

Ref.: SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 2/2009

INFORME 2/2009, DE 6 DE ABRIL . APLICABILIDAD PREVIA AL DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL ART. 134 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de enero de 2009 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe por el Ajuntament de Mislata, con el siguiente tenor literal

"En base a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (DOGV núm. 3.767, de 8 de julio), se solicita informe acerca de las siguientes cuestiones:

Primera: Si, a fecha de hoy, en tanto no se dicten las normas de desarrollo de la Ley de Contratos del Sector Público (núm. 30, de 30 de octubre de 2007) y en tanto continúe vigente el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre) por efecto de lo establecido "a sensu contrario" en la Disposición derogatoria única de la citada Ley de Contratos del sector Público, debe de entenderse ya como aplicable y exigible en derecho lo dispuesto en el artículo 134, apartado 2, párrafo segundo, de la misma Ley en cuanto se refiere a la necesidad de realizar "las evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas" "tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia de ello en el expediente".

Segunda: Si, en conjunto, la remisión "a las normas de desarrollo reglamentario de esta Ley" implica asimismo que queda suspendida por la propia Ley de Contratos del Sector Público la vigencia de lo dispuesto en su artículo 134.2, párrafo primero, en cuanto se refiere a la necesidad de constituir un comité de expertos "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 formulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor".

Con todo ello, se ruega de esa Junta que emita informe sobre las cuestiones planteadas, a la mayor brevedad posible."

Ref.: SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 2/2009

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El establecimiento de criterios no cuantificables mediante formulas matemáticas y su evaluación, no es algo nuevo en la contratación pública; la novedad que la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) introduce es la remisión al comité de expertos independientes, o a organismos cualificados, cuando la ponderación de estos criterios sea superior a los cuantificables matemáticamente.

Tampoco es novedoso que estos criterios “basados en un juicio de valor” (en el anteproyecto aludía a “criterios subjetivos”) se den en la contratación pública cuando se trata de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Tanto la Directiva 2004/18/CE como la Ley aluden a una pluralidad de criterios como la rentabilidad, el valor técnico, el plazo de ejecución etc...Lo determinante siempre es que estos criterios sean objetivos y no den un poder de decisión ilimitado para seleccionar la oferta. De hecho la Comisión Europea en Informe de 12 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de LCSP, dijo textualmente: *“Por lo que atañe a la evaluación de las ofertas conforme a criterios discrecionales y subjetivos por un comité de expertos independientes del poder adjudicador, la ley debería, en primer lugar, definir y establecer criterios para la fijación de esos criterios discrecionales y subjetivos. Esos criterios deben respetar la jurisprudencia del TEJ y no otorgar a los poderes adjudicadores libertad plena para seleccionar una oferta u otra.*

Respecto a la intervención del comité de expertos, y la evaluación a realizar, el TJUE en Sentencia de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00, (SIAC Construction Ltd.) determina que permite a una entidad adjudicadora que haya decidido adjudicar un contrato a la oferta económica más ventajosa, adjudicarlo al licitador que haya formulado la oferta cuyo coste final pueda ser el menos elevado según el dictamen profesional de un perito, siempre que se respete la igualdad de trato de los licitadores, lo cual supone que se garantice la transparencia y la objetividad del procedimiento y en particular:

- que el referido criterio de adjudicación se haya mencionado claramente en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, y
- que el dictamen profesional se base, en todos los puntos esenciales, en factores objetivos considerados, con arreglo a las normas que rigen en ese campo, pertinentes y adecuados para la apreciación llevada a cabo.

Una vez determinado cómo deben establecerse los criterios no cuantificables debemos considerar a continuación si, con la lectura íntegra del artículo 134, puede aplicarse en toda

Ref.: SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 2/2009

su extensión o debe esperarse al desarrollo reglamentario al efecto señalado, como refleja el Ayuntamiento consultante.

El Art. 134.2, tras establecer que deberá encomendarse a un comité de expertos o a un organismo especializado la evaluación de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, cuando los criterios de adjudicación cuantificables de forma automática tengan atribuida una importancia inferior a la de aquellos, determina también en su tercer párrafo 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 esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello."*

Por tanto, la LCSP no deriva a un futuro desarrollo reglamentario que la evaluación de las ofertas que respondan a criterios basados en juicios de valor debe hacerse en la forma indicada y previamente a la de los criterios cuantificables, esta cuestión no necesita de desarrollo reglamentario. A continuación obliga a "dejar constancia documental". Evidentemente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas todo lo relativo a este aspecto.

