración de las ofertas, entre otros, los siguientes, sobre cuya legalidad se consulta:

- a) En el punto 2, apartado a) de la referida cláusula, se valora con hasta 6 puntos a razón de 2 por certificado, estar en posesión de certificaciones acreditativas de que el sistema implantado cumple con las normas expresadas en el pliego.
- b) En el punto 4, se valora con hasta 5 puntos, que se atribuirán en la forma prevista en el mismo, estar en posesión de una clasificación superior a la prevista Cláusula decimoséptima para acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores.
- c) En el punto 5, se valora con hasta 5 puntos, a razón de un punto por año, la experiencia del licitador en la prestación de servicios de recaudación municipal.

II.- Se pregunta también por el consultante, sobre la posibilidad de conservar todos los actos realizados en el procedimiento de contratación hasta el momento, en el que ha concluido el periodo de presentación de ofertas, sin que se haya procedido a la apertura de las mismas, modificando los criterios de puntuación de las mismas manteniendo, de los expresados, el consignado en el apartado c) anterior y retirando los consignados en los apartados a) y b). Además, se modifica la distribución de puntos entre los criterios de valoración.

A los que resultan de aplicación los presentes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Comenzando por la posibilidad o no de cambiar o corregir los criterios de valoración contenidos en los pliegos aprobados y publicados y conforme a los cuales los licitadores han presentado sus ofertas, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 155 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –en adelante TRLCSP-:

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 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 adjudicación. 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.

Se observa cómo, en caso de la existencia de ilegalidades no subsanables en la tramitación del expediente de contratación, el remedio a aplicar es el desistimiento del procedimiento de contratación.

En el caso presente, los pliegos incluyen, ya se anticipa, al menos dos criterios de valoración contrarios a derecho, por lo que lo procedente será desistir del contrato, e iniciar un nuevo procedimiento de contratación sin esas ilegalidades.

En ningún modo es posible la modificación de los criterios de valoración, una vez presentadas las ofertas, ni tan siquiera una vez aprobados los pliegos, pues las ofertas de los licitadores, incluso la decisión de presentar ofertas o no, se adoptaron bajo el contenido de los pliegos hoy vigentes, y la modificación de los mismos afecta tanto a las ofertas ya presentadas, que pudieron tener otro contenido –por ejemplo hacer un mayor esfuerzo en el aspecto económico a la vista de su mayor peso en la propuesta planteada- como en la decisión de presentar ofertas a la luz de los nuevos criterios por quienes no tuvieron – legítimamente- interés en concurrir a la luz de los vigentes.

Segundo.- En cuanto los criterios de valoración sobre cuya legalidad se consulta, comenzando por el relativo a la atribución de puntos por estar en posesión de las certificaciones de calidad indicadas en los pliegos. Dicho criterio puede considerarse ajustado a derecho siempre y cuando las condiciones exigidas para la obtención del certificado correspondiente guarden relación con el objeto del contrato en cuyos pliego se establezcan como criterio de valoración, y no se refieran las condiciones subjetivas del licitador que está en posesión del mismo. Así lo entendió, por ejemplo, la Resolución 20/2011, de 15 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

"el certificado de calidad supone una información adicional sobre el servicio ofertado que ayuda al órgano de contratación a tomar la decisión de adjudicación y realizar la elección entre productos de características similares que le ofrece el mercado, por referencia

a una norma de certificación, que no le asegura el resto de competidores sin certificar. El informe 28/95, de 24 de octubre, considera correcta la valoración de la "calidad" mediante la toma en consideración de los correspondientes certificados, pero siempre que tal circunstancia no se haya exigido como requisito de solvencia técnica para participar en el concurso."

Un somero análisis de los certificados incluidos en el pliego revela que no están directamente vinculados al objeto del contrato –incluso alguno de ellos está anulado y sustituido por otros certificados-. Su exigencia es, por tanto, antijurídica, ya que de poder exigirse sería, quizás, como criterio de solvencia, sin perjuicio de que pudiera acreditarse por otros medios; en este mismo sentido, Informe 50/06, de 11 de diciembre de 2006, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Además, alguno de ellos, como el UNE-EN ISO 9001:2008, ha sido anulado por el UNE-EN ISO 9001:2015, por lo que ya no puede obtenerse por los licitadores.

El criterio de valoración, por tanto, es ilegal.

