

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

INFORME 2/2009, DE 6 D'ABRIL. APLICABILITAT PRÉVIA AL DESPLEGAMENT REGLAMENTARI DE L'ART. 134 DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

ANTECEDENTS

Amb data 27 de gener del 2009 ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe per l'Ajuntament de Mislata, amb el següent tenor literal:

“Basant-se en el que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, pel que es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (DOGV núm. 3.767, de 8 de juliol), se sol·licita informe sobre les qüestions següents:

Primera: Si, en data de hui, fins que no es dicten les normes de desplegament de la Llei de Contractes del Sector Públic (núm. 30, de 30 d'octubre del 2007) i en tant continue vigent el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (Reial Decret 1.098/2001, de 12 d'octubre) per efecte del que estableix "a sensu contrari" en la Disposició derogatòria única de l'Esmentada Llei de Contractes del sector Públic, deu entendre's ja com aplicable i exigible en dret el que disposa l'article 134, apartat 2, paràgraf segon, de la mateixa Llei en quant es referix a la necessitat realitzar "les avaluació de les ofertes d'acord amb els criteris quantificables per mitjà de la mera aplicació de fórmulas" "després d'efectuar prèviament la d'aquells altres criteris en què no concórrega esta circumstància, deixant-se constància d'això en l'expedient".

Segona: Si, en conjunt, la remissió "a les normes de desplegament reglamentari d'esta Llei" implica així mateix que queda suspesa per la pròpia Llei de Contractes del Sector Públic la vigència d'allò que s'ha disposat en el seu article 134.2, paràgraf primer, en quant es referix a la necessitat constituir un comitè d'experts "quan en una licitació que se seguisca per un procediment obert o restringit s'atribuïska als criteris avaluable de forma automàtica per aplicació de formules una ponderació inferior a la corresponent als criteris la quantificació de la qual depenga d'un juí de valor".

Amb tot això, es prega d'eixa Junta que emeta un informe sobre les qüestions plantejades, tan ràpidament com siga possible.”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'establiment de criteris no quantificables per mitjà de formules matemàtiques i la seua avaluació, no és quelcom nou en la contractació pública; la novetat que la Llei de Contractes del Sector Públic (LCSP) introduïx és la remissió al comitè d'experts independents, o a organismes qualificats, quan la ponderació d'estos criteris siga superior als quantificables matemàticament.

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

Tampoc és nou que estos criteris “basats en un juí de valor” (en l'avantprojecte al·ludia a “criteris subjectius”) es donen en la contractació pública quan es tracta de seleccionar l'oferta econòmicament més avantatjosa. Tant la Directiva 2004/18/CE com la Llei al·ludixen a una pluralitat de criteris com la rendibilitat, el valor tècnic, el termini d'execució etc...El determinant sempre és que estos criteris siguen objectius i no donen un poder de decisió il·limitat per a seleccionar l'oferta. De fet la Comissió Europea en informe de 12 de desembre del 2006 a l'Avantprojecte de LCSP, va dir textualment: *“Pel que afecta l'avaluació de les ofertes d'acord amb criteris discrecionals i subjectius per un comitè d'experts independents del poder adjudicador, la llei deuria, en primer lloc, definir i establir criteris per a la fixació d'eixos criteris discrecionals i subjectius. Eixos criteris han de respectar la jurisprudència del TEJ i no atorgar als poders adjudicadors llibertat plena per a seleccionar una oferta o una altra.*

Respecte a la intervenció del comitè d'experts, i l'avaluació a realitzar, el TJUE en Sentència de 18 d'octubre del 2001, assumpte C-19/00, (SIAC Construction Ltd.) determina que permet a una entitat adjudicadora que haja decidit adjudicar un contracte a l'oferta econòmica més avantatjosa, adjudicar-lo al licitador que haja formulat l'oferta el cost final del qual puga ser el menys elevat segons el dictamen professional d'un pèrit, sempre que es respecte la igualtat de tracte dels licitadors, la qual cosa suposa que es garantisca la transparència i l'objectivitat del procediment i en particular:

- que el referit criteri d'adjudicació s'haja mencionat clarament en l'anunci de licitació o en el plec de condicions, i
- que el dictamen professional es base, en tots els punts essencials, en factors objectius considerats, d'acord amb les normes que regixen en eixe camp, pertinents i adequats per a l'apreciació duta a terme.

