

“Expediente: 9/2019

Resolución: 8/2019

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL  
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a 26 de Julio de 2019

**VISTOS** los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. M.A.G.F. en nombre y representación de la entidad mercantil **TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P.**, así como por D. J.M.E.D. en nombre y representación de **EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L.** en ambos casos contra el acto de adjudicación del contrato del “*servicio de asistencia y consultoría para la redacción de la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística del Municipio de Marbella y su Evaluación Ambiental Estratégica*” (SE 48/19), este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día **22 de enero de 2019** se publicó en la plataforma de contratación del sector público anuncio de licitación del contrato de servicio de asistencia y consultoría para la redacción de la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística del Municipio de Marbella y su Evaluación Ambiental Estratégica, mediante tramitación por procedimiento abierto, tramitación ordinaria.

El valor estimado del referido contrato según el anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público es de 2.400.125,93 euros.

A la vista del importe del valor estimado se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, habiéndose publicado anuncio de licitación el día 22 de enero de 2019 en el Diario Oficial de la Unión Europea (2019/S 015-031385).

A dicha licitación han concurrido 3 empresas, **TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P.**; **EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L.** Y **BURO 4 ARQUITECTOS S.L.P.**, entre ellas las 2 entidades mercantiles recurrentes.

**SEGUNDO.**- Con fecha **22 de febrero de 2019** se publica en la plataforma de contratación del sector público rectificación de anuncio de licitación del contrato de servicio de asistencia y consultoría para la redacción de la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística del Municipio de Marbella y su Evaluación Ambiental Estratégica en virtud del cual se amplía el plazo de presentación de ofertas hasta el 1 de Marzo de 2019 a las 23:59 horas, así como Decreto del Sr. Concejal de Hacienda y Administración Pública en virtud del cual se acuerda *“ampliar en virtud del artículo 32 LPAC el plazo concedido de presentación de ofertas en 7 días naturales, es decir, hasta el día 1 de marzo 2019 inclusive”*.

Con fecha **27 de marzo de 2019** se publica en la plataforma de contratación del sector público informe – propuesta para la ampliación del plazo de presentación de ofertas en el expediente para la contratación del servicio de asistencia y consultoría para la redacción del Plan General de Ordenación Urbanística del municipio de Marbella y su Evaluación Ambiental Estratégica, por procedimiento abierto, trámite ordinario y regulación armonizada.

**TERCERO.** - Una vez concluido el procedimiento de licitación con fecha **20 de mayo de 2019** se publica en la plataforma de contratación del sector público anuncio de adjudicación del referido contrato resultando adjudicataria la entidad mercantil BURO4 ARQUITECTOS S.L.P.

Con fecha **20 de mayo de 2019** se notifica a las licitadoras que han participado en el procedimiento de licitación el acto de adjudicación en favor de la entidad mercantil BURO4 ARQUITECTOS S.L.P.

**CUARTO.** - Con fecha **6 de junio de 2019**, se presenta en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. contra el acto de adjudicación del contrato referenciado en el encabezamiento de la presente resolución.

Con fecha **10 de junio de 2019**, se presenta en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L., contra el acto de adjudicación del contrato referenciado en el encabezamiento de la presente resolución.

En la sesión celebrada por este Tribunal el día **12 de junio de 2019** se acuerda por unanimidad de sus miembros, la admisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P., así como la comunicación al órgano de contratación de la suspensión automática de la tramitación del procedimiento de contratación (Expte.SE 48/2019), solicitando la remisión del expediente de contratación, informe en relación al recurso interpuesto por dicha entidad, así como una vez remitido el mismo, y a la vista del listado de licitadores a remitir por el órgano de contratación dar traslado del recurso especial interpuesto al resto de posibles interesados para formular alegaciones de conformidad con lo establecido en el art. 56.3 LCSP.

Con fecha **13 de junio de 2019** se da traslado por la Secretaría del Tribunal al órgano de contratación del acuerdo anteriormente referenciado, requiriendo la remisión de dicha documentación en el plazo de 2 días hábiles a través de la plataforma electrónica HELP, así como la puesta a disposición al órgano de contratación en dicha plataforma del recurso especial en materia de contratación interpuesto por dicha entidad junto con la documentación que lo acompaña.

En la sesión celebrada por este Tribunal el día **14 de junio de 2019** se acuerda por unanimidad de sus miembros presentes, la admisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto por EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L., reiterando al órgano de contratación la suspensión automática del procedimiento de contratación, al ser objeto de impugnación el acto de adjudicación, así como la remisión del expediente de contratación, informe en relación al recurso interpuesto por dicha entidad, así como una vez remitido el mismo, y a la vista del listado de licitadores a remitir por el órgano de contratación dar traslado del recurso especial interpuesto al resto de posibles interesados para formular alegaciones de conformidad con lo establecido en el art. 56.3 LCSP.

Con fecha **17 de junio de 2019** se da traslado por la Secretaría del Tribunal al órgano de contratación del acuerdo anteriormente referenciado requiriendo la remisión de dicha documentación en el plazo de 2 días hábiles a través de la plataforma electrónica HELP, así como la puesta a disposición al órgano de contratación en dicha plataforma del recurso especial en materia de contratación interpuesto por dicha entidad junto con la documentación que lo acompaña.

**QUINTO.-** Con fecha **24 de junio de 2019** se remite a este Tribunal a través de la plataforma electrónica HELP el expediente de contratación, el **25 de junio de 2019** la relación de interesados en dicho procedimiento así como informe del órgano de contratación en relación al recurso interpuesto por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P., el **28 de junio de 2019** informe del órgano de contratación en relación al recurso interpuesto por EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L., informe del comité de expertos de dicho proceso de licitación e informe del servicio técnico de la Delegación de Ordenación del Territorio y Vivienda sobre aspectos técnicos en relación a los recursos especiales presentados por sendas entidades.

**SEXTO.** - Con fecha **26 de junio de 2019** por parte de la secretaría del Tribunal en virtud de la relación de interesados remitida por el órgano de contratación, se da traslado de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos a los interesados en dicho procedimiento de licitación concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, finalizando dicho plazo el día 3 de Julio de 2019.

Con fecha **2 de Julio de 2019** se presenta ante el Registro de este Tribunal escrito de alegaciones por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. en virtud de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, oponiéndose al recurso especial interpuesto por EZQUIAGA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L. en base a las siguientes consideraciones:

- Que deniegue la declaración de nulidad del proceso de licitación solicitado en las alegaciones primera, tercera y cuarta del recurso especial presentado por la mercantil Ezquiaga Arquitectura, Sociedad y Territorio y S.L.

- Que acepte únicamente la declaración de nulidad de la resolución de 20 de mayo de 2019 del Director General de Hacienda y Administración Pública de aprobación de la adjudicación del contrato de asistencia y consultoría (para la redacción de la revisión del plan general de ordenación urbanística del municipio de Marbella y su Evaluación Ambiental Estratégica) por el motivo segundo, dado que la empresa adjudicataria no ha justificado su solvencia técnica o profesional.

- Que dicte resolución por la que estimando el recurso especial interpuesto por Territorio y Ciudad SLP el pasado 6 de junio de 2019, proceda a anular la resolución recurrida por no ser ajustada a Derecho y declarar que "Territorio y Ciudad SLP" ha presentado la mejor oferta conforme a los pliegos reguladores del concurso y que, tras la verificación de su solvencia y demás requisitos exigidos en el artículo 150.2 LCSP, debe ser reconocida como adjudicataria del contrato de asistencia y consultoría para la redacción de la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística del municipio de Marbella y su EAE.

Con fecha **3 de julio de 2019** se presenta ante el Registro de este Tribunal escrito de alegaciones por BURO 4 ARQUITECTOS S.L.P. en virtud de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, oponiéndose al recurso especial interpuesto por EZQUIAGA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L. en base a las siguientes consideraciones:

- Solicita que se rechacen las valoraciones sobre su falta de capacidad o solvencia como adjudicataria del contrato.

- Que en la sociedad recurrente concurren dos causas de exclusión en el procedimiento de licitación, y que en consecuencia carece de legitimación para la interposición del recurso.

- Que no cabe la impugnación del pliego con ocasión de la adjudicación, incluso cuando existan irregularidades en el mismo.

- Se opone al argumento relativo en cuanto a la falta de acreditación de la solvencia.

- Entiende que no ha habido vulneración procedimental, pero en el caso de que así hubiera sido, dicha irregularidad no ha tenido ningún efecto en el resultado final de la decisión del Comité de expertos ni de la mesa de contratación.

- Inexistencia de mejora en el sentido del art. 145.7 LCSP.

Con fecha **3 de julio de 2019** se presenta ante el Registro de este Tribunal escrito de alegaciones por EZQUIAGA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L. en virtud de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, en relación al recurso especial interpuesto por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. en el cual se viene a concluir que:

- Aunque en la perspectiva de la sociedad recurrente puedan parecer comprensibles las razones de su planteamiento, no lo parece en absoluto que aspire a ser adjudicataria de un procedimiento que ella misma tacha de ilegal.

Y ello porque en su recurso en las alegaciones contenidas en los ordinales tercero a sexto, promueva la nulidad de la licitación considerando que no existe justificación ni en el pronunciamiento que solicita del Tribunal, pues tanto en el desarrollo de los motivos como en el petitum interesa expresamente la nulidad de la licitación.

- Considera que los motivos de nulidad del recurso no contradicen, sino que complementan los sostenidos en su recurso, adhiriéndose a lo manifestado por la recurrente en lo relativo a la ampliación del plazo para la presentación de proposiciones y solicitudes no formalizadas de aclaración.

- El recurso no cuestiona la conformación irregular del Comité de Expertos ni aborda la problemática que suscitan varios de los criterios de adjudicación. Sin embargo, complementa lo sostenido en su recurso (alegaciones tercera y cuarta) en lo referente al cuarto criterio de adjudicación, relativo a la propuesta de un plan de control de calidad.

- El recurso de Territorio y Ciudad guarda un comprensible silencio al respecto, si bien es incontestable que la adjudicación ha operado con arreglo a un criterio abiertamente contrario al principio de no discriminación, y a otros que contravienen previsiones taxativas de la LCSP o que, por su indefinición y aplicación, inducen a la arbitrariedad. Así se verifica, en particular en las valoraciones del primer, segundo y cuarto criterio, además de en las mejoras.

Con fecha **3 de julio de 2019** se presenta ante el Registro de este Tribunal escrito de alegaciones por BURO 4 ARQUITECTOS S.L.P. en virtud de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, oponiéndose al recurso especial interpuesto por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. en base a las siguientes consideraciones:

- Que en la entidad Territorio y Ciudad S.L.P. concurre una causa de exclusión dada la participación en su equipo propuesta del Instituto Pascual Madoz y de sus miembros, en particular del Sr. Luciano Parejo, considerando que la presencia de uno de los redactores de los pliegos conforme al contrato celebrado en el expediente 0021/17, contraviene cualquier norma de transparencia e igualdad de trato, y debe ser tratado conforme previene el art. 70 LCSP, acordando la exclusión de la oferta.

- Una segunda causa de exclusión se deriva del incumplimiento de las exigencias de incompatibilidad que establecen los pliegos (cláusula 12.3 PPT, cláusula 15 PCAP), dado que Territorio y Ciudad S.L. y dentro de ellas el coordinador y el asesor jurídico de su equipo propuesto, están realizando trabajos “para actuaciones en el término municipal o en los que se incluya el término municipal”, con entidades distintas al propio Ayuntamiento.

- Que no ha habido incumplimiento de la obligación de resolver las alegaciones presentadas el día 2 de mayo de 2019.

- Que no existe falta de acreditación de la solvencia por parte de Buró 4 Arquitectos SLP.

- Que no ha existido ruptura del principio de igualdad de trato considerando que la mercantil recurrente incurre en el error de considerar que la anulación judicial del PGOU de Marbella se encuentra en la misma situación que la anulación del PGOU de Jaén.

- Que en lo relativo a la inadmisión del certificado incompleto del Arquitecto JALB, es totalmente adecuada, sin que quepa proceder a la subsanación mediante aportación del documento completo, y subsidiariamente, que se admitan los certificados de miembros del equipo de Buró 4 relativos a los méritos del técnico experto en aspectos económicos y del técnico en información geográfica, que en ambos casos pueden aportar el certificado solicitado y ya emitido por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera.

- Los técnicos aportados en el apartado de experiencia en municipios de más de 100.000 habitantes no pueden valorarse en otro apartado de la oferta.

- Deben rechazarse los méritos de los profesionales externos con respecto a los que no consta compromiso de intervención profesional, concluyendo que.

1) En ningún modo puede aceptarse como mérito la participación del Instituto Pascual Madoz o de sus miembros.

2) Por aplicación del art. 70 LCSP, procede no solo la falta de consideración del Instituto Pascual Madoz a efecto de mérito, sino también la exclusión del licitador Territorio y Ciudad por beneficiarse de contar con el redactor de los pliegos; con el resto de consecuencias procedimentales que se han designado.

- No procede excluir a Buró 4 Arquitectos SLP por no alcanzar el 50% de puntuación en cada fase, dado que en este procedimiento de contratación no hay fases.

- La certificación de calidad de las empresas licitadoras no predetermina la mejor o peor valoración del concreto plan de calidad que se presente.

- En lo relativo a las mejoras considera que existe una impugnación extemporánea del pliego, así como la inexistencia de mejora en el sentido del art. 145.7 LCSP.

- La ampliación del plazo de presentación de ofertas es correcta, considerando de un lado que se produce una impugnación extemporánea del mismo, y de otro que la ampliación potestativa del plazo de licitación es distinta a la ampliación forzosa del art. 136 y 138 LCSP.

Dichos escritos de alegaciones han sido objeto de presentación dentro del plazo legalmente establecido, debiendo señalarse que se constata que existe error en el certificado emitido por el registro en cuanto al plazo de presentación de los escritos de alegaciones de BURO 4 ARQUITECTOS S.L., así como de EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L. dado que en el certificado se señala que lo han sido con fecha 4 de Julio de 2019, sin embargo en el recibo de presentación de la aplicación GEISER consta como fecha de presentación el día 3 de Julio de 2019, e igualmente ocurre con el escrito de alegaciones presentado por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P dado que en el certificado se señala que se ha presentado el día 3 de Julio de 2019, sin embargo en el recibo de presentación de la aplicación GEISER consta como fecha de presentación el día 2 de Julio de 2019.

**SÉPTIMO.-** Con fecha **17 de Julio de 2019** se acuerda por el Tribunal la acumulación de los recursos interpuestos por las entidades TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. y EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L. de conformidad con lo establecido en el art. 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, contra la adjudicación del contrato de “servicio de asistencia y consultoría para la redacción de la revisión del plan general de ordenación urbanística del municipio de Marbella y su evaluación ambiental” (Expte. SE 48/19), a fin de dotar de coherencia a la resolución que se dicte, así como a los efectos de evitar contradicciones por ser coincidentes algunos de los motivos alegados por sendas licitadoras.

**OCTAVO.-** En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en lo que no se opongan a la misma por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como por el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** - Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 de art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

**SEGUNDO.** - Ostentan legitimación ambas recurrentes para la interposición de recurso especial en materia de contratación dada su condición de licitadoras en el procedimiento de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el art. 48 LCSP.

**TERCERO.** - Seguidamente procede determinar si los recursos interpuestos se refieren a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interponen contra alguno de los actos susceptibles de recursos en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 2.400.125,93 euros, convocado por un ente del sector público que tiene la condición de Administración Pública como es el Excmo. Ayuntamiento de Marbella, siendo en ambos casos el objeto del recurso la adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO.** - En lo que se refiere al plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación y su cómputo cuando el mismo se dirija contra la adjudicación, señala el art. 50.1 LCSP que *“el procedimiento del recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

(...)