Asimismo, debemos tener en cuenta otros preceptos de la Ley que guardan relación con lo anterior. En este sentido, el Art. 129 alude al secreto de la proposición en su apartado 2 y obliga a arbitrar los medios para garantizar este secreto hasta la "licitación pública". Conjugando ambos preceptos queda claro que la documentación relativa a los criterios que respondan a un juicio de valor no puede aperturarse al tiempo que la documentación administrativa que acompaña a la proposición, regulada en el Art. 130 de la LCSP, pues de no admitir a un licitador, una parte de su oferta quedaría abierta rompiendo así aquél principio. Por lo tanto, la apertura de la documentación relativa a estos criterios deberá hacerse cuando se tenga constancia de los licitadores admitidos y excluidos previamente.

La pregunta de rigor, a continuación, es si se debe efectuar en acto público la apertura de estos criterios, que como hemos visto forman parte de la 'proposición' que ha de mantenerse en secreto hasta el momento de la licitación pública, de acuerdo con lo que dispone el artículo 129. Pues bien, de conformidad con lo establecido en el Art. 144.1, in fine, de la LCSP, éste señala que "en todo caso, la apertura la oferta económica se realizará en acto público", salvo en las licitaciones por medios electrónicos. Hay que indicar que este aspecto, que en el anteproyecto de la Ley venía a dar un giro copernicano a la anterior regulación que obligaba a la apertura pública de las proposiciones, fue objeto de crítica por el Consejo de Estado en su Informe de 25 de mayo de 2006 al anteproyecto de Ley de contratos del Sector público: *"Este artículo del anteproyecto ya no recoge la regla de apertura de las proposiciones en acto público como regla general, sino únicamente en el*

Ref.: SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 2/2009

caso de que así se haya previsto en el pliego o indicado en el anuncio. Se ha observado, y el Consejo de Estado también lo considera así, que resulta más respetuoso con el principio de transparencia –que, por lo demás, el anteproyecto introduce por primera vez de forma expresa (artículo 123) – el mantenimiento de la vigente regla del artículo 82.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece dicha apertura en todo caso en acto público.”

Con todo lo anteriormente visto, solamente nos queda por analizar lo que deriva la LCSP a desarrollo reglamentario. Así, volviendo a la evaluación de las proposiciones en relación con los criterios sometidos a un juicio de valor y de forma previa a los restantes criterios, el Art. 134.2 establece que *“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.”*

Como ya viene siendo habitual en esta Ley, su aplicación y, por ende, su interpretación es tarea ardua. Los términos “supuestos y condiciones”, ¿significa que pueda haber supuestos en los que el licitador no pueda saber esta evaluación hasta la resolución de adjudicación provisional? ¿Es lícito conforme a los principios del Art. 123 que establece el de transparencia, establecer supuestos en los que “a priori” de la adjudicación provisional los licitadores no sepan cuál va a ser la evaluación y en otros sí? En otras palabras, ¿puede establecerse regímenes de publicidad distintos según los casos?.

Asimismo, hay que concluir que el texto, cuando alude a los supuestos en los que “deba hacerse pública la evaluación”, deja clara constancia de que se refiere únicamente al resultado de la evaluación de la parte de la proposición que atienda a los criterios basados en juicios de valor, y no a la apertura del sobre que la contenga, evaluación que puede o no efectuarse en el mismo acto público de apertura de las ofertas económicas, de acuerdo con lo que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares y siempre que no se entre en franca contradicción con el Art. 129 anteriormente citado, que preserva el secreto de la proposición hasta ese momento.

De otra parte, llama la atención que se derive a un futuro desarrollo reglamentario una cuestión tan esencial como es la publicidad, y que se aluda, además, a algo que por sí no necesitaría desarrollo por la propia concreción del Art. 134, cual es “la forma de presentación de proposiciones”. Claro está del propio artículo que el procedimiento per se obliga a que el licitador presente en sobres diferenciados los criterios cuantificables y los criterios basados en un juicio de valor. Si a ello añadimos el sobre de documentación que acompaña a la proposición, ya son tres. Veamos pues, a título orientativo, lo que dice el

Ref.: SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 2/2009

borrador de 02/12/2008, del Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP al respecto, actualmente en tramitación, en su Art. 44 apartados 2, 3 y 5:

"2. La documentación relativa a los criterios cuya valoración 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 su valoración.

3. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones, se llevara a cabo en un acto, que podrá no ser de carácter público. Su celebración deberá tener lugar inmediatamente a continuación de la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, siempre que resulte posible por no ser precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación, o una vez concluido el plazo concedido para realizar ésta en caso contrario. En este acto, 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.

5. Si en los pliegos de cláusulas administrativas particulares no se dispone otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición.

En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor."

De la lectura de tales preceptos y de lo expuesto, entendemos que el pliego de cláusulas administrativas es el que debe fijar los siguientes extremos:

- 1.- Establecimiento de sobres distintos para los criterios basados en juicios de valor y los cuantificables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. Lo cual debe determinar que la inclusión en el sobre correspondiente de los criterios basados en juicios de valor de criterios cuantificables, determinaría la exclusión del licitador. Lo que deberá asimismo, determinarse en los pliegos.
- 2.- La apertura pública o no del sobre que contiene la parte de la proposición que atiende a los criterios basados en un juicio de valor.
- 3.- El momento en el que deba hacerse pública la evaluación de tales criterios dependientes de un juicio de valor.

Ref.: SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 2/2009

Criterios todos ellos que, con la redacción del Art., 134.1 y 2, 144, y 129 de la LCSP, pueden aplicarse sin necesidad de desarrollo reglamentario.

Lo conflictivo del Art. 134.2 no son estos extremos, sino la obligación de constituir un comité de expertos con cualificación apropiada para evaluar las proposiciones en relación con los criterios basados en un juicio de valor, pues deben ser *independientes del órgano proponente del contrato*, término éste que no tiene conceptualización en la LCSP y requisito que puede no estar al alcance de todas las Administraciones; o bien de encomendar dicha evaluación a un *organismo técnico especializado*, para lo que es necesario, primero, que exista tal organismo y, segundo, que esté disponible para ello.

El borrador de reglamento citado prevé solamente una norma que no tendrá carácter básico en la que indica que dichos expertos, en número no inferior a tres, serán técnicos cualificados por su titulación y ajenos al órgano que propone el contrato, pero dentro del mismo departamento ministerial u organismo contratante, cuando ello sea posible. Evidentemente ajusta "órgano proponente" a la organización de la Administración del Estado, pero ¿qué ocurre cuando no existen órganos proponentes en el sentido apuntado por el reglamento? Se podría crear una diversidad de procedimientos según la organización de cada poder adjudicador. A mayor abundamiento, como hemos visto a lo largo del presente Informe, la Comisión Europea interpretó la procedencia de esos expertos como "independientes del poder adjudicador."

De todas las consideraciones anteriormente expuestas, podemos llegar a las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en los que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia de ello en el expediente, es de plena aplicación en virtud de la Ley de Contratos del Sector Público y en los términos que establecen los artículos 134.2, 144.1 de la citada Ley. Por lo que nada impide que los pliegos de cláusulas administrativas establezcan las necesarias para su aplicación, siempre y cuando se ajusten a los principios de igualdad de trato y no discriminación, transparencia y objetividad, así como al mantenimiento del secreto de las proposiciones u ofertas hasta el momento de la licitación pública al que se refiere el artículo 129 de la misma Ley.

Ref.: SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 2/2009

SEGUNDA.- El desarrollo reglamentario a que hace referencia el Art. 134.2 in fine, en tanto en cuanto afecta a la forma de presentación de proposiciones y a la forma en que debe hacerse pública la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor, cuando éstos existan, no empee la aplicación de las normas y principios de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 129, debe entenderse que las proposiciones han de mantener su carácter secreto hasta que se celebre el acto público de apertura de los sobres que las contengan.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

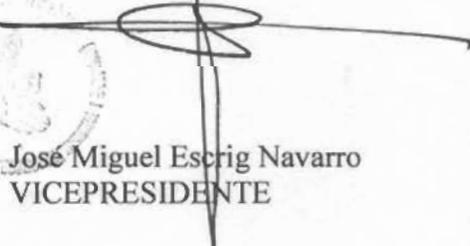
LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

VºBº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(p.s. Art.1.1.a) Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/7/2001)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA en
fecha 6 de abril de 2009