Una vegada determinat com han d'establir-se els criteris no quantificables hem de considerar a continuació si, amb la lectura íntegra de l'article 134, pot aplicar-se en tota la seua extensió o ha d'esperar-se al desplegament reglamentari a este efecte assenyalat, com a reflectix l'Ajuntament consultant.

L'Art. 134.2, després d'establir que haurà d'encomanar-se a un comitè d'experts o a un organisme especialitzat l'avaluació dels criteris la quantificació del qual depenga d'un juí de valor, quan els criteris d'adjudicació quantificables de forma automàtica tinguen atribuïda una importància inferior a la d'aquells, determina també en el seu tercer paràgraf que *“L'avaluació de les ofertes d'acord amb els criteris quantificables per mitjà de la mera aplicació de fórmules es realitzarà després d'efectuar prèviament la d'aquells altres criteris en què no concórrega esta circumstància, deixant-se constància documental d'això.”*

Per tant, la LCSP no deriva a un futur desplegament reglamentari que l'avaluació de les ofertes que responguen a criteris basats en juís de valor ha de fer-se en la forma indicada i prèviament a la dels criteris quantificables, esta qüestió no necessita desplegament reglamentari. A continuació obliga a “deixar constància documental”. Evidentment, haurà de precisar-se en el plec de clàusules administratives tot el que es referix a este aspecte.

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

Així mateix, hem de tindre en compte altres preceptes de la Llei que guarden relació amb l'anterior. En este sentit, l'Art. 129 al·ludix al secret de la proposició en el seu apartat 2 i obliga a arbitrar els mitjans per a garantir este secret fins a la "licitació pública". Conjugant ambdós preceptes queda clar que la documentació relativa als criteris que responguen a un juí de valor no pot obrir-se alhora que la documentació administrativa que acompanya a la proposició, regulada en l'Art. 130 de la LCSP, perquè de no admetre un licitador, una part de la seua oferta quedaria oberta trencant així aquell principi. Per tant, l'obertura de la documentació relativa a estos criteris haurà de fer-se quan es tinga constància dels licitadors admesos i exclosos prèviament.

La pregunta de rigor, a continuació, és si s'ha d'efectuar en acte públic l'obertura d'estos criteris, que com hem vist formen part de la 'proposició' que ha de mantindre's en secret fins al moment de la licitació pública, d'acord amb el que disposa l'article 129. Doncs bé, de conformitat amb el que estableix l'Art. 144.1, *in fine*, de la LCSP, este assenyala que "en tot cas, l'obertura l'oferta econòmica es realitzarà en acte públic", excepte en les licitacions per mitjans electrònics. Cal indicar que este aspecte, que en l'avantprojecte de la Llei venia a donar un gir copernicà a l'anterior regulació que obligava a l'obertura pública de les proposicions, va ser objecte de crítica pel Consell d'Estat en el seu informe de 25 de maig del 2006 a l'avantprojecte de Llei de contractes del Sector públic: *"Este article de l'avantprojecte ja no arreplega la regla d'obertura de les proposicions en acte públic com a regla general, sinó únicament en el cas que així s'haja previst en el plec o indicat en l'anunci. S'ha observat, i el Consell d'Estat també ho considera així, que resulta més respectuós amb el principi de transparència –Que, d'altra banda, l'avantprojecte introduïx per primera vegada de forma expressa (article 123) – El manteniment de la vigent regla de l'article 82.1 del text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, que estableix la dita obertura en tot cas en acte públic."*