*d) Cuando se interponga contra la adjudicación de contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.*

Por su parte, la disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que:

*“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparencia electrónica.*

*Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”.*

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación fue remitida a sendas entidades recurrentes el día 20 de Mayo de 2019 y publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el mismo día, por lo que de conformidad con lo anterior, al haberse presentado los escritos de recurso en el Registro de este Tribunal el día 6 de Junio de 2019 (Territorio y Ciudad S.L.P.) así como el día 10 de Junio de 2019 (Ezquiaga Arquitectura, Sociedad y Territorio S.L), los mismos han sido interpuestos dentro del plazo legalmente establecido.

**QUINTO.-** Como se señala en el antecedente de hecho séptimo de la presente resolución este Tribunal ha acordado en su sesión celebrada el día 17 de Julio de 2019 la acumulación de los recursos interpuestos por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. y EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L., y si bien la primera de ellas formula su escrito de recurso a través de peticiones subsidiarias, debe tenerse en cuenta que no ocurre así en el recurso formulado por la segunda de las recurrentes, por lo que la eventual estimación de alguna de las alegaciones que se invocan pueden ver limitados sus efectos por la estimación de otras pretensiones, especialmente atendiendo al hecho de que en algunos de los supuestos lo que se invoca son causas de nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de que como señala el art. 57.2 LCSP serán objeto de resolución en cuanto al fondo todas las cuestiones planteadas por las recurrentes en los apartados siguientes, dando una respuesta común en aquellos aspectos que resultan coincidentes en sus respectivos escritos de recurso.

Asimismo, ambas recurrentes en sus respectivos escritos de recurso introducen un primer apartado en el que de forma genérica se formulan numerosas apreciaciones en relación al procedimiento de licitación, si bien de su lectura se desprende que las mismas son objeto de desarrollo a través de alegaciones concretas de una forma más sistemática o estructurada, siendo a estas a las que este Tribunal dará respuesta dado que son las que revisten el carácter y estructura de una alegación o pretensión, entendiéndose que de esa forma se da satisfacción al conjunto de cuestiones que se someten a la consideración de este Tribunal.

**SEXTO. - El incumplimiento de la obligación de resolver y la conculcación del principio de audiencia**

Como primer motivo de fondo se alega en síntesis por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P., que el día 2 de mayo de 2019 formuló escrito de alegaciones en el expediente administrativo, las cuáles no han sido tenido en cuenta por el órgano de contratación en el acto por el que se resuelve la adjudicación, lo cual constituye un motivo de anulabilidad del acto de adjudicación por infracción del art. 88.1 y 53.1.e) de la ley 39/2015 (LPACAP), tal como establece el art. 48 de dicha ley.

Frente a dicha pretensión se opone el órgano de contratación señalando que no procede la aplicación del art. 76 LPAC en el sentido expuesto por la recurrente por tratarse de un procedimiento especial regulado en la legislación de contratos, no habiéndose vulnerado ningún trámite de audiencia, puesto que dicho trámite en el momento pretendido por la recurrente no está previsto en la LCSP.

Igualmente se opone a dicha pretensión la adjudicataria BURO 4 ARQUITECTOS S.L.P. considerando que el procedimiento de contratación del sector público tiene una tramitación específica diferenciada de la del procedimiento administrativo regulado en la ley 39/2015, por lo que conforme al principio de especialidad no resulta procedente el trámite de audiencia en el momento pretendido por la recurrente.

A tal efecto hemos de partir de lo dispuesto en el art. 150.1 LCSP de conformidad con el cual *“la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación”*.

De forma que tal y como aduce el órgano de contratación, no encontramos en la normativa de contratación del sector público precepto alguno que habilite para llevar a cabo un trámite de audiencia tras la presentación de un escrito de alegaciones una vez formulada la propuesta por la mesa de contratación, que en la licitación que nos ocupa tuvo lugar con fecha 22 de Abril de 2019, en tanto que el referido escrito de alegaciones fue objeto de presentación en el registro de entrada en el Excmo. Ayuntamiento de Marbella con fecha 2 de Mayo de 2019.

Pero es que incluso aunque se admitiera la aplicación subsidiaria del art. 76 LPACA como pretende la entidad mercantil recurrente, entendemos que tampoco se le ha generado indefensión alguna, ni se ha incurrido en vicio de anulabilidad, pudiendo traerse a colación una doctrina sumamente consolidada del Tribunal Supremo y reflejada entre otras en su **Sentencia 1286/2017, de 29 de marzo de 2017 (Rec. 1598/2016)**, de conformidad con la cual:

*“En efecto, la falta de audiencia en un procedimiento no sancionador no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquéllos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.*

*Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 62 de la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia (...)*

*Por otra parte, es claro que la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la ley 30/1992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste dé lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del interesado.*

*Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello.*

*Así pues, según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuando ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso – administrativa (...).”*

Es por ello que atendiendo al hecho de que la normativa de contratación del sector público no contempla la existencia de un trámite de audiencia con posterioridad a la formulación de la propuesta de adjudicación por parte de la Mesa de contratación, y existe una vía posterior de recurso especial en materia de contratación regulada en los arts. 44 y ss. LCSP a través de la cual se puede lograr la plena alegación de hechos y razones jurídicas que se sustentaban en el escrito de alegaciones de la mercantil recurrente formulado el día 2 de Mayo de 2019 evitando la indefensión, tal y como de hecho ha ocurrido con ocasión del presente recurso interpuesto ante este Tribunal, es por ello que entendemos que no se ha producido la infracción denunciada ni ello es motivo de anulabilidad del acto de adjudicación, debiendo dicha alegación ser desestimada por las razones aducidas.

**SEPTIMO. - No acreditación por la adjudicataria de los requisitos mínimos requeridos de solvencia técnica o profesional**

La recurrente TERRITORIO Y CIUDAD SLP solicita la anulación de la adjudicación por no haber acreditado la adjudicataria la solvencia técnica exigida por el PCAP, incurriendo la misma en una infracción manifiesta de la cláusula 30.6 del PCAP y de los artículos 90 y 150.2 de la LCSP. Aduciendo al efecto que, en relación al medio exigido de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, sólo han de ser objeto de valoración los servicios efectivamente realizados, es decir los contratos finalizados o porcentajes ejecutados de los contratos suscritos no finalizados, que sean de igual o similar naturaleza (no cumplimiento este requisito los Planes Territoriales así como una serie de PGOU por corresponder a municipios interiores y de menor población). Y como consecuencia de lo anterior, los contratos para acreditar la solvencia técnica representan un 10,63% del importe del contrato (1.983.575,16 €, IVA excluido) no siendo suficiente para acreditar la referida solvencia.

En este mismo sentido la recurrente EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L., indica en su alegación segunda que la adjudicación incurre en nulidad de pleno derecho por infracción de los artículos 74, 86, 90 y 92 de la LCSP y de las cláusulas 25ª y 30ª.6ª), 1,e) del PCAP al no justificar la adjudicataria los mínimos requeridos de solvencia técnica o profesional, con similares términos de argumentación que la anterior, e invocando la aplicación subsidiaria del artículo 90.1.a) de la LCSP para la determinación si un servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato a través de los tres primeros dígitos del CPV y el artículo 90.2 de la LCSP para suplir la falta de precisión del valor mínimo exigido en el criterio de solvencia técnica objeto de análisis, teniendo que ser por un importe igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.

Se opone a dicha pretensión el órgano de contratación aduciendo, en síntesis, que exigir que los equipos presentados tuvieran realizados servicios o trabajos cuya aprobación definitiva coincida con el periodo exigido no garantiza el mejor nivel de competencia que persigue la ley; considera que no es de aplicación supletoria el art. 90.2 de la LCSP, no siendo la cuantía de los trabajos objeto de exclusión en función del porcentaje que supone en comparación directa con el importe del contrato ya que su relación con él, ésta ya queda garantizada en la solvencia económica y financiera; y, por último, que el CPV del contrato corresponde al “71400000-2 Servicios de planificación urbana y de arquitectura paisajística”, y que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 90.1.a) cabría asociar a los dígitos 714 tanto los servicios de planificación como los servicios de urbanismo, ambos relacionados con el objeto de contrato que ha presentado el adjudicatario para garantizar su solvencia técnica.

Por parte de la adjudicataria, BURO4 ARQUITECTOS S.L.P. ante la presentación de ambos recursos, en síntesis, se opone aduciendo que no es de aplicación supletoria el art. 90.2 de la LCSP en la relación de los principales servicios o trabajos, pues sólo sería aplicable en el supuesto de que no hubiera ningún valor mínimo para ningún medio seleccionado; que el planeamiento territorial tiene vinculación e identidad dentro del campo de trabajo “Servicios de planificación urbanística”; y, por último, que el artículo 75 LCSP permite al licitador recurrir a la acreditación de la solvencia por medios externos, existiendo personal que conforma el equipo redactor con certificados que acredita la misma.

Entrando en el examen de las cuestiones planteadas, hay que comenzar recordando que, conforme a la LCSP, para contratar con el sector público es necesario, entre otros requisitos, acreditar la solvencia técnica o profesional (art. 65.1), que constituye un complemento de la capacidad de obrar mediante el que se intenta obtener una primera selección de contratistas aptos para cumplir eficazmente las obligaciones contractuales. Es decir, se trata de conseguir, a priori, al igual que con la solvencia económica y financiera, una garantía de capacidad para la realización del contrato.

Por tanto, la solvencia, en cuanto manifestación de la capacidad del contratista, constituye uno de los requisitos esenciales del contrato, de ahí que la letra a), del apartado 2, del art. 39 LCSP enuncie su falta como una causa de nulidad de Derecho administrativo.

Corresponde al órgano de contratación determinar las condiciones mínimas de solvencia exigidas, que, junto con la documentación requerida para su acreditación, han de indicarse en el anuncio de licitación y especificarse en el pliego del contrato, debiendo estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo (arts. 74 y 92 LCSP), sin olvidar, en ningún caso, tanto en esta labor como en la de interpretación de cada caso, los principios que inspiran la contratación pública (arts. 1 y 132 LCSP, entre otros), en especial los de libre competencia, igualdad y no discriminación.

Dado que todas las controversias planteadas versan sobre el apartado e) de la cláusula 30.6 del PCAP que establece como uno de los requisitos de participación, la solvencia económica, financiera y técnica que han de tener los licitadores, resulta necesario proceder a la reproducción del mismo:

*“e) Documentación justificativa de la solvencia económica, financiera y técnica. Artículos 87 y 90 LCSP:*

### **Solvencia económica y financiera.**

*La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse, conforme al artículo 87 de la LCSP, por el siguiente medio:*

*Mediante aportación del volumen anual de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividad del empresario y de presentación de las ofertas.*

*Requisito mínimo exigido: que el volumen de negocios mínimo anual exigido referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos igual o superior al valor anual medio del contrato.*

*Este volumen se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario, por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.*

### **Solvencia técnica y profesional.**

*La solvencia técnica del empresario deberá acreditarse, conforme al artículo 90 de la LCSP, por los siguientes medios:*

■ *Aportando la relación de los **principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato** en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos, pudiendo tenerse en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante*

*un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.*

■ **Indicación del personal técnico** (especificando en la oferta los nombres y la cualificación profesional de todo el personal responsable de ejecutar el contrato) que, como mínimo, incluirá los siguientes miembros con la titulación académica que se indica (entre paréntesis el número de personas):

- **COORDINADOR/A DEL EQUIPO (1):**

*Deberá tener el título de grado en Arquitectura y/o Ingeniero de CCP o equivalente en el ámbito de la Comunidad Económica Europea.*

- **ASESOR/A JURIDICO/A (1):**

*Título de Grado o Licenciatura de Derecho o equivalente en el ámbito de la Comunidad Económica Europea.*

- **ARQUITECTOS/AS (2):**

*Título de Arquitecto/a superior.*

- **TECNICO/A MEDIOAMBIENTAL (1).**

*Título en Ciencias Ambientales o similar*

- **TÉCNICO/A ESPECIALISTA EN MOVILIDAD (1)**

- **TÉCNICO/A ESPECIALISTA EN OBRAS/INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS (1)**

*Título de Ingeniería o Ingeniería Técnica especialista en las materias.*

- **TÉCNICO/A SUPERIOR EXPERTO EN LOS ASPECTOS ECONÓMICOS DEL PLANEAMIENTO (1)**

*Licenciado y/o grado de Ciencias Económicas.*

- **TÉCNICO ESPECIALISTA EN LA INTERPRETACIÓN DEL PATRIMONIO (1)**

*Título de Arqueólogo, Historiador o similar especialista en Catálogos de Bienes Protegidos.*

- **TECNICO EN SISTEMAS DE INFORMACIÓN GEOGRÁFICA(1)**

*La composición mínima del Equipo redactor se mantendrá durante toda la vigencia del contrato, en la forma y condiciones fijadas en el pliego de condiciones administrativa sobre cumplimiento del contrato y, todo ello, sin perjuicio de que, en la oferta, el licitador proponga un equipo redactor conformado por un número mayor de profesionales.*

*La composición mínima del Equipo redactor tiene la consideración de condición **esencial** del contrato por lo que su incumplimiento podrá dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.*

*Acreditación de la titulación requerida: la titulación requerida se acreditará mediante la aportación al sobre correspondiente de copia compulsada de los títulos o titulaciones oficiales de los componentes del Equipo redactor ofertado.*

- **Medios materiales para adscribir a la ejecución del contrato.**

*Además de los medios personales indicados en el apartado anterior, los licitadores deben comprometerse a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales suficientes para ello, para ello **presentarán:***

*- La descripción de las instalaciones técnicas y de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y los medios de estudio e investigación de la empresa, comprenderá por lo menos un equipo informático por cada miembro del equipo.*

*- Se presentará una relación de la maquinaria, herramientas y material concreto que se dispondrá en la ejecución de los trabajos y prestaciones a la que se adjuntará la documentación acreditativa que se estime pertinente.*

*- El adjudicatario, una vez adjudicado el contrato, deberá disponer de una oficina técnica en el Término Municipal de Marbella en el que se localizará la información y al menos un integrante del equipo redactor, siendo un medio que se adscribirá a la ejecución del contrato. **Debiendo presentar acreditación documental de estar o poder estar en disposición de dicha oficina técnica.***

*En cualquier caso, las consultas, sugerencias o reuniones con terceros se desarrollarán en las dependencias municipales que, a tales efectos, se destinen por el titular de las competencias.”*

A tal efecto comprueba este Tribunal conforme a lo actuado en el procedimiento de licitación que:

1. En el expediente consta Informe de fecha 10/01/2019 donde se justifica la solvencia técnica requerida en los siguientes términos:

*“Así al exigir a los licitadores que el volumen global de negocios del licitador referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deba ser al menos igual o superior al valor anual medio del contrato, se busca obtener indicios de la capacidad de las empresas para poder iniciar la ejecución del contrato en base a su experiencia y a los trabajos realizados y facturados por éstas durante los últimos ejercicios, ya que la capacidad de facturación de trabajos por un valor determinado implica necesariamente la disponibilidad de los medios técnicos, económicos y materiales suficientes para ello.”*

(...)

*En cuanto a la solvencia técnica, ésta se utilizará para apreciar los conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad de los licitadores (artículo 90.1 de la LCSP). Para ello, se ha optado por utilizar el criterio de la experiencia justificado mediante la relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, ya que entendemos que la experiencia refleja, al igual que el volumen global de negocios, la capacidad de la empresa en realizar el objeto del contrato. También se exige como acreditación de la solvencia la disposición del equipo mínimo requerido y la adscripción al trabajo de los medios materiales que se indican en el apartado correspondiente.”*

2. El órgano de contratación ha respetado lo establecido en el Artículo 90.1, al elegir varios medios de los indicados en dicho artículo para la acreditación de la solvencia técnica.

