

RECIBIDO EN
REGIMEN DE SESIONES

- 6 OCT. 2011



AYUNTAMIENTO DE
VELEZ-MÁLAGA

AREA DE CONTRATACIÓN

DECRETO Nº 5266 /2011

ASUNTO : RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE CONSTRUCTORES Y PROMOTORES CONTRA EL PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE DESDOBLAMIENTO DEL CAMINO DEL HIGUERAL (EXP.O.04.11).». (EXP. ED.36.11).

Teniendo en cuenta los siguientes **ANTECEDENTES** :

I.- Por Decreto del Alcalde nº 4333/2011 de fecha 10 de agosto, se acordó aprobar el expediente para la contratación de las obras de referencia y en consecuencia el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que habría de regular la contratación de las prestaciones de referencia.

II.- Con fecha 25 de agosto del 2011 se publicó en el BOP de Málaga anuncio para la licitación de las obras de referencia.

III.- Con fecha de registro de entrada 21 de septiembre de 2011 por la Asociación Provincial de Constructores y Promotores (APCP) se interpuso recurso de reposición contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador de dicha contratación fundamentado en dos argumentos:

. Que el criterio de valoración de carácter subjetivo nº 1 no es ajustado a derecho por vulnerar el contenido del art. 131 en relación con el 134 de la LCSP pues no se cumplen los requisitos exigidos por dicha disposición.

. Que el criterio de valoración de carácter objetivo nº 2 no es ajustado a derecho por vulnerar el artículo 134 de la LCSP. pues:

. nada tiene que ver con el objeto del contrato.

. y que dicho criterio depende de la existencia de un previo criterio subjetivo, pareciendo que la finalidad del mismo es disponer de dinero para destinarlo a la ejecución de prestaciones que puede que ni tengan que ver con el objeto del contrato.

IV.- Según certificación del Jefe de Servicio del Área de Contratación de fecha 4 de octubre del 2011, una vez transcurrido el plazo de presentación de proposiciones se presentaron 27 ofertas.

V.- Con fecha 4 de octubre de 2011 por el Jefe de Servicio del Área de Contratación se elaboró INFORME 19/11, de 4 de octubre de 2011, sobre « RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE CONSTRUCTORES Y PROMOTORES CONTRA EL PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE DESDOBLAMIENTO DEL CAMINO DEL HIGUERAL (EXP.O.04.11).» y en el que expresamente se hace constar :

"1º.- LEGITIMACIÓN :

Procede en primer lugar analizar si la Asociación Provincial de Constructores y Promotores de Málaga cuenta o no con legitimación para interponer un recurso de reposición contra la aprobación de un Pliego de Clausulas Administrativas Particulares por éste Ayuntamiento.

En éste sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la legitimación para impugnar las decisiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos públicos.

La regla general es que solo puede impugnar las decisiones en materia contractual aquella persona que participa en la licitación, con la consecuencia de la inadmisión de los recursos de quienes no participaron. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005:

"Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS. 7-3-2001 [RJ 2001\1842] citada por la de 4-6-2001 [RJ 2001\8882]), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses,...."

Sin embargo, la anterior regla general admite excepciones y se reconoce la legitimación para impugnar la convocatoria o el pliego de quien teniendo interés legítimo no ha participado en la licitación. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal supremo de 5 de junio de 2005 al declarar:

«Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 RCL 1998\1741 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1998\1741) y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a unas determinada empresa, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad..."

Por lo tanto la legitimación para impugnar exige ser licitador, o bien ser un potencial licitador, aunque, finalmente, no participe en la misma.

En este punto, cabe hacer referencia a la legitimación de entidades que ni participan en la licitación, ni son licitadores potenciales, por tratarse de organizaciones representativas de intereses económicos, sociales o profesionales que actúan en beneficio de sus asociados, (como puede ser la de la Asociación Provincial de Constructores y Promotores, firmante del recurso interpuesto). Su legitimación también ha sido reconocida pero es precisa una vinculación directa entre el objeto de sus asociados y el objeto del contrato.

Así, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha nº 238/2007, de 24 de mayo reconoce legitimación activa, por ostentar un interés legítimo, a una asociación de empresarios de la construcción para impugnar la resolución por la que se anuncia la licitación del contrato de obra del sistema de gestión integral de los residuos inertes, escombros y restos de obras de una Mancomunidad, declarando que:

«En cuanto a la legitimación activa de la parte recurrente, planteada por esta Sala como tesis, la misma debe ser rechazada admitiéndose la efectiva legitimación de la actora para formular el recurso. Y ello tanto por ser éste el precedente de la Sala adoptado en la sentencia citada de 12 de enero de 2001 (sic.) (RJCA 2000\332) como por efectivamente apreciarse en la persona de la

recurrente un evidente interés en el ejercicio de la acción, no por cuanto que la misma haya sido o pretenda ser adjudicataria del contrato, como por los concretos intereses de sus asociados, los cuales resultan evidentemente perjudicados como consecuencia de unos requisitos de clasificación que no pueden cumplir. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha núm. 238/2007, de 24 de mayo (RJCA 2007\604),

La referida sentencia de esta misma Sala, establece en cuanto a la legitimación de la recurrente en un asunto similar, luego confirmada por el Tribunal Supremo que: "En efecto, si se considera que la Asociación tiene como finalidad la defensa de los intereses de sus asociados no cabe la menor duda de que esos intereses se defienden haciendo valer un recurso frente a un pliego de condiciones en el que están llamados a participar empresarios del ramo profesional en cuestión por considerarlo contrario a derecho pues es lógico pensar que se aseguran mejor los intereses de todos en general si se respeta el Ordenamiento jurídico sin que dicho interés legítimo se difumine por el hecho de que el pliego no favorezca, beneficie o interese a alguno o algunos, pues la Asociación debe defender los de todos en general y desde luego que los defenderá mejor o más equitativamente si lo hace desde la perspectiva de la defensa de los derechos del conjunto. Quien tiene que apreciar si el recurso beneficia en concreto a la defensa de los intereses de todos es el órgano llamado legal o estatutariamente a decidir el ejercicio de las acciones oportunas pero desde el punto de vista del proceso es claro que la legalidad de un pliego de condiciones de un contrato administrativo de obras beneficia o afecta a los intereses que una Asociación de este tipo está llamada a defender y en consecuencia ha de reconocérsele un interés legítimo en el recurso en el sentido que hoy además confirma el artículo 19.1 a) y b) RCL 1998\1741 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/1998, de 13 de julio"».

Así pues, y a la vista de los argumentos expresados por la Jurisprudencia y recogidos en el presente informe es evidente que la Asociación Provincial de Constructores y Promotores se encuentra legitimada para interponer el recurso de reposición por tratarse de una organización representativa de intereses económicos, sociales o profesionales que actúan en beneficio de sus asociados, aún así, y a juicio de éste Técnico, si tenemos en cuenta que 9 de las empresas presentadas a la licitación forman parte de dicha Asociación (comprobado a través de su página web) han considerado correcto desde un punto de vista jurídico el pliego de condiciones aprobado al no haberlo impugnado, podría ser cuestionable que dicha Asociación contara ahora con legitimación para interponer dicho recurso y ello porque son sus propios asociados (sobre los que no existe dudas de su legitimación preferente para impugnar el Pliego) los que no han impugnado el Pliego dándolo por válido, y en cambio si lo ha hecho la Asociación, la cual solo tiene legitimidad pero exclusivamente cuando defiende los intereses de sus asociados; Asociados que (por regla general son los únicos que pueden impugnar las decisiones en materia contractual pues son los que pueden participar en la licitación) y que en supuesto objeto de estudio no han avalado con su actuación la posición de la Asociación (la cual solo cuenta con legitimación como excepción).

No obstante lo anterior y aceptando la legitimación de la Asociación se procede también al análisis de los argumentos planteados en su recurso.

2º.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Dos son los argumentos esgrimidos por la Asociación para impugnar el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares regulador de dicha contratación y que van a ser analizados a continuación :

a). Que el criterio de valoración de carácter subjetivo nº 1 no es ajustado a derecho por vulnerar el contenido del art. 131 en relación con el 134 de la LCSP pues no se cumplen los requisitos exigidos por dicha disposición.

b). Que el criterio de valoración de carácter objetivo nº 2 no es ajustado a derecho por vulnerar el artículo 134 de la LCSP. pues:

. nada tiene que ver con el objeto del contrato.

. y que dicho criterio depende de la existencia de un previo criterio subjetivo, pareciendo que la finalidad del mismo es disponer de dinero para destinarlo a la ejecución de prestaciones que

puede que ni tengan que ver con el objeto del contrato.

a). Que el criterio de valoración de carácter subjetivo n° 1 no es ajustado a derecho por vulnerar el contenido del art. 131 en relación con el 134 de la LCSP pues no se cumplen los requisitos exigidos por dicha disposición.

Si leemos con atención el recurso interpuesto en él solo se afirma de forma genérica que se vulnera el contenido del art. 131 en relación con el 134 de la LCSP pues no se cumplen los requisitos exigidos por dicha disposición, sin especificar cual o cuales de los requisitos exigidos son los que no se cumplen.

Eso sí, se indica en el recurso (siguiendo el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 59/2009 de 26 de febrero) que es necesario que los pliegos establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles "debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato".

A la vista de estas manifestaciones y de la cita de dicho informe, cabe puntualizar :

1º.- Que las mejoras sí figuran detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y concretamente en el APARTADO (K) del Documento Anexo I al Pliego de Clausulas Administrativas Particulares y en el anexo III del dicho Pliego.

2º.- Con expresión de sus requisitos. Así, no solo en la Cláusula 13 del PCAP se señalan los requisitos que se exigen para que los licitadores presenten variantes, mejoras y/o prestaciones adicionales, sino que también en el el APARTADO (K) del Documento Anexo I al Pliego de Clausulas Administrativas Particulares se exige que las mismas solo vengan referidas a unidades de obra relacionadas con el proyecto o en el ámbito de actuación de la misma y zonas colindantes.

3º.- Se señalan los límites: En este punto, en el APARTADO (K) del Documento Anexo I al Pliego de Clausulas Administrativas Particulares (que es donde, con arreglo a la Clausula 13 del PCAP deben señalarse el numero maximo de prestaciones adicionales que pueden ofertarse los licitadores) se concretan el número máximo de prestaciones adicionales que se pueden ofrecer en el presente contrato , siendo estas (textualmente) ilimitadas.

4º.- Se señalan las modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente. Así, en el anexo III del PCAP impugnado es donde se señalan los criterios de adjudicación que se utilizan en el presente contrato junto con la ponderación que se le asigna, así como la documentación técnica que se requiere en orden a la aplicación, justificación y valoración de dichos criterios, y por tanto es donde se señalan las modalidades y características que permitan identificar suficientemente las prestaciones adicionales ofertadas, de tal forma que si dicha documentación no se presenta no se obtendrá valoración alguna del respectivo criterio.

Por otra parte hay que tener en cuenta que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cumple lo dispuesto en el art 134.2 de la LCSP, al considerar la prestación adicional como un juicio de valor, es decir como un criterio subjetivo, y que sera el órgano de contratación el que deberá valorar atendiendo a la forma de valoración descrita en el Pliego. Criterios subjetivos que como tales, permiten a la Administracion gozar de un margen de discrecionalidad, que no de arbitrariedad. Para ello, el Pliego y con la finalidad de afinar en este criterio detalla y describe la forma de valoración.

Por tanto no puede mantenerse la afirmación de que en la presente licitación no se cumplen los requisitos señalados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009 de 26 de febrero, por lo que procede rechazarla.

b). Que el criterio de valoración de caracter objetivo n° 2 no es ajustado a derecho por vulnerar el artículo 134 de la LCSP. pues:

. nada tiene que ver con el objeto del contrato.

. y que dicho criterio depende de la existencia de un previo criterio subjetivo, pareciendo que la finalidad del mismo es disponer de dinero para destinarlo a la ejecución de prestaciones que puede que ni tengan que ver con el objeto del contrato.

A la vista de la citada alegación procede puntualizar :

. Sobre que nada tiene que ver con el objeto del contrato , solo recordar que en el APARTADO (K) del Documento Anexo I al Pliego de Clausulas Administrativas Particulares se recoge textualmente que las prestaciones adicionales que se oferten "Solo se admite respecto de: unidades de obra relacionadas con el proyecto o en el ámbito de actuación de la misma y zonas colindantes".

Por lo tanto es difícil poder aceptar la alegación de que dichas prestaciones adicionales nada tienen que ver con el objeto del contrato, y por lo tanto la misma debe ser rechazada.

Respecto a que dicho criterio depende de la existencia de un previo criterio subjetivo, esto es cierto y evidente, y ello no supone conculcar o incumplir ninguna disposición en materia de contratación administrativa por lo que la alegación en este punto tampoco puede sostenerse.

Y por ultimo la afirmación de que parece que la finalidad del mismo es disponer de dinero para destinarlo a la ejecución de prestaciones que puede que ni tengan que ver con el objeto del contrato, ya de por sí mas que la formulación de una alegación es la formulación de una suposición. Suposición que decae en el momento que se pone de manifiesto que en el APARTADO (K) del Documento Anexo I al Pliego de Clausulas Administrativas Particulares recoge textualmente que las prestaciones adicionales que se oferten "Solo se admite respecto de: unidades de obra relacionadas con el proyecto o en el ámbito de actuación de la misma y zonas colindantes" y cuando en la clausula 13 del PCAP referida a variantes o mejoras se señala que estas deben tener relación directa con el objeto del contrato.

Por otra parte se debe destacar tambien que el compromiso del licitador de poner a disposición del Órgano Contratante el valor económico de las prestaciones adicionales propuestas para acometer otras prestaciones que considere más convenientes es un criterio objetivo en si mismo. Asi todo licitador que presente este compromiso obtendrá la máxima puntuación.

No obstante todo lo anterior se debe traer a colación el **Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre "Motivación en la aplicación de los criterios de valoración de ofertas. Valoración de variantes o mejoras" en el que se recoge expresamente :**

".... Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, **se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación** -posibilidad expresamente recogida en los pliegos concretos aportados en la documentación- siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato. Pues bien, las simples referencias contenidas en sus pliegos a «Mejoras de las características técnicas y funcionales de la obra, considerando fundamentalmente los aspectos de cantidad y calidad de las capas de suelo y afirmado, debiendo de determinarse expresamente el costo, que será en todo caso por cuenta del contratista (entre 0 y 10 puntos)», o «PROPUESTAS DE VARIANTES Y/O MEJORAS (Entre 0 y 12 puntos)...se aceptaran propuestas de variantes y/o mejoras en los aspectos ambientales, técnicos, económicos, estéticos o funcionales, sin que afecten a la esencia de lo proyectado, las cuales deberán justificarse, así como precisar si es el licitador quien se hace cargo del coste de la modificación propuesta o es la Administración... (entre 0 y 12 puntos)» no cumplen el requisito mencionado, al pretender valorar la ejecución adicional y gratuita por parte del contratista de obras adicionales sin que previamente se haya concretado en el pliego la forma en la que deben valorarse, a efectos de seleccionar la oferta económicamente mas ventajosa .

Vuelve a ser en este punto interesante recoger el criterio de los OCEX sobre la concreta cuestión,

y así, volviendo al reseado informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía, indicar que en el mismo literalmente se señala: «Debe recordarse que las mejoras como criterio de valoración de las ofertas serían admisibles si se las objetiva, es decir, debe indicarse su contenido mediante la relación de los aspectos concretos de las ofertas sobre las que podrán recaer. Asimismo deben estar cuantificadas, pormenorizándose su importancia respectiva mediante la indicación de cómo serán baremadas cada una en el concurso, de lo contrario se produce un grado de discrecionalidad y de subjetividad en la valoración de las ofertas por la Mesa de contratación o por la comisión técnica, aspecto que pudiera contrariar el contenido del artículo 86 LCSP».

Por lo que visto también el contenido de dicho informe 1/2011, solo cabe concluir que como quiera que dichas mejoras están cuantificadas en el Pliego y concretadas su forma de valoración, están detalladas señalando sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente y guardan además relación directa con el objeto del contrato como así se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente informe, procede rechazar las alegaciones formuladas por la Asociación Provincial de Constructores y Promotores.

3.- CONCLUSIONES

A la vista del contenido del presente informe, de los informes y documentos que obran en el expediente y de la normativa citada se formulan las siguientes **CONCLUSIONES:**

Primera.- Vistas las alegaciones formuladas por la Asociación Provincial de Constructores y Promotores (APCP) en el recurso de reposición interpuesto contra el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares con fecha de registro de entrada 21 de septiembre de 2011 estas deben ser rechazadas por cuanto:

.- es difícil poder aceptar la alegación de que dichas prestaciones adicionales nada tienen que ver con el objeto del contrato.

.- respecto a que del criterio objetivo depende de la existencia de un previo criterio subjetivo, siendo esto cierto y evidente, ello no supone conculcar o incumplir ninguna disposición en materia de contratación administrativa.

.- las mejoras están cuantificadas en el Pliego y concretadas su forma de valoración, están detalladas señalando sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente y guardan además relación directa con el objeto del contrato como así se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente informe, y por tanto no puede mantenerse la afirmación de que en la presente licitación no se cumplen los requisitos señalados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009 de 26 de febrero.

.- y por último la afirmación de que parece que la finalidad del criterio objetivo es disponer de dinero para destinarlo a la ejecución de prestaciones que puede que ni tengan que ver con el objeto del contrato, mas que la formulación de una alegación es la formulación de una suposición.

COMO ÓRGANO COMPETENTE DE LA CORPORACIÓN de conformidad con lo dispuesto en virtud de lo dispuesto en el artículo 114 del TRRL y de la Disposición Adicional Segunda 1ª y 7ª de la Ley 30/1007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y 114.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local,

HE RESUELTO

*** RECHAZAR** las alegaciones formuladas por la Asociación Provincial de Constructores y Promotores (APCP) en el recurso de reposición interpuesto contra el Pliego de

Clausulas Administrativas Particulares con fecha de registro de entrada 21 de septiembre de 2011 por los motivos puestos de manifiesto en los antecedentes de la presente resolución, en los informes y en los documentos que obran en el expediente

*.- **NOTIFICAR** en legal forma la presente resolución a la Asociación Provincial de Constructores y Promotores (APCP), publicándola en el perfil del contratante para general conocimiento.

En Vélez-Málaga a 4 de octubre de 2011



El Alcalde

Francisco Delgado Bonilla