Amb tot l'anteriorment vist, només ens queda per analitzar el que deriva la LCSP a desplegament reglamentari. Així, tornant a l'avaluació de les proposicions en relació amb els criteris sotmesos a un juí de valor i de forma prèvia als restants criteris, l'Art. 134.2 estableix que *"les normes de desplegament d'esta Llei determinaran els supòsits i condicions en què haja de fer-se pública tal avaluació prèvia, així com la forma en què hauran de presentar-se les proposicions per a fer possible esta valoració separada."*

Com ja ve sent habitual en esta Llei, la seua aplicació i, per tant, la seua interpretació és tasca àrdua. Els termes "supòsits i condicions", significa que puga haver-hi supòsits en què el licitador no puga saber esta avaluació fins a la resolució d'adjudicació provisional? És lícit d'acord amb els principis de l'Art. 123 que estableix el de transparència, establir supòsits en què "a priori" de l'adjudicació provisional els licitadors no sàpien quin serà l'avaluació i en altres sí.? En altres paraules, pot establir-se règims de publicitat distints segons els casos?

Així mateix, cal concloure que el text, quan al·ludix als supòsits en què "haja de fer-se pública l'avaluació", deixa clara constància que es referix únicament al resultat de l'avaluació de la part de la proposició que atenga als criteris basats en juís de valor, i no a l'obertura del sobre que la continga,

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

avaluació que pot o no efectuar-se en el mateix acte públic d'obertura de les ofertes econòmiques, d'acord amb el que establisca el plec de clàusules administratives particulars i sempre que no s'entre en franca contradicció amb l'Art. 129 anteriorment citat, que preserva el secret de la proposició fins a eixe moment.

D'una altra part, crida l'atenció que es derive a un futur desplegament reglamentari una qüestió tan essencial com és la publicitat, i que s'al·ludisca, a més, a quelcom que per si no necessitaria desenrotllament per la pròpia concreció de l'Art. 134, qual és "la forma de presentació de proposicions". Clar està del propi article que el procediment per si mateix obliga a que el licitador presente en sobres diferenciats els criteris quantificables i els criteris basats en un juí de valor. Si a això afegim el sobre de documentació que acompanya a la proposició, ja són tres. Vegem perquè, a títol orientatiu, el que diu l'esborrany de 02/12/2008, del Reial Decret de desenrotllament parcial de la LCSP respecte d'això, actualment en tramitació, en el seu Art. 44 apartats 2, 3 i 5:

"2. La documentació relativa als criteris la valoració de la qual depenga d'un juí de valor ha de presentar-se en tot cas en sobre independent de la resta de la proposició a fi d'evitar el coneixement d'esta última abans que s'haja efectuat la seua valoració.

3. A estos efectes, l'obertura de tals documentacions, es duiguera a terme en un acte, que podrà no ser de caràcter públic. La seua celebració haurà de tindre lloc immediatament a continuació de l'obertura de la documentació administrativa a què es referix l'article 130 de la Llei de Contractes del Sector Públic, sempre que resulte possible per no ser necessària l'esmena d'errors o omissions en la documentació, o una vegada conclòs el termini concedit per a realitzar esta en cas contrari. En este acte, s'obrirà el sobre corresponent als criteris no quantificables automàticament entregant-se a l'òrgan encarregat de la seua valoració la documentació continguda en el mateix; així mateix es deixarà constància documental de tot el que actua.

5. Si en els plecs de clàusules administratives particulars no es disposa una altra cosa quant a l'acte en què haja de fer-se pública la valoració dels criteris dependents d'un juí de valor, es donarà a conèixer en l'acte públic d'obertura de la resta de la documentació que integre la proposició.

En tot cas, la valoració dels criteris quantificables de forma automàtica s'efectuarà sempre després de la d'aquells la quantificació de la qual depenga d'un juí de valor."

