

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Informe 15/2009, de 3 de noviembre, sobre diversas cuestiones relativas a actuaciones de las Mesas de contratación. Desistimiento: infracción no subsanable.

I.- ANTECEDENTES

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Torrox remite escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe con el siguiente texto:

“De acuerdo con el artículo 300 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y como órgano consultivo específico en materia de contratación administrativa, se solicita de esa Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía, informe sobre la siguiente cuestión que se plantea:

Por este Ayuntamiento se aprobó en su día expediente y Pliego de Cláusulas administrativas particulares para enajenación de una parcela con destino a construcción de viviendas protegidas, mediante procedimiento abierto y varios criterios de valoración.

Presentadas tres proposiciones, la Mesa de Contratación procedió a calificar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y admitió a trámite las tres propuestas presentadas, continuando en acto ya público con la apertura de las proposiciones, dando a conocer su contenido. En concreto los aspectos relativos a dos criterios de valoración, cuales son el precio y las mejoras, si bien no son los únicos criterios recogidos en el Pliego cuya valoración se obtiene por aplicación de forma matemática, aunque, como ya se ha expuesto, fueron conocidos por los licitadores asistentes a la sesión. Como quiera que el Pliego recoge criterios evaluables mediante aplicación de fórmula matemática y otros cuya cuantificación depende de juicio de valor, se terminó el acto aprobando la remisión de la documentación correspondiente a estos últimos criterios para su valoración por un comité técnico previsto en el propio Pliego de Cláusulas Particulares.

En este orden de cosas se ha podido detectar que uno de los licitadores admitidos, en concreto una Sociedad Cooperativa, según sus Estatutos elevados a escritura pública e inscritos en la Unidad Central del Registro de Cooperativas Andaluzas, tiene como objeto social “promover, para posteriormente transmitir la propiedad, viviendas, locales, edificaciones y obras complementarias exclusivamente para socios”, lo que pugna con la exigencia del Pliego de Cláusulas Particulares que ha establecido el sorteo, de acuerdo con los principios de publicidad, igualdad y concurrencia para selección de futuros adquirentes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 30 de la Orden de 27 de junio de 2007 de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía. En cuya consecuencia cabe entender que conforme a lo dispuesto en el art. 61 de la Ley de



Contratos del Sector Público, esta entidad carece de la capacidad de obrar necesaria y, por tanto, no ha debido ser admitida, sino rechazada.

Asimismo, también se ha podido comprobar que una empresa licitadora oferta un determinado precio sin hacer ninguna referencia aliva y ofertando una determinada cantidad, cuando el Pliego exige que el precio vaya referido en porcentaje (%), sobre el precio total de la promoción de las viviendas y además que el IVA se consigne independientemente.

A esta situación hay que añadir que parte de los servicios jurídicos del Ayuntamiento entienden que cuando los criterios de valoración de las ofertas dependen unos de juicio de valor y otros de aplicación de fórmulas matemáticas, en la Mesa de Contratación debe abrirse el sobre que contenga la documentación relativa a los primeros, de modo que cuando el comité técnico, los haya evaluado, se procede a la convocatoria de nueva Mesa, donde se finalizará la valoración con la suma de aquellos criterios que dependen solo de la aplicación de fórmula matemática y se efectuará la propuesta de adjudicación del contrato a favor de quien mayor puntuación haya obtenido. En nuestro caso, como quiera que el precio, entre otros, constituye un criterio cuya valoración se efectúa mediante la aplicación de fórmula matemática, debe entenderse, según el criterio antes expuesto, que no debe darse a conocer ni abrirse en la primera sesión de la Mesa de Contratación, contrariamente a como ha ocurrido.

Con lo que ante estas dos circunstancias expuestas, le solicitamos informe sobre los siguientes extremos:

1.- Una vez calificada la documentación de carácter general por la Mesa de Contratación, cuando la adjudicación de un contrato se realice conforme a criterios que deben evaluarse mediante juicios de valor y a criterios que dependan de la aplicación de fórmula matemática, en el acto público de apertura de proposiciones, regulado en el art. 144 de la Ley de Contratos del Sector Público, se deben abrir sólo los sobres que contengan la documentación de los criterios dependientes de juicio de valor y, cuantificados estos, se deberá convocar nueva Mesa donde se de a conocer el resultado y se proceda a valorar los criterios cuantificables de forma automática, terminando efectuando la Mesa la oportuna propuesta de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 25 a 29 del RD 817/09 de 8 de mayo, o conforme preceptúa el art. 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, una vez calificada la documentación general, la Mesa debe abrir y examinar todas las proposiciones en acto público, dando cuenta de su contenido.

2.- Caso de que, calificada la documentación general, solo haya debido abrirse el sobre que contiene los criterios o méritos cuantificables mediante juicio de valor y añadido el problema de haber admitido la Mesa a trámite y valoración una proposición realizada por una empresa, cuyo objeto social no le otorga capacidad de obrar para cumplir la finalidad expresa del objeto del Pliego de Condiciones y de otra empresa que incumple lo dispuesto en el Pliego y art. 129 de la Ley de Contratos del Sector Público, respecto a la forma de proponer el precio y el IVA, se puede



entender que el acto administrativo de admisión de calificación de las proposiciones y apertura de las mismas es un acto nulo de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 32 a y b) de la Ley de Contratos del Sector Público y art. 62.1 f) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en cuyo caso podría esta nulidad, sin necesidad de acudir al procedimiento del artículo 102 de la Ley 30/92, fundamentar el desistimiento del procedimiento conforme a lo preceptuado en el artículo 139 de la Ley de Contratos, por cuanto aún no se ha aprobado la adjudicación provisional y estaría fundada en infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato y de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, al entender que cuando la Ley habla de infracción no subsanable se está refiriendo a los supuestos de actos nulos de pleno derecho, frente a los que sólo adolecen de anulabilidad, por cuanto para estos la propia Ley 30/92, en su artículo 67, ha previsto la posibilidad de su consolidación.

3.- Podría, no obstante lo anterior, entenderse, al amparo de lo preceptuado en el art. 135.1 y 3 y 144.2 de la Ley de Contratos del Sector Público y art. 89 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, que las propuestas que efectúe la Mesa tanto en orden a la adjudicación, como en orden a su admisión a trámite, no son vinculantes y, por tanto, el órgano de contratación puede separarse motivadamente, previos los informes que estime oportunos, de las propuestas de la Mesa, resolviendo todas las cuestiones planteadas y la adjudicación a la mejor oferta.”

II.- INFORME

1.- Previamente al examen de la cuestión planteada hay que indicar en relación con el contenido de los informes de esta Comisión Consultiva, de acuerdo con el criterio ya sentado en el Informe 7/2003, de 17 de noviembre, que a la misma no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación de las normas en materia de contratación pública, si bien las consultas pueden tener su origen en la interpretación de las normas con carácter general, o bien en un supuesto de hecho en concreto que sea objeto de aplicación de tales normas.

De otra parte, y en relación con la cita que se hace en el escrito de consulta al criterio mantenido por los servicios jurídicos del Ayuntamiento, hay que indicar que a esta Comisión Consultiva tampoco le corresponde dirimir entre los informes contradictorios emitidos por otros órganos en el ejercicio de sus competencias en relación con los expedientes de contratación, ni los informes que emita desvirtúan el contenido de los mismos.

No obstante, ello no es obstáculo para que esta Comisión Consultiva haga unas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.



2.- De conformidad con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) desarrollada parcialmente por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, en un primer acto público se procederá a la apertura de la documentación comprensiva de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, cuya valoración se hará pública en un segundo acto público en el que a continuación se procederá a la apertura de la documentación que contengan los criterios cuantificables de forma automática.

Las infracciones no subsanables a que se refiere el artículo 139.4 de la LCSP a efectos de desistimiento del procedimiento no se deben justificar en la previa existencia de una causa de nulidad, que en todo caso exigiría la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio para su declaración, sino en la concurrencia de hechos que, contrarios a las normas establecidas para la preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de adjudicación, impiden la continuidad del procedimiento por conculcar disposiciones cuya subsanación no es posible, y a tal efecto será el órgano de contratación el que deberá motivar su decisión justificando la concurrencia de la causa.

La previsión contenida en el artículo 144.2 de la LCSP, que autoriza al órgano de contratación a no adjudicar el contrato de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa de contratación motivando tal decisión, no es aplicable a los supuestos en que se produzcan infracciones insubsanables en el procedimiento, ya que de ningún modo puede entenderse que tal adjudicación conllevaría la convalidación de todos los defectos producidos durante la tramitación del expediente, puesto que eso sería en definitiva desconocer total y absolutamente el procedimiento establecido por la legislación de contratos.

Es todo cuanto se ha de informar.