Tercero.- En cuanto al criterio consistente en estar en posesión de una clasificación superior a la considerada como suficiente para demostrar la solvencia técnica y profesional del licitador, puesto que se trata de un criterio referido a la condición del mismo, y no de un criterio directamente relacionado con el objeto del contrato, el mismo puede exigirse, y se exige, dentro de los límites legales, como condición para acceder a participar en el procedimiento de adjudicación, pero no puede servir de criterio de clasificación de las ofertas presentadas. Esto es así porque el artículo 117.2 del TLCSP dispone:

Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Es decir, una vez definidas las condiciones subjetivas que deben reunir los participantes en el proceso –solvencia o en su caso clasificación- no se puede recurrir a criterios de esta naturaleza –subjetiva- para clasificarlos entre sí, sino que lo que deberán clasificarse serán las ofertas, en función de su contenido y por razón de su vinculación al objeto del contrato. Visto desde otra perspectiva, valorar las ofertas por razón de la superior clasificación que ostenten los oferentes, cuando la necesaria ya ha sido definida por el legislador, supone introducir criterios discriminatorios en el procedimiento y, por tanto, ilegales, perjudicando, además, el principio de concurrencia que ha de regir la contratación pública.

Cuarto.- Respecto al criterio relativo a la experiencia, también debe considerarse como contrario a derecho. El 17/11, de 15 de diciembre de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa indica en su consideración jurídica segunda:

La posibilidad de incluir en los pliegos la experiencia como criterio de valoración de las ofertas en un procedimiento de licitación, ha sido examinada en diversos informes por esta Junta Consultiva. En este sentido, cabe recordar el informe 13/1998, de 30 de junio, cuyas conclusiones son reiteradas en los informes 29/1998, de 11 de noviembre, y 22/2000, de 6 de julio, y que concluye que "según se desprende de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y de la Ley de Contratos de las

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Administraciones Públicas, la experiencia es requisito que puede justificar la solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso incluido entre los enumerados en el artículo 87 de la citada Ley”.

Y en la tercera:

A la misma conclusión se llega del análisis de la normativa vigente actualmente, tanto en la Unión Europea como en el Derecho español.

Por una parte, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su artículo 48, referido a la capacidad técnica y profesional, en su apartado 2.a) incluye la relación de obras ejecutadas y los principales suministros o servicios efectuados como circunstancia acreditativa de la capacidad técnica de los operadores económicos.

De acuerdo con ello, esta previsión se recoge en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en los artículos 65.a) para los contratos de obras, 66.1.a) para los contratos de suministro y 67.a) para los contratos de servicios. Tal es así porque la Directiva señala en su considerando primero que se basa en la doctrina del Tribunal de Justicia, lo que conlleva que el Tribunal, al interpretar en sus sentencias la Directiva, está fijando los criterios interpretativos de las normas de los Estados miembros que la transponen.

Por tal motivo, expresado el citado criterio en la Sentencia Beentjes, que afirma que la experiencia es un criterio referido a determinar la capacidad de la empresa para ejecutar el contrato, no puede ser aplicado como criterio para valorar la oferta que se presente.

Por su parte, y en consecuencia con lo anteriormente expuesto, el artículo 134 de la Ley 30/2007, referido a los criterios de valoración de las ofertas, no establece el criterio de la experiencia en la ejecución de contratos entre los que enumera en su apartado 1. Hay que tener en cuenta que dicho artículo, de conformidad igualmente con el artículo 54 de la Directiva 2004/18/CE, prevé que la valoración tiene por objeto determinar la oferta económica más ventajosa, para lo cual deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato y no, en consecuencia, a las circunstancias que determinan la capacidad técnica de la empresa.

Para concluir:

De acuerdo con la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 y la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la experiencia es requisito que puede justificar la solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de valoración de las ofertas.

Por tanto, el referido criterio de valoración en función de la experiencia acreditada, es ilegal.

Por tanto, con base en el relato fáctico expuesto y los fundamentos jurídicos expresados procede la formulación de las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los criterios de valoración de las ofertas indicados en el antecedente fáctico I, son contrarios a derecho por estar referidos a las condiciones subjetivas de los licitadores y no a la prestación que es objeto del contrato, suponiendo la introducción en el procedimiento de discriminaciones injustificadas y contrariando el principio de concurrencia.

SEGUNDA.- No siendo posible la modificación de los criterios de valoración una vez aprobado los pliegos, lo procedente es, conforme a lo previsto en el artículo 155 del TRCLSP desistir del procedimiento de contratación y, en su caso, iniciar un nuevo procedimiento.

Es cuanto procede informar, parecer jurídico que queda sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho y que no suple el contenido de otros informes emitidos con carácter facultativo o preceptivo para la válida adopción de acuerdos.

Toledo a de agosto de 2016