De la lectura de tals preceptes i d'allò que s'ha exposat, entenem que el plec de clàusules administratives és el que ha de fixar els punts següents:

1.- Establiment de sobres distints per als criteris basats en juís de valor i els quantificables per mitjà de l'aplicació de fórmules matemàtiques. La qual cosa ha de determinar que la inclusió en el sobre corresponent dels criteris basats en juís de valor de criteris quantificables, determinaria l'exclusió del licitador. El que deurà així mateix, determinar-se en els plecs.

2.- L'obertura pública o no del sobre que conté la part de la proposició que atén als criteris basats en un juí de valor.

3.- El moment en què haja de fer-se pública l'avaluació de tals criteris dependents d'un juí de valor.

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

Criteris tots ells que, amb la redacció de l'Art., 134.1 i 2, 144, i 129 de la LCSP, poden aplicar-se sense necessitat desplegament reglamentari.

El conflictiu de l'Art. 134.2 no són estos extrems, sinó l'obligació de constituir un comitè d'experts amb qualificació apropiada per a avaluar les proposicions en relació amb els criteris basats en un juí de valor, **perquè han de ser independents de l'òrgan proponent del contracte, terme este que no té conceptualització en la LCSP i requisit que pot no estar a l'abast de totes les Administracions; o bé d'encomanar la dita avaluació a un organisme tècnic especialitzat, per al que és necessari, primer, que existisca tal organisme i, segon, que estiga disponible per a això.**

L'esborrany de reglament citat preveu només una norma que no tindrà caràcter bàsic en què indica que dites expertes, en nombre no inferior a tres, seran tècnics qualificats per la seua titulació i aliens a l'òrgan que proposa el contracte, però dins del mateix departament ministerial o organisme contractant, quan això siga possible. Evidentment ajusta "òrgan proponent" a l'organització de l'Administració de l'Estat, però què ocorre quan no hi ha òrgans proponents en el sentit apuntat pel reglament? Es podria crear una diversitat de procediments segons l'organització de cada poder adjudicador. Amb més motiu, com hem vist al llarg del present informe, la Comissió Europea va interpretar la procedència d'eixos experts com "independents del poder adjudicador."

De totes les consideracions anteriorment exposades, podem arribar a les següents

CONCLUSIONS

PRIMERA.- L'avaluació de les ofertes d'acord amb els criteris quantificables per mitjà de la mera aplicació de fórmules, després d'efectuar prèviament la d'aquells altres criteris en què no concórrega esta circumstància, deixant-se constància d'això en l'expedient, és de plena aplicació en virtut de la Llei de Contractes del Sector Públic i en els termes que estableixen els articles 134.2, 144.1 de l'Esmmentada Llei. **Pel que gens impediex que els plecs de clàusules administratives establisquen les necessàries per a la seua aplicació, sempre que s'ajusten als principis d'igualtat de tracte i no discriminació, transparència i objectivitat, així com al manteniment del secret de les proposicions o ofertes fins al moment de la licitació pública a què es referix l'article 129 de la mateixa Llei.**

SEGONA.- El desplegament reglamentari a què fa referència l'Art. 134.2 *in fine*, en tant que afecta la forma de presentació de proposicions i a la forma en què ha de fer-se pública l'avaluació dels criteris dependents d'un juí de valor, quan estos existisquen, no obsta l'aplicació de les normes i principis de la Llei de Contractes del Sector Públic, si bé ha de tindre's en compte que, d'acord amb el que disposa el seu article 129, ha d'entendre's que les proposicions han de mantindre el seu caràcter secret fins que se celebre l'acte públic d'obertura dels sobres que les continúen.

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

El present informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel que es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

VºBº
EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(p.s. Art.1.1.a) Orde d'11 de juny del 2001
DOGV 17/7/2001)

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA en data 6 d'abril del
2009

José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENT