



*ASUNTO: /*

## **Recurso de reposición planteado contra adjudicación de contrato de obra.**

5/11

A

\*\*\*\*\*

### **INFORME**

#### **I. ANTECEDENTES**

Por uno de los licitadores en expediente de contratación de obras promovido por el Ayuntamiento se ha presentado recurso potestativo de reposición contra la adjudicación del contrato, basado, fundamentalmente, dicho recurso en la contravención del artículo 134 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público sobre el orden de apertura de ofertas cuando existen criterios de valoración que dependen de un juicio de valor y criterios de valoración de forma automática o mediante aplicación de fórmulas.

#### **II. LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP)
  - RD 817/2009, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007
-



- Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

## II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**Primera. Posibilidad de que la actuación de la Mesa de Contratación haya propiciado la nulidad del procedimiento.**-El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige en la contratación de referencia recoge en su cláusula 18ª el modo de proceder en la apertura tanto de la documentación como de las proposiciones. Estableciéndose, y dado que existen criterios cuya valoración depende de un juicio de valor y criterios que se valorarán mediante fórmulas matemáticas, como exige el artículo 134 de la LCSP, dos actos o momentos diferenciados y realizados uno antes que otro. Es decir, en primer lugar se abrirá el sobre que contenga los datos de la oferta cuya valoración dependa de un juicio de valor. Una vez valoradas las ofertas en base a estos criterios, y en momento por tanto posterior y previa convocatoria de una nueva Mesa de Contratación, se procederá a la apertura de los sobres que contengan los datos de la oferta cuya valoración se realizará de forma automática o mediante la aplicación de fórmulas.

No obstante esto, la Mesa de Contratación, apartándose del procedimiento establecido en el Pliego, y por tanto, de lo dispuesto en el citado artículo 134 de la LCSP, realiza la apertura de ambos sobres en un sólo acto, valorándose en primer lugar las ofertas conforme a los criterios automáticos o fórmulas y solicitándose informe de valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor al Arquitecto redactor del proyecto y al Técnico Municipal. Seis días después de esta primera Mesa de Contratación vuelve a reunirse este órgano de asistencia a fin de dar lectura al informe de valoración emitido por los citados técnicos y a establecer la puntuación total obtenida por las empresas.

Sin duda, y como bien dice el recurrente, tal modo de proceder contraviene no sólo lo dispuesto en el citado artículo 134 de la LCSP, sino también lo determinado en el propio Pliego. Supone a nuestro juicio tal irregularidad una contravención del precepto citado que, de todo orden, viene a romper el principio del secreto de las ofertas que en este caso debe respetarse entre una y otra fase de apertura; lo que, de alguna manera, podría "contaminar" la valoración mediante juicios de valor al

---



conocerse previamente las ofertas sobre los criterios valorables de forma automática, que es precisamente la razón, y el derecho que pretende proteger el legislador con el establecimiento de estos dos momentos diferenciados en el proceso de apertura de ofertas.

Llegados a este punto la cuestión estará en discernir si tal actuación de la Mesa conlleva aparejada la nulidad de la consiguiente adjudicación que con posterioridad se produjo y, en consecuencia, la de propio contrato. Es el artículo 32 de la Ley 30/2007, de Contratos del sector público el encargado de establecer las causas de nulidad de derecho administrativo, y así la letra a) del mismo determina:

*Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:*

*a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

Por su parte, el artículo 62.1. e) de la citada Ley 30/1992, LRJAP-PAC establece:

*1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguiente:*

*e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*

Discernir si la actuación de la Mesa de Contratación está dentro de esa causa de nulidad, es decir, si ha implicado prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido, es lo que nos llevará a la conclusión sobre la cuestión planteada. Obviamente, y como afirmamos más arriba, en la apertura de los sobres que contenían las ofertas la Mesa no actuó conforme determina tanto el artículo 134 de la LCSP como el propio Pliego, por tanto podemos considerar que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido; lo que nos llevará a afirmar que tal acto de la Mesa es nulo de Pleno derecho y,