3. En los pliegos del contrato se ha especificado los medios admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa en algunos de ellos de los requisitos mínimos exigidos –medios personales y medios materiales- pero no en el caso de la relación de los **principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.**

Considerando lo dispuesto en el art. 74 LCSP sobre la obligación de los empresarios de acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, así como aportar la documentación requerida para acreditarla que se determine por el órgano de contratación, debiendo especificarse en el pliego del contrato, y estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Dada la redacción del artículo, que coincide con lo dispuesto en el anterior artículo 62 del TRLCSP, resulta totalmente vigente la doctrina mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en reiteradas resoluciones sobre la solvencia, y los medios para acreditarla, que puede ser exigida a los licitadores. Se dice en las **Resoluciones 873/2018, de 1 de octubre de 2018, 648/2017, de 14 de julio de 2017, y 99/2016, de 7 de octubre de 2016**, lo siguiente:

*“Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la solvencia exigible ha de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no. Como razona la Resolución de este Tribunal 198/2013, de 29 de mayo, citada por la Resolución 612/2013, de 11 de diciembre: “Pues bien, en tal sentido, es preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de empresarios posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias. Así se desprende de múltiples preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de modo muy especial de su artículo 1, que menciona como primera libertad a garantizar, la “libertad de acceso a las licitaciones”. Bien es cierto que la necesidad de garantizar al mismo tiempo el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones, que a tenor de lo dispuesto en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto “Socchi di Frutta” puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios. Así se desprende del artículo 62.2 del TRLCSP, al decir que “Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”. Este requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato”.*

*Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 36/07, de 5 de julio de 2007) ha tenido a bien señalar que los criterios de solvencia “han de cumplir cinco condiciones:- que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, - que sean criterios determinados, que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, - que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate y, - que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.*

*El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado que el único objetivo de los criterios de selección cualitativa fijados en las Directivas es definir las reglas de apreciación objetiva de la capacidad de los licitadores permitiendo a estos justificar su capacidad mediante cualquier documento que las entidades adjudicadoras consideren apropiado. Advierte además que corresponde a la entidad adjudicadora, comprobar la aptitud de los prestadores de servicios con arreglo a los criterios enumerados (sentencia de 2 de diciembre de 1999 en el asunto C-176/98, Holst Italia). Esta doctrina impone la obligación de determinar tales criterios y, a su vez, impide que puedan ser aplicados criterios o condiciones que no han sido expresados”.*

En aplicación de la doctrina expuesta no puede aceptarse lo aducido por el órgano de contratación en cuanto a los trabajos realizados, pues en el Informe Técnico de Valoración de la Solvencia Técnica del adjudicatario se han aplicado criterios que no habían sido previamente expresados en los pliegos –no exigir que los equipos presentados tuvieran realizados servicios o trabajos cuya aprobación definitiva coincida con el periodo exigido-. Si el órgano de contratación determinó en los pliegos que la solvencia técnica se acreditaría, entre otros, por los trabajos o servicios realizados, se ha de estar a literalidad del término, pues es claro y preciso, y por tanto los trabajos o servicios han de estar ejecutados para acreditar la solvencia requerida, ya que en caso contrario se estaría al arbitrio y discrecionalidad del órgano de contratación.

Continuando con esta doctrina, y en relación a lo fundamentado por todas las partes sobre que los trabajos o servicios realizados han de ser de igual o similar naturaleza de los que constituyen el objeto del contrato, la LCSP establece que en caso de falta de precisión en los pliegos se ha de estar a lo dispuesto en el art. 90.1.a), en su segundo párrafo:

*“Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública”.*

Por lo tanto, y a falta de previsión en el PCAP, para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV, en este caso el 714, sin que deba existir por parte del órgano de contratación (al asumir el Informe Técnico emitido al efecto con fecha de 10 de mayo de 2019) la posibilidad de, en fase de acreditación de la solvencia técnica del adjudicatario, una reflexión sobre si el CPV asignado al contrato engloba los Planes Territoriales o no. Bastaba con una mera comprobación de los CPV de los certificados aportados por la adjudicataria.

Consultada la documentación aportada al efecto por la adjudicataria no queda acreditado el CPV de los certificados presentados, por lo que se debió requerir a la misma para que subsanara el defecto padecido, todo ello de conformidad con los artículos 22 y 81 del RGLCAP así como lo dispuesto en el penúltimo párrafo de la cláusula 30.6 del PCAP y reiterada doctrina.

Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su **Informe 44/97, de 10 noviembre**, en cuanto al alcance de la subsanación señala que *“En este sentido -y por vía de informe- sólo pueden sentarse criterios generales que sirvan para considerar el error o defecto material como subsanable debiendo señalarse que tal carácter revestirán cuando no afecten al cumplimiento del requisito en sí, sino a su acreditación, criterio del que ha hecho aplicación esta Junta Consultiva en su informe de 8 de octubre de 1996 (expediente 56/96)”*, conclusión que se reitera en el Informe 9/06, de 24 de marzo, o en el Informe 18/10, de 24 de noviembre, indicando que *“la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación”*. Y en similar sentido recientemente las **Resoluciones nº 79/2019 y 747/2018** del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

A la vista de lo fundamentado por este Tribunal, **procedería estimar parcialmente los recursos planteados anulando el Decreto de adjudicación y retrotrayendo las actuaciones** para que la Mesa de contratación requiera a la adjudicataria para que aporte la documentación pertinente en orden a subsanar la falta de la indicación de los CPV en los certificados aportados y se continuara con el procedimiento de adjudicación, en los términos indicados por este Tribunal en cuanto a la valoración de trabajos realizados.

**Si bien los pronunciamientos de este Tribunal contenidos en los Fundamentos de derecho decimocuarto y decimoquinto impiden la ejecución de dicha pretensión en los términos resueltos.**

La última cuestión a tratar en este apartado es la realizada por la recurrente EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L. en relación a la aplicación supletoria del artículo 90.2 LCSP.

Al respecto hay que indicar que la LCSP exige que los Pliegos fijen no sólo los medios a través de los cuales se ha de acreditar la solvencia técnica, sino también los valores mínimos a partir de los cuales se considerará acreditada esta solvencia, al señalar el artículo 90.2 LCSP que:

*“En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”.*

No es admisible, por tanto, lo aducido por el Órgano de Contratación (Informe Técnico de la Delegación de Ordenación del Territorio y Vivienda de fecha 26 de junio de 2019), de que la cuantía, en relación a los trabajos para acreditar la solvencia técnica, *“no es objeto de exclusión en función del porcentaje que supone en comparación directa con el importe del contrato ya que su relación con éste ya queda garantizada en la solvencia económica y financiera”*, pues el legislador ha querido siempre distinguir entre ambas solvencias, puesto que cada una de ellas responde a una finalidad concreta: la solvencia económica y financiera hace referencia a la capacidad que tiene el adjudicatario para generar fondos con el fin de atender los compromisos económicos adquiridos con el contrato, mientras que la solvencia técnica hace alusión a la experiencia y los medios técnicos que se tienen para ejecutar el contrato con éxito, luego una solvencia no pueda garantizar ni sustituir la otra ya que sus finalidades son totalmente distintas.

Del tenor literal del referido artículo 90.2 de la LCSP, se deduce que:

- En todos los medios de acreditación de la solvencia técnica se debe indicar, de forma expresa, el mínimo que se ha de exigir (ya sea éste un valor mínimo, una titulación, un medio específico, un certificado, ..., que dependerá del medio de acreditación elegido).
- Este precepto solo fija un nivel supletorio de solvencia en relación con los principales servicios efectuados, pero no con el resto de criterios de selección posibles establecidos en el artículo 90.1 de la LCSP.

En este sentido es interpretado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su **Resolución nº 373/2017, de 14 de diciembre:**

*“Tal y como se ha reproducido más arriba, el PCAP por el que ha de regirse este contrato no especifica el nivel de solvencia exigido en relación con la plantilla y directivos de las licitadoras, ni tampoco la documentación a aportar en relación con tal extremo sin perjuicio en este último caso de la posibilidad de comprobar las declaraciones efectuadas por las mismas.*

*No cumple por tanto lo establecido en el artículo 78.2 del TRLCSP cuando señala que “En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos, y en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos.*

*En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará según lo dispuesto a tales efectos en el apartado 1 del artículo 65 de la Ley”. Precepto que a su vez en su apartado b) remite a los requisitos que se establezcan reglamentariamente.*

*La remisión reglamentaria debe entenderse realizada al RGLACP en redacción dada por el Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del mismo, cuyo artículo diez que a su vez modifica el 46 del RGLCAP remite al artículo 11.4 para determinar el nivel de solvencia técnica exigible en el caso de que nada se indique en los pliegos. Sin embargo, este precepto solo fija un nivel supletorio de solvencia en relación con los certificados de buena ejecución, pero no con la acreditación de solvencia mediante el resto de criterios de selección posibles de acuerdo con lo establecido en el artículo 78 del TRLCSP, por lo que no cabe su aplicación supletoria, lo que supone que, al no haber establecido unos niveles mínimos de solvencia, debe admitirse cualquier nivel justificado.*

*Además, precisamente el único nivel de solvencia técnica expresamente establecido es el correspondiente a la experiencia en la realización de trabajos semejantes acreditados mediante certificado de buena ejecución, por lo que no concurre el supuesto de hecho de existencia de laguna que permita aplicar el régimen supletorio del RGLCAP.”*

Según lo expuesto, esta norma debe aplicarse en defecto de determinación de la solvencia técnica relativa a la relación de trabajos, por lo tanto, surge el presupuesto de hecho de la norma invocada, que es el de inexistencia de determinación del volumen de solvencia a acreditar con los certificados a presentar, **por lo que debería ser objeto de estimación lo alegado por EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L.**

**Si bien los pronunciamientos de este Tribunal contenidos en los Fundamentos de derecho decimocuarto y decimoquinto impiden la ejecución de dicha pretensión en los términos resueltos.**

Aplicada tal exigencia al presente expediente, el licitador propuesto para la adjudicación habría de acreditar su solvencia mediante certificados por un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato

**OCTAVO.- Ruptura del principio de igualdad de trato entre los licitadores por desigual atribución de puntos en la valoración de la experiencia**

Por la mercantil TERRITORIO Y CIUDAD SLP se aduce en este apartado que se ha producido por los órganos asesores y de adjudicación en la evaluación de criterios objetivos una atribución de puntos arbitraria que ha roto el principio de objetividad y el de igualdad de trato de los licitadores y en particular:

**1.-Sobre la valoración de la experiencia de los componentes del equipo técnico en la elaboración de planeamiento general cuando finalmente el PGOU es anulado.**

Así mientras que en el Informe Técnico de 11 de abril de 2019 a TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. no se le valoran dos puntos por la experiencia del equipo técnico en la redacción del PGOU de Marbella dada su declaración de nulidad, en el caso de BURO4 Y ARQUITECTOS S.L.P. sí se le otorgan cinco puntos en total por la experiencia del equipo técnico en el PGOU de Jaén (declarado nulo por sentencia firme) y sin haber acreditado fehacientemente dichos servicios.

Por parte de BURO4 ARQUITECTOS S.L.P. en su escrito de alegaciones y oposición al recurso de TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. manifiesta que a la fecha de presentación de la oferta ni en la fecha de la adjudicación consta la declaración de firmeza de la sentencia anulatoria del PGOU de Jaén ni publicación de la misma.

A tal efecto hemos de partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2015 (Caso Ambisig) que vino a establecer que es lícito que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros.

Es un axioma en materia de contratación que los licitadores deberán recibir un tratamiento igualitario y no discriminatorio y que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia o experiencia deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

Asimismo, hemos de convenir que los Pliegos aprobados se convierten en ley del contrato y la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada de los mismos.

El PCAP en relación a la experiencia de Arquitectos nos dice que los miembros del Equipo redactor *“deberán acreditar haber realizado al menos una Revisión total de Plan General de Ordenación Urbana relativa a un municipio de más de 100.000 habitantes (el número de habitantes varía según el perfil técnico) y que a la fecha de presentación de las proposiciones se encuentre definitivamente aprobada.”*

Una interpretación literal y gramatical de dicha cláusula no nos permite, con base a un Informe Técnico de 11 de abril de 2019, la no valoración de la experiencia de los miembros de un equipo redactor que cumpla con tales requisitos con el argumento de que el planeamiento que redactaron fue anulado por los Tribunales de Justicia, criterio asumido por la Mesa y a la postre por el Órgano de Contratación.

El mecanismo interpretativo no ha de ponerse en marcha si la norma legal aparece redactada, como en este caso, con tal claridad y precisión que su contenido se deduce del texto de manera tan patente que la interpretación del precepto deviene innecesaria, pudiendo conducir a soluciones jurídicas distintas o contrarias a las que efectivamente la ley consagra. Aquí resulta de aplicación el aforismo *“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”*.

Este criterio restrictivo aplicado carece de apoyatura con una mera lectura de la cláusula de los Pliegos que rige esta contratación y de lo previsto en el art. 3 del Código Civil cuando señala que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras. Y este criterio es válido tanto para los integrantes de los equipos del Plan General de Marbella de 2010 como para el de Jaén (ambos declarados nulos) dado que la experiencia es un concepto ajeno a la vicisitudes procedimentales y procesales que sufra el documento que han redactado dichos expertos. Ambas figuras de planeamiento para municipios de más de cien mil habitantes fueron definitivamente aprobadas por el órgano autonómico competente si bien con motivo de diversos recursos terminaron siendo declaradas nulas de pleno derecho por los tribunales de justicia.

El art. 190 LCSP establece la interpretación del contrato como una prerrogativa del órgano de contratación, pero ha de ejercerse dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la propia Ley y en la legislación específica que resulte de aplicación. Es evidente que la interpretación de los pliegos del contrato que contiene el Informe Técnico de 11 de abril de 2019, avalado por la Mesa de Contratación no puede ser una vía para su reformulación, novación ni puede encubrir modificaciones que restrinjan el derecho de los licitadores.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su **Resolución 171/2011, de 29 de junio de 2011**, en la que, recogiendo el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, expuso los argumentos siguientes:

*“En este sentido, resulta preciso destacar que, sobre la interpretación de los contratos en general y sobre la de los contratos públicos en particular ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia en múltiples ocasiones.*

*No podemos olvidar que los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, cuyo artículo 1.288 exige que tal interpretación se haga en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito un contrato –en este caso para cualquiera de los licitadores puesto que es necesario respetar el principio de concurrencia-, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien la ha ocasionado (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en sentencias como las de 2 noviembre de 1976, 11 octubre y 10 noviembre de 1977, 6 febrero y 22 junio de 1979 y 13 abril y 30 mayo de 1981).”*

La **Resolución nº 79/2019** del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al tratar de un recurso especial en materia de contratación interpuesto por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. contra el “*acuerdo de exclusión*” del procedimiento convocado por la Junta de Gobierno de Palma de Mallorca para contratar el servicio de asistencia técnica para los trabajos de redacción del Plan General de Palma y adjudicación a la empresa EZQUIAGA ARQUITECTURA SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L., en el antecedente tercero de dicha resolución se refiere al apartado B del cuadro de criterios para evaluar las proposiciones en materia de trabajos realizados sobre planeamiento y se menciona que se otorgaran 15 puntos por la “*redacción de planes aprobados definitivamente*”, y en el antecedente sexto al referirse al informe de valoración del Comité de Expertos sobre la baremación se recoge lo siguiente:

*“...por haberse acreditado por el equipo liderado por González Fusteguerras, hasta cuatro planes generales aprobados definitivamente y que se han desarrollado sobre municipios de más de 100.000 habitantes: Sevilla, Algeciras, Jerez de la Frontera y Marbella, en las que podemos observar un mayor paralelismo con las características y complejidades del municipio de Palma”.*

En este supuesto idéntico al que se analiza en el presente recurso se ha procedido a realizar una interpretación literal y no restrictiva del contenido y redacción de las cláusulas de los pliegos reguladores de la licitación.

Lo anterior lleva a considerar que la valoración de la proposición presentada por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P., y por extensión las del resto de entidades licitadoras, con arreglo al criterio de interpretación examinado, ha sido inadecuada y ha superado los límites de la discrecionalidad técnica, incurriendo en el error de valorar las proposiciones sin tener en cuenta el contenido real de la cláusula del PCAP que rige esta contratación.

Bajo este prisma **procedería dejar sin efecto el criterio adoptado por la Mesa y Órgano de contratación de excluir la experiencia profesional de aquellos técnicos que han elaborado un planeamiento general declarado después nulo** por los tribunales de justicia, por cuanto carece de apoyo en la normativa reguladora de esta materia y especialmente en la cláusula de los Pliegos reguladores de este contrato, que resulta clara y precisa en su redacción, debiéndose corregir la puntuación por este concepto en la valoración de las ofertas de todas las empresas concurrentes en la licitación sin la exclusión descrita, **lo que conllevaría la retroacción de las actuaciones y aplicación de los criterios anteriormente expuestos, si bien los pronunciamientos de este Tribunal contenidos en los Fundamentos de derecho decimocuarto y decimoquinto impiden la ejecución de dicha pretensión en los términos resueltos.**

2.- Desconocimiento de certificado electrónico presentado en la oferta de Territorio y Ciudad SLP, de acreditación de experiencia de JALB en la elaboración de la revisión del PGOU de San Fernando.

Se solicita a este Tribunal por la empresa recurrente que, tratándose de la aplicación de criterios objetivos, se corrija la puntuación de TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. otorgándole un punto adicional en el apartado de mejora del equipo técnico por incorporación del arquitecto D. JALB.

A esta petición se alega por BURO4 ARQUITECTOS S.L.P. que la inadmisión es totalmente adecuada y que la misma la ha ocasionado la impericia en la presentación de la oferta de Territorio y Ciudad. Subsidiariamente solicita que si se admite la subsanación documental a Territorio se le admita también a esta empresa licitadora respecto dos técnicos que ahora puede presentar las certificaciones correspondientes.

La presentación de la oferta por esta empresa por medios electrónicos en la que se contiene la certificación completa de servicios prestados por el Técnico JALB en la redacción del PGOU de San Fernando obligaba a la Mesa a detectar dicha omisión y, en su caso, a otorgar un plazo para subsanación (art. 81 RCAP) y al órgano de contratación a la valoración de dicho criterio y al otorgamiento de la puntuación solicitada por la Empresa, como así lo corrobora el informe jurídico del Servicio de Contratación de 25 de junio de 2019.

Este Tribunal considera que **la petición formulada** por la mercantil TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. de otorgamiento de un punto en el apartado de mejora del equipo técnico por valoración de la oferta presentada dado que formaba parte de la documentación registrada electrónicamente en el Ayuntamiento, **debe ser objeto de estimación si bien los pronunciamientos de este Tribunal contenidos en los Fundamentos de derecho decimocuarto y decimoquinto impiden la ejecución de dicha pretensión en los términos resueltos.**

No puede satisfacerse lo solicitado subsidiariamente por BURO4 ARQUITECTOS S.L.P. dado que las certificaciones de los méritos de ese personal técnico debieron incluirse en la oferta o posteriormente vía subsanación (art. 141.2 LCSP).

**NOVENO. - La obligación de reconocer en la oferta de Territorio y Ciudad SLP la experiencia de técnico en la elaboración de PGOU de más de 50.000 habitantes**

Se solicita a este Tribunal Administrativo que, tratándose de la aplicación de un criterio objetivo, corrija la puntuación de TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. atribuyéndole dos puntos adicionales por experiencia de dos técnicas en PGOU aprobado definitivamente de municipio de más de 50.000 habitantes.

A esta pretensión se opone BURO4 ARQUITECTOS S.L.P. por cuanto supone una ruptura del contenido de los pliegos y debió incluirse en la oferta presentada.

Esta petición debe ser rechazada por este Tribunal en los mismos términos que expresa el Informe Jurídico del Servicio de Contratación de 25 de Junio de 2019:

*“En cuanto a lo alegado se informa que en el Pliego se requería tanto para la especialista en sistemas de información territorial como para la especialista en los aspectos económicos del Planeamiento, que deben componer el equipo mínimo exigible, lo siguiente: “Deberán acreditar haber realizado al menos una Revisión total de Plan General de Ordenación Urbana relativa a un municipio de más de 100.000 habitantes y que a la fecha de presentación de las proposiciones se encuentre definitivamente aprobada”. Dado que el Pliego no contempla la posibilidad de valorar la experiencia en la redacción de un PGOU de un municipio de menos de 100.000 habitantes para estas profesionales como componentes del equipo mínimo exigido, procede ratificar lo indicado respecto de estas técnicas en el informe de 11/04/2019”*

En definitiva, los términos de la cláusula son lo suficientemente explícitos como para que no quepa la interpretación pretendida y deba ser desestimada por este Tribunal la solicitud de la recurrente en este apartado, siendo de aplicación la fundamentación jurídica expuesta en el subapartado que precede respecto a la interpretación de normas jurídicas o cláusulas de un pliego.

**DÉCIMO.- El rechazo en la oferta de Territorio y Ciudad SLP del reconocimiento de experiencia de técnicos por presuponer que no existe compromiso de intervención personal en la ejecución del contrato**

Se alega por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. que el Instituto Pascual Madoz de la Universidad Carlos III mediante carta de compromiso se integra en la oferta presentada por Territorio y Ciudad como equipo colaborador en la ejecución del contrato para realizar un control de solvencia jurídica de las propuestas del PGOU, y que tres técnicos de ese equipo complementario no son valorados en concepto de mejora con base en el informe del Servicio Técnico de 11 de abril por considerar que dicho personal *“se presenta como técnicos pertenecientes a empresas u organismos colaboradores del equipo redactor y no queda garantizado en la oferta su incorporación como personal del equipo más allá de la colaboración de la propia empresa u organismo al que está empleado.”* También se hace similar planteamiento respecto a otro organismo colaborador denominado Centro de Estudios, Paisaje y Territorio.

TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P considera que esa exclusión debió generar un trámite de subsanación por plazo de tres días para obtener y aportar el compromiso de vinculación personal de los técnicos del Instituto Madoz y de Centro de Estudios, Paisaje y Territorio con la empresa licitadora y ahora presentadora de recurso.

La mercantil BURO4 ARQUITECTOS S.L.P. se opone a lo solicitado por la recurrente aduciendo que un compromiso de colaboración no implica vinculación o dependencia del personal del citado Instituto al desarrollo del contrato, que se trata de un simple escrito de su Director y que dicha participación en un equipo licitador no es admisible si se ha participado en la elaboración de los pliegos por imperativo del art. 70 LCSP. Por ello rechaza aceptar como mérito la colaboración del Instituto Madoz como evaluable y que procede *“la exclusión del licitador Territorio y Ciudad por beneficiarse de contar con el redactor de los pliegos; con el resto de consecuencias procedimentales que se han designado.”*

El informe Jurídico del Servicio de Contratación de 25 de Junio ratifica el criterio de exclusión aplicado al no quedar garantizado el *“compromiso de mayor dotación de personal sobre el equipo mínimo exigido”* de los tres profesionales trabajadores del Instituto Madoz *“más allá de la colaboración de la propia empresa u organismo al que está empleado”* como se informó el 11/04/2019”.

Para abordar el tratamiento de esta alegación hemos de analizar el concepto de mejora y que tratamiento tienen en la normativa de aplicación. Según el artículo 145.7 LCSP, son las prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato, diciendo que:

*“En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.”*

A la vista de la normativa los pliegos para valorar correctamente mejoras en las ofertas de licitación deben precisar:

- Sobre qué elementos se procederá a la valoración de las mejoras.
- En qué condiciones se procederá a la valoración de las mejoras.

Así, el Tribunal Administrativo del Contratos Públicos de Aragón (**TACPA**), en el **Acuerdo 8/2012**, define las mejoras como: *“todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias.”* y en igual sentido se pronuncia la resolución **nº 186/2019**, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

La **Resolución nº 592/2014** del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, determina los requisitos básicos que han de reunir las mejoras:

- “a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.*
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.*
- c) Que deberán mencionarlas en el pliego y en los anuncios.*
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.”*

La doctrina emanada de ese mismo tribunal en otras resoluciones, añade lo que puede considerarse un quinto requisito, de considerable relevancia, la **concreción de su forma de valoración** (En tal sentido puede citarse la **Resolución nº 467/2014** del TARC Central).

En cuanto al tratamiento de las mejoras por los órganos jurisdiccionales, la **sentencia del Tribunal Supremo de 11 octubre 2012**, que confirma sentencia de instancia que anulaba la adjudicación de un contrato, en el que la valoración de las ofertas modificaba, mediante sub criterios, la regulación del PCAP:

*“Efectivamente, una cosa es el margen de discrecionalidad, del que goza la Administración para considerar la oferta más ventajosa, y otra la introducción en el informe técnico de criterios, que no estaban contemplados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. .../...el informe técnico, a propósito del criterio de valoración » mejoras «, introduce de forma sorpresiva dos subcriterios. .../... que alteran el peso de los inicialmente contemplados.../...al actuar así, se quebró la igualdad de condiciones en la que han de concurrir los licitadores a partir de los criterios objetivos y públicos contenidos en el Pliego”.*

De especial interés es la **Resolución nº 919/2015** Tribunal Administrativo Central de Recursos que fija la doctrina general sobre la admisión de mejoras al señalar que:

*“Toda mejora “supone un plus sobre los requisitos fijados en el pliego y una ventaja para la Administración que puede obtener sin un sobrecoste” (Resolución 390/2014, de 19 de mayo), pero su admisión está sujeta a ciertos límites. Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdos 8/2012, de 7 de febrero y 45/2015, de 16 de abril...) “por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias.*

*Dicho Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la determinación exigible en los pliegos a los criterios de adjudicación, y, concretamente, sobre los requisitos que han de reunir las mejoras. Como se afirma, por todas, en las **Resoluciones nº 395/2015, de 30 de abril, nº 498/2015, de 28 de mayo, ó nº 708/2015, de 24 de julio:***

*“Debe afirmarse, por tanto, que el TRLCSP proscribire las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación.*

*En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012) el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha*

*analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH)."*

Vemos, por tanto, que múltiples resoluciones de las juntas consultivas de contratación administrativa y de los órganos de resolución de recursos contractuales han analizado cómo valorar las mejoras en las ofertas de licitación llegando a la conclusión que el pliego debe definir:

- Sobre qué elementos deberán versar las mejoras.
- La ponderación de las mejoras.
- La forma de valoración de las mejoras y que no puede establecerse una lista abierta de ejemplos no delimitados sin indicar la ponderación al valorarlas.

Así se recoge en las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 6 de febrero de 2013, el informe 9/2012 de la Junta Consultiva de Cataluña y en las resoluciones del Órgano de Resolución de Recursos Contractuales de Euskadi 85/2013 y 110/2015.

El Ayuntamiento de Marbella ha optado por admitir las mejoras e indicar en el PCAP sobre qué versa, cuáles son los requisitos y demás aspectos para que sean evaluables.

El PCAP de esta licitación señala en la **cláusula 10, referida a la ADMISIBILIDAD DE VARIANTES O MEJORA. Artículo 142 LCSP** que:

*"En relación al objeto del contrato, no se prevé en este expediente la posibilidad de que los licitadores puedan ofrecer en sus proposiciones variantes o alternativas distintas a las exigidas en el pliego que rige la contratación, salvo que se establezca lo contrario en el PPTP".*

**En la Cláusula 15 sobre CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y OBLIGACIONES ESENCIALES, en apartado 3 dice que se consideran condiciones especiales de ejecución las previstas en el Artículo 12 PPTP. Equipo redactor. Composición y obligaciones mínimas del equipo redactor.**

**Y en la cláusula 28.3. Sobre número 3: Documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Oferta económica, se expresa que la documentación a presentar en el sobre nº 3 es la siguiente:**

**c) Experiencia profesional del equipo mínimo exigible.9. Mejoras:**

*“Presentará una declaración responsable donde se comprometa a la ejecución del contrato con el siguiente número de personas a emplear por encima del equipo mínimo exigido:*

- \_\_\_\_\_ *Licenciado o grado en arquitectura*
- \_\_\_\_\_ *Licenciado o grado en derecho*
- \_\_\_\_\_ *Licenciado o grado en ingeniería*
- \_\_\_\_\_ *Licenciado o grado en ciencias económicas*
- \_\_\_\_\_ *Técnico en medio ambiente*
- \_\_\_\_\_ *Ingeniero técnico de grado medio*
- \_\_\_\_\_ *Técnico en Sistema de Información geográfica o equivalente*

*Dicho compromiso deberá ser debidamente evaluado y cuantificado económicamente por el licitador justificando su mejora sobre la oferta presentada y cómo afecta al objeto del contrato en mejoría.*

*Para que sea objeto de valoración deberán, de forma individual: (1) Tener experiencia profesional acreditada con el alcance, límites y contenido exigido para el equipo mínimo redactor, por al menos 5 años y (2) acreditar haber realizado y/o participado, al menos una Revisión total de Plan General de Ordenación Urbana relativa a un municipio de más de 50.000 habitantes y que, a la fecha de presentación de las proposiciones, se encuentre definitivamente aprobada.”*

Si analizamos la oferta presentada por TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P., se observa que el compromiso de colaboración del Instituto Madoz y del Centro de Estudios, Paisaje y Territorio es una declaración de intenciones pero carente de un valor contractual o de vinculación con el equipo licitador en los términos exigidos por el pliego, ni este licitador ha demostrado vinculación formal y efectiva con el desarrollo del contrato como así tampoco el personal que trabaja o depende de aquellas entidades o instituto con la empresa licitadora Territorio y Ciudad.

Los pliegos exigen en la mencionada cláusula para evaluar el compromiso citado que por encima del equipo mínimo se justifique de manera individual: 1) experiencia profesional al menos cinco años, 2) haber participado en revisión plan general de más de cincuenta mil habitantes, y 3) que el plan se encuentre definitivamente aprobado.

Ninguna de las exigencias previstas en el pliego para considerar la mejora alegada han sido aportadas por el licitador en los términos exigidos en el PCAP previstos en el expediente por lo que resulta inaceptable la pretensión de valoración mencionada en el recurso interpuesto por Territorio y Ciudad y por este motivo debe ser rechazada.

**UNDÉCIMO. - Imposibilidad de adjudicar un contrato de servicios al licitador que no alcanza al menos el 50% de puntos de valoración cualitativa en cada fase**

En relación a dicha cuestión sostiene la recurrente TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. en síntesis, que al procedimiento establecido para la adjudicación del contrato objeto de impugnación le es de aplicación el umbral mínimo del 50% de los puntos que establece el apartado 3 del artículo 146 de la LCSP, concluyendo finalmente que los órganos de asistencia de la licitación y el propio órgano de adjudicación han desconocido la aplicación del referido umbral.

Por su parte, en el informe emitido con ocasión del análisis de las alegaciones contenidas en éste apartado, el órgano de contratación aduce, en resumen, que hasta tanto no se pronuncie el TJUE respecto a la cuestión prejudicial formulada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la C.A. de Euskadi, no cabe aplicar al procedimiento abierto el régimen establecido en el artículo 146.3 de la LCSP; que las fases sucesivas eliminatorias sólo cabría aplicarlas en el procedimiento negociado, en el diálogo competitivo y en las asociaciones para la innovación; que aun cuando el TJUE abriese la posibilidad contraria, dicha determinación en fases tendría que regularse y especificarse en los Pliegos reguladores del Contrato, no estando en este supuesto concreto y, finalmente, que los pliegos reguladores del contrato en cuestión no articulan el procedimiento abierto en fases sucesivas, ni establecen un umbral de puntuación mínimo que excluya a los licitadores de la siguientes fases.

Pues bien, para resolver la cuestión planteada por la recurrente en torno a la aplicación del umbral establecido en el reiterado artículo 146 de la LCSP, tenemos que comenzar transcribiendo textualmente lo que dispone el párrafo segundo del apartado tercero de dicho artículo en el que se dice que *“En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo.”*, pudiendo aseverarse que en éste caso la norma no está vinculando los dos momentos de la valoración de ofertas establecidas en el supuesto de procedimientos abiertos en los que, como en el supuesto que nos ocupa, existen criterios sujetos a juicio de valor y criterios a evaluar de forma automática, en tanto que la referida valoración ya viene establecida de forma obligatoria en la letra b) del apartado segundo del artículo 146 de la LCSP, precisamente para garantizar la

imparcialidad y objetividad que de forma imperiosa ha de seguirse a lo largo del proceso de licitación.

En ese sentido, del contenido de los pliegos que conforman el contrato objeto del presente informe se puede derivar, por una parte, que de ningún apartado de los referidos pliegos se deduce que el órgano de contratación haya optado, habiendo podido hacerlo, por imponer o establecer un umbral mínimo del 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios y, por otra parte, que habiendo podido igualmente establecer un procedimiento que de forma expresa se hubiese articulado en fases sucesivas eliminatorias a fin de reducir el número de ofertas y, consiguientemente, de licitadores —*como sí ocurre en el caso de los procedimientos negociados (v. art.169.3), en el diálogo competitivo (art. 175.3) o en el procedimiento de las asociaciones para la innovación (art. 179.4) en los que la LCSP expresamente posibilita la articulación de un procedimiento a desarrollarse en fases sucesivas*—, finalmente tampoco lo hizo, optando en cambio por un procedimiento configurado por **una única fase** conformada por **dos actos de valoración**, uno relativo a criterios sujetos a juicio de valor y otro a criterios sujetos a evaluación automática.

Esta conclusión es precisamente a la que llega la reciente **Resolución nº 192/2019** del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Recurso nº 455/2018), en el que, textualmente, se dice lo siguiente:

*“**NOVENO.** En el siguiente motivo, la recurrente alega infracción del artículo 146.3 de la LCSP “(...) En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”.*

*Sostiene que el procedimiento de adjudicación analizado se articula en dos fases: la de valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor y la de valoración de la oferta económica y demás criterios de evaluación automática, y si bien el apartado 13.2 del cuadro resumen del PCAP establece “En su caso, nº de fases de valoración en que operaran los criterios y umbral mínimo de 50% de puntuación de los criterios cualitativos: según anexo I al Cuadro Resumen: Criterios de adjudicación”, el citado Anexo I no establece ningún umbral mínimo ni previsión al respecto.*

*En el informe al recurso, el órgano de contratación aduce que el artículo 146.2 b) de la LCSP dispone que “En todo caso, 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 concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”, y esto es lo que acontece en la licitación analizada, por lo que el hecho de valorar independientemente las ofertas, en dos momentos distintos, con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor y con arreglo a criterios de evaluación automática es un imperativo legal y no una opción del poder adjudicador. Ello*

*es así, además, porque los criterios cualitativos para los que el precepto invocado por la recurrente establece el umbral mínimo del 50%, pueden encontrarse tanto en los sujetos a juicio de valor, como en los evaluables automáticamente.*

*Concluye que otra interpretación llevaría al absurdo de entender que todos los procedimientos, por el hecho de tener criterios evaluables mediante fórmulas y criterios no evaluables mediante fórmulas (que son la inmensa mayoría), deben establecer un umbral mínimo del 50% para los criterios cualitativos.*

*Pues bien, no puede acogerse en este caso el motivo esgrimido en el recurso. El artículo 146.3 de la LCSP al disponer que “En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”, no está pensando en los dos necesarios momentos de valoración de las ofertas en el procedimiento abierto cuando existen criterios sujetos a juicio de valor y de evaluación automática. En este caso, la valoración en momentos diferenciados es obligatoria legalmente (artículo 146.2 b) de la LCSP) para preservar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso selectivo, mientras que la dicción literal del artículo 146.3 del citado texto parte de una premisa opcional “En el caso de que (...)”.*

*Cabe señalar que desde el punto de vista del Derecho europeo, y en particular, de la Directiva 2014/24, la posibilidad de articular fases sucesivas tiene por objeto reducir progresivamente el número de ofertas a negociar o examinar, como sucede en la licitación con negociación (artículo 29, apartado 6), en el procedimiento de diálogo competitivo (artículo 30, apartado 4) o en el procedimiento de asociación para la innovación (artículo 31, apartado 5), lo que tiene su correspondiente traducción en la LCSP, donde la licitación con negociación, el procedimiento de diálogo competitivo o el procedimiento de asociación para la innovación se regulan, respectivamente, en los artículos 169.3, 175.3 y 179.4 del citado texto legal.*

*Pues bien, en este contexto, el establecimiento de criterios sujetos a juicio de valor y de criterios sujetos a evaluación automática en un procedimiento abierto no supone la existencia de fases en sentido propio, sino que este procedimiento consta de una única fase con dos momentos de valoración. Así lo dictamina la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala cuarta) de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2018, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sobre la posibilidad de establecer en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias para las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado.*

*En su apartado 35, la sentencia señala:*

*“35 En efecto, como indicó en sustancia el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, el hecho de que la Directiva 2014/24 reserve la posibilidad de desarrollarse en fases sucesivas a determinados procedimientos, como los que se contemplan en su artículo 29, apartado 6, en su artículo 30, apartado 4, y en su artículo 31, apartado 5, no permite concluir que una evaluación de las ofertas en dos tiempos, durante la única fase de adjudicación del contrato, no sería admisible en un procedimiento abierto, como el examinado en el litigio principal.”*

*En este sentido, la Sentencia, en sus apartados 36 y 37 expone la distinta lógica a la que responden los tres procedimientos para los que la Directiva contempla la existencia de fases (licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación) y el procedimiento abierto, donde no existen fases sino dos momentos o tiempos distintos en la valoración de las ofertas.*

*Además, téngase en cuenta que el mencionado artículo 146.3 de la LCSP, ante la posibilidad de fijar fases en la licitación que deban ir superándose por las distintas ofertas presentadas, prevé la obligación de un umbral mínimo del 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos. Estos últimos pueden ser tanto criterios sujetos a juicio de valor como de evaluación automática, por lo que la pretendida aplicación obligatoria del artículo 146.3 a los dos momentos de valoración de un procedimiento abierto, como el aquí examinado, exigiría tomar en consideración la puntuación de criterios cualitativos que se hubieran establecido en el segundo momento de evaluación de las ofertas, lo que frustraría el espíritu del precepto que parece estar pensando en un umbral mínimo para poder pasar de una fase a la sucesiva.*

*Es más, una interpretación como la que sostiene AEAN, obligaría a afirmar que el legislador ha querido imponer dicho umbral a los criterios cualitativos por el hecho de que los pliegos establezcan criterios sujetos a juicio de valor y de evaluación automática en un procedimiento abierto, afirmación que carece de toda lógica pues en un procedimiento abierto pueden fijarse solamente criterios de evaluación automática y con la tesis recurrente el citado umbral no se aplicaría al conjunto de criterios cualitativos de carácter automático”*

A la vista de las anteriores consideraciones, dicha alegación debe ser objeto de desestimación por no apreciarse la infracción invocada por la recurrente.

**DUODÉCIMO. - Errores incurridos por el Comité de expertos en el examen de los criterios evaluables mediante juicio de valor**

En relación a dicho motivo de impugnación señala la recurrente TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P. que por parte del Comité de expertos no se han tenido en cuenta los certificados que acreditan una implantación homologada de métodos de calidad en su producción ante en la vertiente ISO 9001 como en la ISO 14001, considerando que ha realizado una propuesta específica sobre la implantación del control de calidad en el proceso de elaboración del PGOU de Marbella, así como que no es cierto lo señalado en el dictamen del Comité de expertos sobre los planteamientos genéricos de su oferta.

A dicha pretensión se adhiere EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L, considerando que carece de todo fundamento la desigual valoración de dicho aspecto de las ofertas técnicas, habiendo presentado a su vez los correspondientes certificados de calidad, así como que su propuesta de un plan de calidad, no fue formulada en términos genéricos.

Frente a dicho motivo de impugnación se opone el órgano de contratación señalando en síntesis que los criterios de adjudicación fueron determinados conforme al art. 146.2 LCSP, no habiendo sido objeto de impugnación en su momento, que no se ha demostrado la existencia de error ostensible ni manifiesto en el informe de valoración de criterios subjetivos, siendo de aplicación la doctrina de la discrecionalidad técnica por no haberse acreditado desviación de poder, arbitrariedad o patente error.

Asimismo, se opone a dicha pretensión BURO 4 ARQUITECTOS S.L. señalando que una, certificación de calidad, por su generalidad, se encuentra desvinculada de ningún trabajo concreto o, en término de la LCSP, no guarda relación con el objeto del contrato, por lo que no sirve como criterio de adjudicación, y considerando que la alegación va en contra de la jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica de los órganos administrativos de valoración.

A tal efecto dado que por la recurrente se aduce que en suma que el comité de expertos ha incurrido en incoherencia en la aplicación del PCAP, y en particularmente en la aplicación del criterio de adjudicación (evaluable mediante juicio de valor) relativo a “propuesta de plan de control de calidad” plasmado en el apartado 35 de su clausulado, resulta necesario proceder a la reproducción del mismo:

## **“2.1 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR (HASTA 65 PUNTOS)”**

*Para la evaluación de las propuestas del archivo electrónico nº 2 (propuestas evaluables mediante un juicio de valor), se procederá a la asignación de la puntuación en cada uno de los apartados, para lo cual se otorgará la máxima puntuación del apartado a evaluar a la que se considere que recoge con mayor grado de detalle y conocimientos los aspectos descritos anteriormente y puntuando las restantes ofertas, en función de la documentación presentada, comparándola con la de la oferta de mayor puntuación (...)*

### **“2.1.4 Propuesta de plan de control de calidad”**

*El licitador deberá exponer las medidas que propone para controlar y garantizar la calidad de los trabajos. Expresará la calidad a obtener en la ejecución del servicio objeto del contrato, así como el marco de gestión de la calidad y los controles de calidad que proponga realizar. Todas las indicaciones deberán tener una relación directa con el objeto del proyecto, Incluirá información gráfica, esquemas y diagramas adecuados a la peculiaridad del proyecto.*

- *Extensión máxima: **10 páginas DIN A-4***
- *Valoración: **Hasta 5 puntos**”*

E igualmente resulta necesario reproducir en este apartado la propuesta del Comité de expertos, y especialmente la motivación de la puntuación otorgada a cada una de las licitadoras en relación al mismo:

### **“4. PROPUESTA DE PLAN DE CONTROL DE CALIDAD (5 Puntos)”**

*Este Comité, a la vista de la documentación presentada por los distintos licitadores, indica:*

#### **TERRITORIO Y CIUDAD S.L.**

*Aborda el modo de organización y definición de Calidad de forma general, aportando las acreditaciones ISO 9001 y ISO14001 de la empresa. Propone compartir la experiencia en materia de calidad acreditada por la empresa y ponerla a disposición del objeto del contrato. Realiza un planteamiento general de la calidad sin enfocarlo específicamente a la oferta.*

*Presenta dos esquemas en los términos establecidos en el PCAP.*

*Es preciso señalar que el desarrollo presentado no deja de ser la traslación de los procesos y subprocesos previstos en la normativa de calidad aportada y que lo son de aplicación a la empresa, no exponiendo las medidas de calidad para controlar, garantizar y ejecutar la calidad de los trabajos en los términos establecidos en el PCAP.*

### **BURO 4 Y ARQUITECTOS, S.L.P.**

*Propone un esquema de la organización, creando un área específica del control de calidad. Asimismo, expone fases de control para la redacción del PGOU, estableciendo un plan de etapas para evaluar y controlar el estado del plan levantando acta de cada reunión donde se plasmarán las tareas y planificación de los trabajos*

*Presenta un esquema sobre el control de documentos con disconformidades y auditorías internas, fijando que el control de Calidad supondrá el 2% del total del trabajo y realizando chequeos, coordinaciones, verificaciones y revisiones que supone un total del 5% del total del trabajo.*

### **EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO, S.L.:**

*Aborda el modo de organización y definición de Calidad de forma general, aportando las acreditaciones ISO 9001:2000, ISO 14001:2004 y UNE 15030. Designa como responsable de calidad de los trabajos a una arquitecta en posesión del curso de control de calidad realizado por el Colegio de Arquitectos de Madrid sobre la aplicación de las normas ISO 9001.*

*Presenta dos esquemas en los términos establecidos en el PCAP.*

*No detalla claramente un control de calidad entrando solo en algunos apartados.*

### **CONCLUSIONES:**

*Este Comité valora como la mejor propuesta de calidad la presentada por BURO 4 Y ARQUITECTOS, S.L.P. por ser el único que plantea un procedimiento de calidad específicamente adaptado y no genérico. No por ello, este Comité deja de tomar en consideración las medidas de calidad presentadas por los demás licitadores.”*

De forma que en base a las consideraciones anteriores el comité de expertos otorga una puntuación de 5 puntos a la licitadora BURO 4 Y ARQUITECTOS S.L.P., y una puntuación de 4 puntos a las licitadoras TERRITORIO Y CIUDAD S.L. Y EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L.

Por tanto, entendemos que ha de entrar en juego la doctrina de la llamada “discrecionalidad técnica” en la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor que recogen entre otras la **Resolución 89/2019, de 21 de marzo**, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía:

*“En este sentido, los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que proceda asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.*

*La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites de la discrecionalidad técnica.*

*En relación con esta última, este Tribunal también ha expresado en numerosas ocasiones (v.g. Resoluciones 273/2016, de 4 de noviembre, 51/2017, 15 de marzo, 186/2017, de 26 de septiembre, 84/2018, de 28 de marzo y 236/2018, de 8 de agosto, entre otras muchas) que la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación.*

*Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara que «la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación.*

*De modo que dicha presunción “iuris tantum” solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega»”.*

Y en igual sentido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su **resolución nº 170/2018, de 23 de febrero de 2018**, recogiendo su doctrina en esta materia señala que:

*“a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse e principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones nº 102/2013, 263/2011).*

*b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta.*

*Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicio de valor la descripción será necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (resolución nº 923/2014).*

*c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengán a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012).(...)”*

*La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática (...)”*

De otro lado en lo que se refiere a la incoherencia y falta de justificación, que en suma supondría una falta de motivación señala la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares (**Res. 4/2017 de 31 de mayo de 2017**), que:

*“...el requisito de motivación tiene por finalidad dar a conocer a las personas interesadas los motivos en los que la Administración fundamenta sus actos, de manera que los puedan rebatir si consideran que no se ajustan a derecho mediante la interposición de un recurso debidamente fundamentado. Además, esta motivación, que puede ser por referencia a informes, no requiere de razonamientos exhaustivos y pormenorizados, sino que se admite una motivación breve y concisa, siempre que sea suficiente para que las personas interesadas conozcan las razones que fundamentan las decisiones de la Administración...”*

Así a diferencia de lo afirmado por la recurrente no se observa la incoherencia y falta de justificación denunciada pues ni los pliegos que una vez devienen firmes se erigen en ley para las partes, establecen en la valoración de dicho criterio que se tendrán en cuenta los certificados de calidad a los que alude, ni los mismos han sido obviados en los términos referidos por lo que no puede apreciarse que en dicha valoración el comité de expertos haya incurrido en arbitrariedad, se haya probado el error manifiesto o se haya incurrido en falta de motivación, dado que como se refleja en el informe del comité de expertos adoptado por unanimidad el hecho diferencial es que las licitadoras que han obtenido un punto menos en relación a la que obtenido la máxima puntuación radica básicamente en el caso de Territorio y Ciudad en el hecho de que *“el desarrollo presentado no deja de ser la traslación de los procesos y subprocesos previstos en la normativa de calidad aportada”*, en tanto que en el caso de Ezquiaga *“no detalla claramente un control de calidad entrando solo en algunos de los apartados”*.

Por tanto, este motivo de impugnación debe ser desestimado al estar dotada la decisión del Comité de expertos de la denominada discrecionalidad técnica sin que se haya acreditado que en la evaluación de dicho criterio se ha incurrido en patente error, arbitrariedad o falta de motivación.

**DÉCIMOTERCERO.- La imposibilidad de que las mejoras en un procedimiento de adjudicación abierto tengan una valoración superior al 2,5% cuando los criterios evaluables por juicio de valor superan los criterios objetivos**

En relación a dicha pretensión expone en síntesis la recurrente TERRITORIO Y CIUDAD, S.L.P., que a pesar de que los pliegos tienen el carácter de *lex contractus* y vinculan tanto a los licitadores como al órgano de contratación y que la jurisprudencia ha venido matizando este criterio cuando se trate de pliegos que contienen cláusulas nulas por ser manifiestamente contradictorias con las disposiciones de la LCSP de contenido obligado, a cuyos efectos aporta un resumen de sentencias y resoluciones de diversos Tribunales fechadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

Así, la recurrente señala que los PCAP incorporan en su cláusula 35 una previsión de mejoras en materia de metodología que podían alcanzar hasta un máximo de 10 puntos, entendiéndose que ello podría conllevar que cualquiera de las propuestas ofertadas pudiese obtener un valor del 10% del total de puntos del concurso, dando un resultado contrario al porcentaje máximo establecido en el párrafo segundo del apartado 7 del artículo 145 de la LCSP.

Por su parte la otra sociedad recurrente, EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO, S.L., viene a alegar, en síntesis y de forma equivalente a lo señalado por la otra entidad mercantil recurrente, que *“la puntuación de las mejoras no puede superar en ningún caso el 2,5 por ciento”* y que *“La cláusula 32ª del PCAP asigna al criterio, sin embargo, 10 puntos de un total de 100.”*, a cuyos efectos transcribe lo indicado en la cláusula 28.2 letra b) del PCAP, así como lo establecido por el artículo 145.7 LCSP.

Asimismo, la sociedad BURO4 ARQUITECTOS, S.L.P. a la postre adjudicataria del contrato que nos ocupa, alega, en síntesis y por lo que aquí interesa, que *“la participación en el proceso de contratación supone la asunción del pliego, incluso aunque incurriera en alguna irregularidad, lo que impide como regla general que se pueda impugnar el contenido del pliego, tras la adjudicación,”* y que a su juicio *“el PCAP usa en varias situaciones la palabra “mejora” pero sin acomodarse al concepto legal del art. 145.7, sino a los meros efectos de describir modos de ejecución o equipos de trabajo que, superando el mínimo establecido en los criterios de solvencia o en el pliego de técnicas, se proponen como elemento diferenciador.”* .

Por lo que respecta al informe emitido por el órgano de contratación en el que se analizan las alegaciones relativas a dicho aspecto, se concluye, de forma sintetizada, que la mejora descrita como tal en el Informe-Propuesta del servicio técnico de la Delegación de Ordenación del Territorio y Vivienda de fecha 10 de enero 2019, es un criterio de valoración previsto en el artículo 145.2.2º LCSP; que el hecho de que se denomine mal en cuanto a la forma conceptual, no afecta jurídicamente a sus efectos; que no se está ante la mejora contemplada en el artículo 145.7 LCSP, puesto que en ningún caso se exigen prestaciones adicionales no especificadas en los criterios de valoración, equiparables jurídicamente al concepto de variante; que por lo anterior no es aplicable la limitación del 2.5% establecido en el referido artículo 145.7 LCSP y, finalmente, que en ningún momento se ha recurrido el informe-propuesta de valoración, habiendo presentado proposición la mercantil recurrente.

Pues bien, para resolver las cuestiones planteadas y a la vista de los argumentos esgrimidos tanto por las recurrentes como en el informe del órgano de contratación, tenemos que empezar analizando si las determinaciones contenidas en las referidas cláusulas del PCAP tienen la consideración de mejoras o no, a cuyos efectos debemos reproducir lo indicado en las cláusulas 28 y 35 en relación a la documentación a presentar por los licitadores en el sobre 2 y las mejoras admitidas.

Así, en el apartado 28.2 denominado “**Sobre número 2: Documentación para valoración de criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor**”, se indica lo siguiente:

*“El sobre 2, contendrá la documentación técnica referida a los aspectos de laprestación correspondientes a los criterios de valoración discrecional, considerándose como tales los que no son evaluables de forma automática o matemática con arreglo a cifras, fórmulas o porcentajes por depender de un juicio de valor. La oferta técnica no podrá contravenir las determinaciones recogidas en el Pliego de Condiciones Técnicas(..)”,* añadiendo a continuación en el punto **1. MEMORIA INFORMATIVA Y DESCRIPTIVA**, lo siguiente:

**“a) Metodología general de los trabajos.**

*(..) El licitador presentará una memoria técnica que exponga la propuesta de contenidos y el desarrollo de los trabajos a realizar con indicación de los condicionantes que presentan estos, de forma que se pueda conocer el alcance de los trabajos y se demuestre conocimiento del trabajo a realizar.*

*Se presentará información gráfica, esquemas y diagramas acomodados a la peculiaridad del proyecto.*

*Todas las indicaciones para el desarrollo de esta memoria deberán tener una relación directa con el objeto del contrato.*

*Se valorará en este punto las innovaciones sobre los mínimos del Pliego, mejora en la coordinación y distribución de fases prevista en el Pliego modelo conceptual que muestre el conocimiento y coordinación con los modelos de datos y sistemas información geográfica existentes y la cantidad y calidad de la información incluida.*

**b) Mejora admitida en este punto.**

**Mejoras justificadas en las herramientas y documentación a entregar e innovaciones técnicas que deberá ser debidamente evaluadas y cuantificadas económicamente por el ofertante justificando su mejora sobre la oferta presentada y cómo afecta al objeto del contrato en mejoría.”.**

Por otra parte, en la cláusula 35 “**Valoración de las proposiciones**”, en concreto en el apartado 2.1.1 “**Metodología general de los trabajos**”, se dice que “*El licitador presentará una memoria técnica que exponga la propuesta de contenidos y el desarrollo de los trabajos a realizar con indicación de los condicionantes que presentan estos, de forma que se pueda conocer el alcance de los trabajos y se demuestre conocimiento del trabajo a realizar. Se presentará información gráfica, esquemas y diagramas acomodados a la peculiaridad del proyecto.*”, estableciendo en el apartado denominado “**MEJORA ADMITIDA EN ESTE PUNTO**”, al igual que lo hace la letra b) de la cláusula 28.2 anteriormente transcrita, que las mejoras admitidas serán las “*Mejoras justificadas en las herramientas y documentación a entregar e innovaciones técnicas que deberá ser debidamente evaluadas y cuantificadas económicamente por el ofertante justificando su mejora sobre la oferta presentada y cómo afecta al objeto del contrato en mejoría.*”.

Pues bien, a la vista de lo señalado en las anteriores consideraciones, en particular de lo establecido en los apartados denominados “**Mejora admitida en éste punto**”, se infiere claramente que el órgano de contratación optó por concretar específicamente en el PCAP, además de cuáles son sus prestaciones, en qué habían de versar y cuáles deberían ser las características y la justificaciones de las mejoras que podían ser ofertadas por los licitadores, así como la vinculación de éstas con el objeto del contrato, autolimitando de ésta forma las facultades de apreciación que legalmente tiene conferidas dicho órgano y de las cuales ya no puede apartarse, pudiendo deducirse del contenido del apartado transcrito que, efectivamente, se trataría de prestaciones adicionales a las definidas en los pliegos.

Así y por lo que respecta al concepto de “mejora”, podríamos afirmar, en los términos expresados en fundamentos anteriores, en el mismo sentido que lo hace el TACP de Aragón en sus **Acuerdos 8/2012, de 7 de febrero y 45/2015, de 16 de abril**, que por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo, siendo imprescindible, por consiguiente, su vinculación al objeto de la prestación y la justificación de en qué mejora, porqué mejora y con arreglo a qué criterios se valoran.

En el mismo sentido, la **Resolución nº 592/2014, de 30 de julio**, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales – ya mencionada pero útil reproducir de nuevo- ha sintetizado la doctrina sobre el ámbito de las mejoras (y su diferencia de las variantes), y declara que: “**deben concurrir los siguientes requisitos para la admisión de las mejoras: a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación; b) Que guarden relación con el objeto del contrato; c) Que deberán mencionarlos en el pliego y en los anuncios; d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación**», pudiendo deducirse de la redacción dada a las mejoras en el PCAP que en el caso que nos ocupa dichos requisitos se cumplirían.

Asimismo, otra característica que revelaría que nos hallamos ante mejoras y no ante criterios u otras prestaciones ligadas al servicio en cuestión, es que, como ya hemos apuntado anteriormente, en el PCAP expresamente se advierte que las mismas han de ser “**debidamente evaluadas y cuantificadas económicamente por el ofertante justificando su mejora sobre la oferta presentada**”, cuestión que no resulta banal, pues es precisamente lo que permitirá al órgano de contratación comprobar, por una parte, que el valor económico de las mejoras ofertadas –*su evaluación y cuantificación económica*— no altera o modifica el valor estimado del contrato y, por otra, si finalmente la ejecución de las reiteradas mejoras se ha llevado a cabo por el adjudicatario de conformidad con la oferta presentada.

Así y por lo que respecta a la necesidad de proceder a la valoración de las mejoras, resulta oportuno traer a colación la **Resolución nº 170/2018** del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el que se dice “*Por otro lado, la Resolución 173/2013, 14 de mayo, señala que “el propio Tribunal de Justicia de la UE ha analizado la obligación de que el pliego de cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de mejoras, en aras del principio de igualdad de trato de los licitadores (Sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfellner GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues, como ha recordado la STJUE de 24 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejadas en el pliego.(.)”*».

De la misma forma, la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia en su **informe 03/2010, de 15 de septiembre** señalaba, respecto a las proposiciones formuladas por el licitador y aceptadas por el órgano de contratación, que *“en definitiva, si las mejoras ofertadas por el adjudicatario forman parte integrante de su proposición (oferta de contrato) y ésta ha sido aceptada por la adjudicación del órgano de contratación sin ninguna reserva al respecto, **aquéllas serán exigibles** al contratista con independencia de que hayan sido valoradas en la fase de adjudicación del respectivo contrato, oferta que **deberá ser cumplida de forma estricta por el adjudicatario del contrato.**”*

Una vez despejadas las dudas respecto a la condición de mejoras de las determinaciones contempladas en las referidas cláusulas del PCAP, resta analizar si, en consonancia con lo preceptuado en el artículo 145.7 LCSP, la asignación a las valoraciones estarían sometidas al porcentaje establecido en el párrafo segundo de dicho artículo, en el que, textualmente, se dice que *“En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al **2.5 por ciento.**”*

Los supuestos en los que son de aplicación el límite establecido en el referido párrafo, los hallamos en lo dispuesto en la letra a) del artículo 146.2 de la LCSP, señalando que:

*“En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar ésta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.”*

Pues bien, dado que en el PCAP del servicio de asistencia y consultoría cuya adjudicación ha sido recurrida, su cláusula 29 expresamente establece que *“No obstante lo anterior, puesto que la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor tiene atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, la aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por un **Comité de expertos** con cualificación apropiada, (..)”*, dicha afirmación nos habría de llevar, irremisiblemente, a la conclusión de que la valoración de las mejoras **“hasta 10 puntos”** establecida en la cláusula 35 del PCAP, contravendría el límite del 2,5 por ciento establecido en el párrafo segundo del artículo 145.7 de la LCSP, deviniendo la misma nula de pleno derecho por infringir, como ya hemos

indicado, la regulación establecida para los supuestos en los que la valoración de los de los referidos criterios subjetivos ha de efectuarse, como en el presente caso, por un comité de expertos.

A la vista de las anteriores consideraciones, **procedería estimar las alegaciones en relación dicho a aspecto** formuladas en los recursos interpuestos por las sociedades TERRITORIO Y CIUDAD, S.L.P. y EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO, S.L., al apreciarse que las valoraciones asignadas a las mejoras conculcarían el límite del 2,5 por ciento establecido en el párrafo segundo del artículo 145.7 de la LCSP, **si bien los pronunciamientos de este Tribunal contenidos en los Fundamentos de derecho decimocuarto y decimoquinto impiden la ejecución de dicha pretensión en los términos resueltos.**

**DÉCIMOCUARTO. - La improcedente ampliación del plazo de presentación de ofertas.**

En relación a dicha alegación procede señalar en síntesis que la recurrente TERRITORIO Y CIUDAD SLP señala que como licitadora no reconoció la validez de la ampliación de plazos, habiendo efectuado su oferta conforme al anuncio publicado en el DOUE el día 22 de Febrero de 2019, considerando que la ley 39/2015, de 1 de octubre, no resulta de aplicación en materia de contratación cuando exista una regulación específica en la LCSP 2017, por lo que solicita la declaración de invalidez del decreto de 22 de Febrero de 2019 de ampliación de plazo para la presentación de ofertas y, consecuentemente la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación.

Junto a tales consideraciones, por parte de este Tribunal se considera innecesario la apertura de período probatorio para resolver como solicita la recurrente respecto de los apartados a) y b) en su escrito de recurso (pág. 51), dado que tales hechos son fácilmente comprobables por este Tribunal tanto en la propia Plataforma de Contratación del Sector Público, como en los propios documentos obrantes en el expediente administrativo remitido por el órgano de contratación.

Frente a tales alegaciones se opone el órgano de contratación en su informe señalando en síntesis que la ampliación no obedece a una rectificación o modificación en los pliegos, o de la documentación prevista en el art. 63.3 LCSP, que dicha ampliación tuvo lugar antes de que del plazo concluyera sin que existieran ofertas favoreciendo a todos los interesados, y en definitiva que dicha ampliación no vulnera el régimen de anuncios previsto en el art. 142 LCSP resultando respetuosa con lo previsto en el art. 135 LCSP no siendo necesario el envío de un nuevo anuncio al DOUE.

En similar sentido se opone a dicha pretensión BURO4 ARQUITECTOS SLP considerando que el ajuste del plazo se produce para facilitar la concurrencia y competitividad (principio general de la contratación), por voluntad del órgano de contratación, previo informe técnico al efecto. Además, la comunicación se hace efectiva en la plataforma de contratación.

Así las cosas, procede comenzar señalando que frente a lo aducido por la recurrente en lo relativo a la aplicación subsidiaria de la ley 39/2015, de 1 de octubre, conforme previene la Disposición final cuarta LCSP, pueden traerse a colación otros pronunciamientos del propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que se refieren a la ampliación del plazo para la presentación de proposiciones incluso una vez que ha concluido el mismo, sirviendo de ejemplo su **Resolución nº 135/2013**:

*“Por nuestra parte debemos señalar ante todo que la prórroga del plazo de presentación de proposiciones una vez concluido éste o por decirlo con mayor precisión, la apertura de un nuevo plazo puesto que tuvo lugar una vez concluido el primero, no está contemplada en la Ley de Contratos del Sector Público tal como indica la recurrente (...)*

*Tampoco se infringió norma alguna, pues si bien es cierto que las disposiciones que rigen la licitación de los contratos públicos no contemplan ningún supuesto similar al indicado, no es menos cierto que tampoco puede deducirse de ellas una prohibición expresa, sin que se pueda considerar que mediante una actuación de esta índole que no tienen más finalidad que garantizar el buen fin de la licitación y los derechos de los licitadores, se desatiendan las formalidades de este procedimiento, pues éstas tienen por objeto precisamente el mismo que se ha tratado de lograr con el proceder del órgano de contratación”.*

Sin perjuicio de lo anterior hemos de analizar el transcurso de hechos y actuaciones a lo largo de la licitación que resultan trascendentales, más allá de lo acertado o no de las causas que justifican la ampliación del plazo llevado a cabo por el órgano de contratación, y en particular en lo referente a la publicación del plazo de ampliación para la presentación de proposiciones, constando únicamente en el expediente de contratación y así puede comprobarse en la Plataforma de Contratación del Sector Público, que la misma se ha llevado únicamente a cabo a través de esta última, sin que la misma haya sido objeto de publicación en el DOUE.

De forma que tal y como alega la recurrente la rectificación (o más bien modificación) del anuncio de licitación el día 22 de febrero de 2019 por la que se amplía el plazo para la presentación de proposiciones únicamente se lleva a cabo a través de la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, sin que la misma fuere objeto de publicación en el DOUE como resulta preceptivo a diferencia de lo aducido por el órgano de contratación, dado que nos encontramos en presencia de un contrato sujeto a regulación armonizada, y en consonancia con lo dispuesto en el art. 75 del RD 1098/2001, de conformidad con el cual *“cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y **se hará pública en igual forma que éstos**, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones”*.

Así puede traerse a colación la **Resolución nº 188/2013, de 23 de mayo de 2013** del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

*“A la vista de todo lo anterior, el Tribunal comprueba con el examen del expediente remitido que, ni el inicial anuncio de licitación, ni, en lo que aquí interesa, los anuncios de rectificación de dicho anuncio inicial, han sido objeto de la publicidad debida. En efecto, dado que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, tanto el anuncio inicial como las rectificaciones de dicho anuncio deberían haber sido objeto de publicidad a través del Diario Oficial de la Unión Europea y del Boletín Oficial del Estado. A estos efectos es, por lo tanto, insuficiente la publicación de la rectificación de los pliegos y del nuevo plazo de presentación de las ofertas en la página web del órgano de contratación”*.

Y en igual sentido la **Resolución nº 841/2018, de 24 de septiembre de 2018** del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indicando que:

*“El punto de partida es ya el de no considerar que nos encontramos ante una modificación del pliego como tal, puesto que no se trata de este supuesto, sino de una modificación de la convocatoria de licitación.*

*Al respecto hay que indicar que la convocatoria de la licitación aun cuando no es el pliego como tal, sin embargo, produce un efecto tan relevante como es el de la determinación del momento en que se pueden presentar las proposiciones de los licitadores, esto es, sus ofertas por lo que incide de lleno en la igualdad de éstos y en la libre concurrencia que debe ser aplicada todo el procedimiento de contratación.*

*Por tal motivo, cualquier cambio que tenga lugar en esa fecha, aun cuando no se haya producido de forma literal en el PCAP, es tan relevante que determina la marcha de todo el procedimiento de licitación.*

*Ello hace que el régimen jurídico de modificaciones del pliego, inspirado en mantener en la medida de lo posible las condiciones iniciales del procedimiento de contratación al objeto de que no se produzca merma alguna en la libre concurrencia entre los licitadores, pueda ser aplicado también al acto de determinación de la fecha o plazo de presentación de ofertas, ya se encuentre éste contenido dentro del pliego o en otro documento que complemente, concrete o desarrolle aquél.”*

Y en idéntico sentido a lo ya expresado se pronuncia la **Resolución nº 31/2017**, de 1 de febrero de 2017, del Tribunal de Administrativo de Contratación Pública de la CCAA de Madrid:

*“Respecto a la publicación, debe tenerse en cuenta lo establecido por el TRLCSP, puesto que las modificaciones de los anuncios de las convocatorias deben someterse a la misma publicidad que los originalmente publicados y siendo en este caso un procedimiento sometido a regulación armonizada, debería haberse publicado además en el DOUE.*

*Así viene impuesto por el artículo 142 del TRLCSP y por el artículo 75 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el cual determinan que cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de los contratos se hará pública en igual forma que estos, debiendo computarse en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones.*

*La finalidad de la publicación es garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia y esos principios solo pueden garantizarse si las modificaciones de las convocatorias, incluso las ampliaciones de plazo, son conocidas por todos los potenciales licitadores con anterioridad a la finalización del plazo originalmente establecido en el anuncio publicado.*

*En este caso no se ha producido la publicación de la modificación en el DOUE puesto que como indica el informe del órgano de contratación, el anuncio no fue enviado.*

*En consecuencia, habiéndose llevado a cabo la modificación de forma indebida mediante una rectificación de errores, y no habiéndose publicado debidamente, procede estimar parcialmente el recurso anulando la resolución publicada retrotrayendo el procedimiento al momento previo, para dictar una nueva resolución de modificación y proceder a su publicación en los boletines correspondientes y el perfil”.*

Junto a lo anterior debe señalarse que tampoco puede considerarse dicha alegación como extemporánea en consonancia con lo previsto el art. 19.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre “*cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la ley no exija que se difunda por este medio*”, dada la falta de publicación en el DOUE del anuncio de rectificación del plazo para presentación de proposiciones como resulta preceptivo.

Así viene a corroborarlo la **Resolución nº 188/2013 de 23 de Mayo de 2013** Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales cuando señala que:

*“Tampoco se puede declarar la extemporaneidad del recurso, cuando el instrumento para publicar la modificación del plazo de presentación de las ofertas no ha sido el idóneo; por lo tanto, el plazo del recurso no debe computarse desde la fecha en que publica la rectificación en el perfil del contratante, sino desde que se publica en los periódicos oficiales por formar parte del contenido del anuncio de licitación, hecho que no se ha producido”.*

Por tanto, ha de concluirse al respecto que dado que la finalidad de la publicación es garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia (art. 1 LCSP), y dado que tales principios solo pueden garantizarse si las modificaciones de las convocatorias, incluidos las ampliaciones de plazo, son conocidas por todos los potenciales licitadores con anterioridad a la finalización del plazo originalmente establecido en el anuncio publicado, así como atendiendo al hecho de que nos encontramos en presencia de un contrato sujeto a regulación armonizada sin que la rectificación del anuncio por la que se amplía el plazo de presentación de proposiciones haya sido objeto de publicación en el DOUE como resulta preceptivo, **dicho motivo ha de ser objeto de estimación**, siendo a partir de la publicación en el DOUE cuando habría de comenzar a computarse el plazo de ampliación de presentación de proposiciones, lo cual como hemos señalado no ha tenido lugar.

No obstante, **si bien como hemos dicho procedería estimar parcialmente el recurso anulando la resolución publicada y retro trayendo el procedimiento al momento previo, a fin de dictar una nueva resolución de modificación, y proceder a su publicación en los boletines correspondientes (DOUE) y el perfil del contratante, ello no resulta posible al encontrarse el contrato ya adjudicado debiendo declararse la nulidad de todo el procedimiento de licitación** en consonancia con lo señalado por la **Resolución nº 115/2019**, de 17 de abril de 2019, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía

*“En definitiva, la necesidad de respetar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa es incompatible con la posibilidad de realizar una nueva valoración de las ofertas conforme a criterios sujetos a juicios de valor, con posterioridad al conocimiento íntegro de la totalidad de las ofertas relativas a los criterios evaluables de forma automática.*

*En consecuencia, a la vista de los artículos 150.2 del TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, al no quedar garantizada la imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, la consecuencia inevitable es la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación (...) la cual no impedirá la iniciación por el órgano de contratación de un nuevo procedimiento de adjudicación, si así lo estima necesario.”*

#### **DÉCIMOQUINTO. - La conformación irregular del Comité de expertos**

En lo relativo a las alegaciones formuladas en su recurso por EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L con relación al Comité de expertos, pueden sistematizarse en un total de 4 causas que serán objeto de análisis por separado:

1. No se ha seguido el procedimiento de designación establecido en los pliegos para la designación del Comité de expertos.

2. Que los tres miembros titulares que conforman el comité de expertos se encuentran adscritos al órgano proponente del contrato.

3. Indebida conformación del Comité de expertos dado que entre sus miembros titulares no se designa un jurista especializado en contratación pública, así como en el ejercicio de sus funciones han actuado tanto los titulares como suplentes.

4. Incompatibilidad entre el desempeño de las funciones de Secretaria de la Mesa de Contratación y miembro del Comité de expertos

Frente a dichas alegaciones se opone el órgano de contratación señalando lo siguiente:

1. Que el Comité de expertos se aprueba por órgano competente publicándose por órgano competente, publicándose en la Plataforma de contratación del sector público y que dicha aprobación y publicación tuvo lugar antes de la apertura de la documentación administrativa.

2. Que no ha sido objeto de impugnación la resolución por la que se designa a los miembros del comité de expertos.

3. Que su composición es conforme con la disposición adicional segunda punto 8 LCSP, y que no resulta de aplicación la regla prevista en el art. 146.2.b) en relación a la prohibición de que los miembros del comité de expertos formen parte del órgano proponente del contrato.

4. Que no existe incompatibilidad entre la Secretaría de la Mesa de Contratación y el ser miembro del comité de expertos para la valoración de criterios sujetos a juicio de valor en un mismo procedimiento de licitación.

Por su parte TERRITORIO Y CIUDAD SLP se opone a la pretensión de la otra recurrente en este aspecto considerando que ninguno de los integrantes del Comité de valoración participó en la redacción técnica del contrato, que es el único impedimento que, para la Administración Local, establece la DA 2º LCSP respecto a la composición del Comité de expertos.

Y similar sentido se opone BURO4 ARQUITECTOS SLP considerando que no ha habido ninguna vulneración procedimental pero, en caso de que así hubiera sido, dicha irregularidad no ha tenido ningún efecto en el resultado final de la decisión del Comité de expertos ni de la Mesa de Contratación.

En consecuencia, ninguna de los integrantes del Comité de Valoración participó en la redacción técnica del contrato, que es el único impedimento que, para la Administración Local, establece la DA 2º LCSP respecto a la composición del Comité de Expertos

Seguidamente procederemos al análisis por separado de cada una de las cuestiones que se someten a la consideración de este Tribunal, siguiendo el orden anteriormente establecido.

A tal efecto y comenzando por la alegación relativa al **procedimiento seguido para la designación del Comité de expertos** señala el art. 29 PCAP que *“la composición de dicho Comité de expertos se publicará en la Plataforma de Contratación del Sector Público cuando se proceda a la aprobación por órgano competente del citado expediente”*.

Dado que en relación a dicho aspecto nada se establece en la Disposición Adicional Tercera LCSP en su apartado 8, hemos de acudir de un lado a lo dispuesto en el art. 63.5 LCSP de conformidad con el cual:

*“Deberán ser objeto de publicación en el perfil de contratante, asimismo, los procedimientos anulados, la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios.*

*En todo caso deberá publicarse el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o que se refieran únicamente a la Administración, organismos o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios”.*

Por su parte, el art. 29 del RD 817/2009, de 8 de mayo señala que *“la designación de los miembros del comité de expertos a que se refieren los artículos anteriores podrá hacerse directamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o bien establecer en ellas el procedimiento para efectuarla”.*

Cierto es como señala la recurrente que la designación del Comité de expertos no se llevó a cabo directamente en PCAP, si bien tal y como faculta el precepto anteriormente referenciado dicha designación puede hacerse a través del procedimiento señalado en el PCAP, tal y como se plasma en su cláusula 29, si bien entendemos que ello no exige un procedimiento estructurado en varias fases máxime si se tiene en cuenta que la opción alternativa resulta ser la designación directa a través de los PCAP

Y a su vez a diferencia de lo señalado por la recurrente, en el PCAP se indica que su designación se llevará a cabo con ocasión de aprobación del “citado expediente” sin incluir la referencia “de contratación”, por lo que si bien puede adolecer de cierta confusión entendemos que no cabe achacar al procedimiento seguido para la designación las consecuencias que pretende atribuirle la recurrente (nulidad de pleno derecho).

Y ello de un lado porqué la designación del comité de expertos se ha llevado a cabo por el órgano competente, esto es, por el órgano de contratación pudiendo citarse en tal sentido lo señalado por la JCCPE (Expte. 96/18):

*“La cuestión está resuelta en el artículo 29 del RD 817/2009, en el que se expone que la designación de los miembros del comité de expertos podrá hacerse directamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o bien establecer en ellos el procedimiento para efectuarla. Este precepto tiene carácter básico conforme a la DF 1ª de la norma y no restringe la competencia para el nombramiento, aunque presume de modo tácito la del órgano de contratación, quien conforme al artículo 124 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es el competente para aprobar los pliegos”.*

Y de otro porqué dicha designación ha sido objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 5 de marzo de 2019, tal y como establecen el art. 63.5 LCSP y el propio PCAP en su cláusula 29, habiéndose procedido a la misma con carácter previo a la apertura y calificación de la documentación administrativa que tuvo lugar el 6 de marzo de 2019.

Por tanto, en base a tales consideraciones dicho motivo debe ser objeto de desestimación.

En segundo lugar, se alega por la recurrente que **los tres miembros titulares están formalmente adscritos, desarrollando de ordinario sus servicios al órgano proponente del contrato**, esto es, a la Delegación de Ordenación del Territorio y Vivienda, dado que cada uno de ellos desempeña de hecho alguna de las jefaturas existentes, siendo otro de los Jefes de Servicio de la Delegación quien para un mayor conflicto de intereses firma el pliego de prescripciones técnicas o la memoria justificativa, entre otros informes, concluyendo que se infringen las previsiones del pliego y el art. 149.2.a) LCSP (si bien este último incorrectamente citado debiendo entenderlo referido al art. 146.2.a).

Se opone a dicha pretensión el órgano de contratación considerando que el art. 146.2.a) LCSP cuando se refiere al órgano proponente se está refiriendo a la Administración General del Estado, por eso el artículo 28 del Reglamento distingue entre organismos ministeriales, de forma que la Disposición Adicional Segunda en su punto 8 establece una regla “especial” para las entidades integrantes de la Administración local por la diferente organización y especialización entre ambas administraciones, dado que para la misma se señala que el comité de expertos *“podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato que se trate.”*

Y en tal sentido, debe señalarse que asiste la razón al órgano de contratación que la Disposición Adicional Tercera LCSP en su apartado 8 ha venido a establecer una norma especial para la Administración local que desplaza las previsiones del art. 146.2.a) LCSP en lo relativo a la prohibición de que los miembros del comité de expertos puedan pertenecer al “órgano proponente del contrato”, tal y como ha venido a corroborar la **JCCPE (Expte. 96/18)**:

*“La Disposición Adicional Segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, alude expresamente a las competencias en materia de contratación en las Entidades Locales, señalando en su apartado 8 que el comité de expertos a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 146 de la presente Ley, para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública.*

*Esta es una norma especial, aunque tiene carácter potestativo, tal como resulta de lo dispuesto en su apartado 8. Por tanto, aunque no cabe duda de que a las entidades locales les será de aplicación la DA 2ª de la LCSP con carácter general, potestativamente las mismas podrán acudir a lo dispuesto en el artículo 146.2 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que establece también una regla sobre la composición del comité.”*

Si bien señalado lo anterior, no es eso lo ocurrido en el expediente de contratación objeto de impugnación puesto que a diferencia de lo manifestado por el órgano de contratación, y como acertadamente aduce la recurrente el PCAP sí que alude expresamente a la prohibición de que los miembros del Comité de expertos puedan estar adscritos al órgano proponente del contrato, por lo que potestativamente se ha vinculado la Administración a la regla del art. 146.2.a) LCSP, por la vía de su previsión en el PCAP, debiendo recordarse que es doctrina contractual pacífica y consolidada que los pliegos son ley entre partes, que vinculan a los licitadores y al órgano de contratación.

Previsión esta última que se ve corroborada con la reproducción de lo establecido en la cláusula 29 PCAP en lo relativo al comité de expertos, puesto que si bien en el último párrafo de la misma únicamente contiene la previsión de que *“no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trata”*, no ocurre lo mismo en el párrafo precedente:

*“No obstante lo anterior, puesto que la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor tiene atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, la aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por un **Comité de expertos** con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que le corresponderá realizar la evaluación de las ofertas, (artículo 146.2.a) y Disposición Adicional 2ª punto 8 LCSP).*

Es por ello por lo que se impone clarificar cual es el alcance de la expresión *“órgano proponente del contrato”* a los efectos de dicha prohibición de pertenencia al Comité de expertos, pudiendo traerse a colación el **Informe 4/2009, de 25 de junio de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia**, en relación a diferentes aspectos del Comité de expertos en el seno de las Corporaciones locales:

*“Este reglamento parcial de la LCSP aclara parte de la controversia doctrinal que surgió de la interpretación del precepto legal, ya que en el art. 28 indica que “siempre que sea posible, los miembros del comité mencionado deberán ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante” reiterando la exclusión de la misma del personal integrado en el órgano que proponga la celebración del contrato.*

*Para determinar quién es el órgano proponente del contrato, es necesario consultar el artículo 93 de la LCSP en relación con el artículo 22 del mismo cuerpo legal. Del análisis de ambos artículos es posible llegar a la conclusión de que, aunque la iniciación del expediente de contratación debe ser realizada por el órgano contratante, en ese momento ya debe determinarse con precisión, en la documentación preparatoria a que se refiere el artículo 22, la necesidad del contrato, la determinación de su naturaleza y el alcance de las necesidades a satisfacer a través del contrato proyectado, así como la adecuación de su objeto y contenido.*

*Amplía la nueva ley según lo dispuesto en los artículos 13 y 202.1 derogados del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el T.R. de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que exige, respectivamente, justificar la necesidad del contrato para los fines públicos, y la incorporación al mismo de un informe del servicio interesado en la celebración del contrato en el cual la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliar los medios personales y materiales con los que cuenta la Administración para la ampliación del servicio.*

*En la LCSP la necesidad e idoneidad del contrato debe determinarse con precisión antes de su inicio (art. 11) y la preparación de la documentación que certifique que tales requisitos deben ser realizados o recopilados, aunque nada dice expresamente, por el órgano proponente del contrato.*

*El fundamento de la competencia habrá que buscarlo en la potestad organizativa de las Administraciones Públicas con capacidad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que las configuren en función de las especialidades derivadas de su organización y atendiendo al principio de división del trabajo por razones de eficacia”*

Por lo que viene a concluir que:

*“Por órgano proponente deberá entenderse la unidad administrativa de la que parte la propuesta de necesidad del contrato y que aporta la documentación preparatoria a que hace referencia el artículo 22 LCSP”.*

Partiendo de la doctrina anteriormente referenciada es claro que las unidades administrativas tienen la consideración de órganos administrativos dado que así lo corrobora con carácter básico el art. 5 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público cuando señala que *“tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”*.

De forma que puede colegirse que atendiendo a la estructura organizativa del Excmo. Ayuntamiento de Marbella los “servicios” integrados en cada una de las Concejalías tienen “per se” la consideración de “órganos administrativos” en el sentido del art. 5 LRJSP, dado que son unidades administrativas cuya actuación tiene carácter preceptivo, tal y como se colige de los arts. 172 y 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

En el contrato que se somete a nuestra consideración consta el informe de necesidad que ahora exige el art. 28 LCSP y en consonancia con la señalado por la JCCA de Galicia el mismo no parte de la Concejala – Delegada de Ordenación del Territorio que únicamente formula una providencia de inicio del expediente y que no resulta equiparable al informe del art. 28 LCSP, siendo este último objeto de emisión por el Jefe del Servicio de la Delegación de Ordenación del Territorio (o Dirección jerárquica), por lo que es dicho servicio o unidad administrativa a la que habría de considerarse como “órgano proponente del contrato” a los efectos de la prohibición del art. 146.2.a) LCSP a diferencia de lo manifestado por la recurrente, por lo que no puede apreciarse que los 3 miembros del Comité de expertos designados como titulares puedan considerarse integrados en el “órgano proponente del contrato” a los efectos de la prohibición del art. 146.2.a) LCSP dado que se integran o “encabezan” en tanto Jefes de Servicios en sus respectivas unidades administrativas distintas de aquella que lleva a cabo la proposición del contrato, de conformidad con la estructura organizativa existente en el Excmo. Ayuntamiento de Marbella.

Por tanto, en base a tales consideraciones dicho motivo debe ser objeto de desestimación.

En tercer lugar, en relación al comité de expertos alega la recurrente que **se ha producido su conformación indebida dado que entre sus miembros titulares no se designa un jurista especializado en contratación pública, y que en el ejercicio de sus funciones han actuado tanto los titulares como suplentes**, señalado que la composición se ha producido informalmente, sin modificación el acuerdo de designación, sin publicitar el cambio y sin notificarlo a las empresas concurrentes.

Se opone a dicha alegación el órgano de contratación señalando que la resolución de nombramiento del Comité de expertos no ha sido objeto de impugnación pese a tratarse de un acto de trámite cualificado conforme el art. 44.2.b) LCSP, considerando que por ello la actuación de la recurrente es contraria al principio de buena fe y confianza legítima.

A tal efecto hemos de partir nuevamente de la Disposición Adicional Segunda LCSP, que en su apartado 8 señala que *“el comité de expertos a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 146 de la presente Ley, para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública”*, a lo que se añade por el art. 146.2.a) LCSP y art. 28.1 del RD 817/2009, de 8 de mayo que el mismo habrá de estar compuesto por un mínimo de tres miembros.

De manera que se hace necesario reproducir la resolución de designación del Comité de expertos para el contrato que nos ocupa, tal y como fue publicitada en la plataforma de contratación del sector público el día 5 de marzo de 2019:

**“PRIMERO.** -Designar como **miembros titulares** del comité para realizar la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor a los funcionarios de carrera:

- D. E.A.S. Jefe de Servicio de Disciplina
- D. C.R.G. Jefe de la Unidad Técnica de Cartografía y Topografía
- Doña A.A.M., Jefa de Servicio de Asesoría Jurídica de Urbanismo.

**SEGUNDO.** -Designar como **miembro suplente** del comité para realizar la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor a:

- Doña L.M.L.G., Jefa de Servicio de Contratación”.

Así comenzando por la inicial composición, siendo la única que ha sido objeto de publicación, tal y como se señala en el informe emitido por el órgano de contratación con ocasión del presente recurso *“la Jefa del Servicio de Contratación forma parte del comité como experta en la materia de contratación”*, sin embargo como alega la recurrente en la designación que se efectuó la misma figuraba únicamente como suplente, a pesar de que con posterioridad se produce la intervención de todos los miembros del comité de expertos en la emisión del informe de valoración de criterios evaluables mediante juicio de valor publicitado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 8 de Abril de 2019, asumido por la Mesa de contratación el 22 de Abril de 2019, y que ha sido determinante para la adjudicación del contrato.

Por tanto como se colige de lo anterior, el Comité de expertos inicialmente no contaba entre sus miembros titulares tal y como exige la Disposición Adicional Tercera LCSP con un “técnico jurista especializado en contratación pública”, a lo que se añade por la recurrente que dicha modificación en la composición del Comité de expertos que finalmente emitió el informe de valoración de criterios evaluables mediante juicio de valor no ha sido objeto de publicación, por lo que entendemos que ello supone una infracción del art. 63.5 LCSP y por tanto de los principios básicos en materia de contratación de publicidad y transparencia.

Junto a ello se alega por la recurrente que la falta de publicidad de la modificación del Comité de expertos, así como la actuación concurrente de los miembros titulares y suplentes invalida su actuación, determinando la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación por infracción de las reglas de organización y funcionamiento de todo órgano colegiado.

En tal sentido, y de conformidad con lo señalado por la **STS de 23 de febrero de 2012 (Rec. 5412/2007)** se desprende que tienen el carácter de reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados entre otras las siguientes:

*“(...) e) Las que determinan la concreta composición del respectivo órgano colegiado, con particular e ineludible intervención del presidente y del secretario, además de los vocales o restantes miembros, a los efectos de precisar el número, calidad y circunstancias de los mismos, con expresa nominación individual y con una específica y detalla referencia a la condición en que intervienen en cada caso, según las funciones que legalmente les puedan corresponder”.*

Por lo que, de conformidad con lo anterior, cabe concluir que se ha producido una indebida composición del Comité de expertos en consonancia con la doctrina jurisprudencial señalada, y dicha alegación ha de ser objeto de estimación en los términos que más adelante se concretarán.

En último lugar en relación al Comité de expertos se alega por la recurrente EZQUIAGA que **su composición resulta irregular dado que la integración entre sus miembros de la secretaria de la Mesa de contratación en el mismo expediente, no constituye un simple vicio formal**, puesto que la persona designada ha formado parte de modo efectivo del Comité de expertos, participando en sus reuniones y en el análisis y deliberación del informe final de 3 de abril de 2019.

Se opone a dicha pretensión el órgano de contratación señalando que la Secretaría de la mesa de contratación que es ejercida por un funcionario de la corporación, no actúa con voto no correspondiéndole a la misma la función de asesoramiento jurídico de la Mesa de contratación que corresponde al Secretario o en su caso al titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, considerando que no existe incompatibilidad entre las funciones de la Jefa del Servicio de Contratación en la mesa como órgano de asistencia con las atribuida como experto en materia de contratación del comité de expertos.

Hemos de comenzar señalando de conformidad con lo señalado por el órgano de contratación confunde la recurrente en la composición de la Mesa de Contratación, la función de secretaria de la misma que de conformidad con el apartado 7 de la Disposición adicional segunda LCSP podrá corresponde a un “funcionario de la Corporación”, de forma que dicho miembro de la mesa únicamente tiene voz y no voto tal y como previene el art. 21.6 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

Por tanto, no le corresponde el asesoramiento jurídico de dicho órgano colegiado, dado que el mismo recae como vocal “necesario” en el caso de los municipios de gran población como es el caso del Excmo. Ayuntamiento de Marbella en el titular de la Asesoría Jurídica conforme previene el apartado e) de la Disposición Adicional Octava de la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

Señalada dicha precisión, hemos de analizar si como alega la recurrente resulta compatible o no la posibilidad de simultanear la secretaria de la mesa de contratación con la de miembro del Comité de expertos en aquellos contratos como el que nos ocupa en el que la intervención de este último resulta preceptiva.

Así tal y como señala el apartado 8 de la Disposición Adicional Segunda LCSP para el ámbito local:

*“El comité de expertos a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 146 de la presente Ley, para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública”.*

También el art. 146.2.a) LCSP en relación al comité de expertos viene a señalar que mismo estará formado por *“...expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar ésta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.”*

Y en similar sentido el art. 28 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, se refiere a la composición del comité de expertos señalando que:

*“1. Cuando la evaluación deba efectuarse por un comité formado por expertos, éstos deberán ser como mínimo tres.*

*2. Siempre que sea posible, los miembros del citado comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante. En ningún caso podrán estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato.*

*3. Todos los miembros del comité contarán con la cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración”.*

Si bien en principio en dicha normativa no se establece la incompatibilidad para simultanear la condición de miembro de la Mesa de contratación (ya sea como presidente, vocal o secretario de la misma) y la de miembro del Comité de expertos, si se han pronunciado en relación a la cuestión que nos atañe diferentes Junta Consultiva de Contratación, y específicamente en el ámbito local cuyas consideraciones siguen siendo válidos con la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Así en primer lugar como señala el **informe 4/2009, de 25 de junio de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia**, en relación al Comité de expertos:

*“Esta figura es una novedad que no solo no es requerida por las directivas comunitarias, sino que no tiene precedentes en el derecho de los países de nuestro entorno lo que dificulta encontrar referencias basadas en una interpretación que den una base para una interpretación fundamentada en experiencias normativas y de gestión previas a la promulgación de esta ley. Se indica que el comité de expertos tendrá un mínimo de tres miembros y estará formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato con cualificación apropiada.*

*Parece querer reforzar la objetividad de las adjudicaciones, minimizando todo lo posible la discrecionalidad y subjetividad que pueda conllevar el conocimiento de la integridad de las ofertas presentadas, al designar un órgano específico que actúa con total independencia de la mesa de Contratación, que, no podremos olvidar, es el órgano competente para evaluar las propuestas de acuerdo con el artículo 144.1 de la LCSP y 21.1 del Real Decreto, recién publicado 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente a la LCSP”.*

Por su parte el **informe 21/2009, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CCAA de Aragón**, se pronuncia sobre la composición de los Comités de expertos en el ámbito de las entidades locales concluyendo que:

*“En cuanto a la cuestión planteada respecto de la posibilidad de que una misma persona pueda formar parte de la mesa de contratación y del comité de expertos que participan en una licitación no parece admisible ya que el legislador ha configura estos dos órganos como independientes y sería un contrasentido que una misma persona participará en ambos”.*

E igualmente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado **en su informe 34/2009** en relación a la composición del comité de expertos viene a concluir:

*“Que dispuesta la independencia de los miembros del comité de expertos encargado de la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor sus miembros no pueden pertenecer a la Mesa de contratación, debiendo disponer de experiencia en la valoración de tales criterios”.*

Por tanto, de conformidad con lo señalado cabe concluir que la imposibilidad de formar parte del Comité de expertos para la valoración de criterios dependientes de un juicio de valor resulta predicable en relación a todos los miembros de la Mesa de Contratación, incluida la persona que desempeña la secretaria de dicho órgano colegiado, aunque sea con una función diferenciada del resto de integrantes de la misma, por lo que al igual que en el motivo anterior cabe concluir que se ha producido una indebida composición del Comité expertos y dicha alegación ha de ser objeto de estimación.

De manera que, **en base a las anteriores consideraciones la causa de nulidad de pleno derecho invocada por la recurrente por la indebida composición del Comité de expertos debe ser estimada** en virtud de lo establecido en el art. 47.1.e) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, conforme previene el art. 39.1 LCSP, sin que pueda ser atendida la alegación del órgano de contratación de extemporaneidad por ruptura de los principios de buena y confianza legítima dado que la composición efectiva del Comité de expertos no ha sido publicitada, ni se ha constituido o actuado en los términos que ya han sido referenciados, de forma que los efectos de dicha indebida constitución se extienden hasta el acto de adjudicación, que toma como base entre otros para llevar a cabo la misma, el informe de valoración emitido por el Comité de expertos indebidamente constituido, y asumido por la Mesa de contratación como órgano proponente de la adjudicación.

**Dicha declaración de nulidad de pleno derecho, conlleva indefectiblemente la nulidad de todo el procedimiento de licitación** dada la imposibilidad de proceder a nombrar un nuevo Comité de expertos que lleve a cabo la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor pues como recoge la **Resolución nº 115/2019, de 17 de abril de 2019**, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía:

*“Realizar el órgano técnico evaluador una nueva valoración de las ofertas con arreglo al citado criterio de adjudicación evaluable mediante un juicio de valor, conociendo el contenido íntegro de las proposiciones de todas las entidades licitadoras relativas a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática al encontrarse el contrato ya adjudicado, supondría una quiebra irremediable de las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa (...)*

*En definitiva, la necesidad de respetar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa es incompatible con la posibilidad de realizar una nueva valoración de las ofertas conforme a criterios sujetos a juicios de valor, con posterioridad al conocimiento íntegro de la totalidad de las ofertas relativas a los criterios evaluables de forma automática.*

*En consecuencia, a la vista de los artículos 150.2 del TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, al no quedar garantizada la imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, la consecuencia inevitable es la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación (...) la cual no impedirá la iniciación por el órgano de contratación de un nuevo procedimiento de adjudicación, si así lo estima necesario”.*

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha,

**ACUERDA:**

**PRIMERO.** - Estimar parcialmente los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidades **TERRITORIO Y CIUDAD S.L.P.** y **EZQUIAGA ARQUITECTURA, SOCIEDAD Y TERRITORIO S.L.** contra la resolución de 20 de Mayo de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “*servicio de asistencia y consultoría para la redacción de la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística del Municipio de Marbella y su Evaluación Ambiental Estratégica*” (SE 48/19), y en consecuencia anular el acto impugnado y la licitación promovida de acuerdo con lo expuesto en los fundamentos de derecho decimocuarto y decimoquinto de la presente resolución, pudiendo el órgano de contratación convocar, en su caso, un nuevo procedimiento de adjudicación.

**SEGUNDO.** – Acordar, de conformidad con lo estipulado en el art. 57.3 LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** - Notificar la presente resolución a las partes interesadas en este procedimiento.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”