---

---



consiguientemente, arrastrá la nulidad de los subsiguientes actos tanto de la Mesa como del órgano de Contratación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diversos informes ha venido sosteniendo que la ruptura del secreto de las proposiciones por parte de un licitador al introducir documentos de la oferta económica en el sobre de la oferta técnica conlleva el rechazo de tal proposición. Así, en su informe 62/08, de 2 de diciembre de 2008 afirmó:

*“el incumplimiento de las normas del pliego cuando éste exija la presentación de las documentaciones técnica y económica en sobres separados, con objeto de permitir la apertura sucesiva de ambas, determinará la inadmisión de los licitadores que hubieran incurrido el mismo.”.*

Con este mismo argumento podríamos afirmar que si la ruptura del secreto de la proposiciones ha sido propiciada por la propia Mesa podríamos entender que el acto de apertura es nulo de pleno derecho y arrastrará hacia la nulidad al resto de actos subsiguientes, incluida la adjudicación del contrato.

Así parece también entenderlo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que en su Informe 38/07, de 29 de octubre de 2007 consideró que *“en aquellos casos en que sea imputable a mala fe o negligencia en la actuación de los órganos administrativos, el quebrantamiento del secreto de una proposición presentada en una licitación sujeta a la legislación de contratos públicos, debe dar lugar, a la **declaración de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación del contrato**”.*

Por tanto, y como **conclusión**, consideramos que a la vista de los hechos producidos en el expediente de contratación de referencia, y conforme a la argumentación realizada, por el órgano de contratación deberá declararse la nulidad de todo lo actuado, incluida la adjudicación y, en su caso, el contrato, siguiéndose para ello el procedimiento establecido en la Ley 30/1992, LRJAP-PAC, debiéndose, en todo caso, tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 de la LCSP:

---



*“Artículo 35. Efectos de la declaración de nulidad.*

*1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.*

*2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.*

*3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.”*

**Segunda. Irregularidades del Pliego.**-En todo caso, y teniendo en cuenta que en nuestra opinión debiera declararse la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación del contrato, convendría rectificar algunas imprecisiones observadas en el Pliego del Pliego de Cláusulas:

a) Cláusula 13ª: Indeterminación de la puntuación a otorgar en el criterio “mano de obra”.- El artículo 134.4 de la LCSP exige que se precise la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. Por tanto, deberá indicarse un valor máximo a este criterio.

b) Cláusula 13ª: La experiencia como criterio de adjudicación.-Es muy frecuente que nos encontremos con Pliegos de Cláusulas en lo que se incluya como uno de los criterios de valoración de las ofertas la experiencia de las empresas en contratos similares al del objeto del contrato. Basta realizar una sencilla búsqueda por internet para comprobarlo. Sin embargo la experiencia sólo puede constituir un “criterio de selección” previa a través de su acreditación mediante los medios

---



de solvencia técnica regulado en la LCSP y en los que la Administración, en atención al tipo de contrato, su objeto, su precio o su dificultad, podrá establecer, entre los medios que indica la LCSP en sus artículos 65 y siguientes, una determinada experiencia que, encaso de no acreditarse en los términos exigidos determinará el rechazo de las proposiciones.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha venido manteniendo de forma reiterada este parecer, así sus informes de 30 de junio de 1998 y 6 de julio de 2000.

Por otra parte, la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, de 17 de septiembre de 2010, afirma lo siguiente:

*"...Es decir resulta patente que el factor experiencia no es un criterio de adjudicación. Por lo tanto, si atendemos a que la norma legal aún permitiendo criterios semejantes a los enumerados en el art. 87 de la LCAP no recoge las referencias técnicas ni, menos aún la solvencia económica, financiera y técnica, como criterio de adjudicación este Tribunal estima el recurso contencioso administrativo declarando la nulidad del precepto contenido en el pliego sin que sea necesario entrar en el examen del resto de los apartados del precepto impugnado".*

Por tanto, y en nuestra opinión, la experiencia no debe incluirse como un criterio de valoración de las ofertas, con lo que se debería excluirse del pliego de cláusulas como tal criterio.

Este es el informe del Servicio de Asesoramiento y Asistencia Jurídica a las Entidades Locales Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de **XXXXX**, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

En Badajoz

---

---