



EB 2014/52

Resolución 64/2014, de 27 de junio de 2014, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. José Luis Vázquez Domenech, Dña. Ana María Pérez Bartolomé y Dña. María Irene Elorza Gereño frente a la “Contratación de servicios en el Cine Teatro Baztartxo, propiedad del Ayuntamiento de Azkoitia”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Azkoitia en su reunión del 11 de julio de 2013 adoptó, entre otros acuerdos, aprobar el gasto, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), el pliego de prescripciones técnicas y la adjudicación mediante procedimiento abierto del “Contrato de servicios en el cine Teatro Baztartxo, propiedad de Ayuntamiento de Azkoitia: Programación y proyección del películas cinematográficas; gestión de la contratación de la contratación de películas; venta de entradas, apertura, control de acceso, acomodo en la sala de proyecciones, evacuación a la finalización de la proyección, y cierre de la sala; montaje y desmontaje de los elementos necesarios para los espectáculos públicos o actividades recreativas que se desarrollen; aseguramiento del personal usuario del servicio; mantenimiento y limpieza de las instalaciones; prestación del servicio de bar”.

Según el apartado 13 del PCAP, para la adjudicación del contrato se fijan los siguientes criterios, ordenados por su importancia y ponderación:

- .- Oferta económica: hasta un máximo de 10 puntos.
- .- Valoración práctica: 10 puntos máximo.



.- Valoración técnica de la propuesta: 10 puntos máximo.

El apartado 14 del propio PCAP establece que «En cumplimiento del artículo 150.2 del TRLCSP y de conformidad con lo establecido en los artículos 28, 29 y 30 del R.D. 817/2009, de 8 de mayo, el Órgano de Contratación designará un COMITÉ DE EXPERTOS formado al menos por tres miembros, que evaluarán las ofertas técnicas del Sobre B, así como el desarrollo de la valoración práctica, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en este Pliego. La designación deberá hacerse y publicarse en el perfil de contratante con carácter previo a la apertura de los sobres B y C.».

A este respecto, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, en su reunión de 11 de julio de 2013 designó miembros del Comité de Expertos previsto en el apartado 14 del PCAP.

.- La Técnico de Cultura del Ayuntamiento de Zumarraga, por su reconocida trayectoria como técnico en esta materia.

.- Dos miembros de la empresa Cinetrónica, S.L. por ser la empresa contratada por el Ayuntamiento de Azkoitia para el servicio de mantenimiento y averías del proyector de cine y equipos de luz y sonido.

SEGUNDO: Tal y como consta en el Acta de la Mesa de contratación del 14 de agosto de 2013, en el procedimiento de licitación se presentaron las siguientes propuestas:

.- José Luis Vázquez Domenech, Ana María Pérez Bartolomé y María Irene Elorza Gereño.

.- Tomás Gumbre.

.- Urbietta Egaña, S.L.

.- Janire Igoa Merino.

En la propia sesión, la Mesa de contratación acordó excluir de la licitación la propuesta de Janire Igoa Merino por carencias sustanciales en su propuesta respecto de la documentación exigida por la cláusula 12 del PCAP.



El 23 de agosto de 2013 tuvo lugar la reunión de la Mesa de contratación de apertura de los sobre B de proposiciones técnicas de las tres propuestas admitidas, de cuyo contenido dio lectura la secretaria de la Mesa. En la propia sesión se acordó trasladar las propuestas a la comisión de expertos al objeto de que realizarán la valoración práctica y la valoración técnica previstas en el apartado 13 del PCAP.

La comisión de expertos elaboró su informe el 25 de septiembre de 2013, puntuando las tres proposiciones en los dos criterios señalados. En las conclusiones del informe se propone la adjudicación del contrato al licitador que mayor puntuación ha obtenido en los criterios de juicio de valor. Esta propuesta, además de no ser de su competencia sino de la Mesa de contratación, se realiza cuando todavía no se conocía el resultado de la apertura de los sobres C de oferta económica.

El 9 de octubre de 2013 tiene lugar la reunión de la Mesa de contratación de apertura de los sobre C relativos a la oferta económica. En la reunión se leyeron las ofertas de las tres propuestas admitidas. Entre estas, la presentada por Don José Luis Vázquez Domenech, Doña Ana María Pérez Bartolomé y Doña María Irene Elorza Gereño, en su apartado 5º ofertaba la realización del servicio objeto de contrato en las siguientes cantidades: «91.441,75 € (21% de IVA incluido), de estos 72.238,98 € se corresponden al principal y 19.202,77 € al IVA». Junto con el Acta de la reunión figura un informe elaborado por el interventor del Ayuntamiento en el que se afirma que la oferta tiene errores manifiestos porque el IVA (19.202,77 €) que se aplica a la cantidad principal (72.238,98 €) no es correcto; del mismo modo el importe final IVA incluido (91.441,75 €) no se corresponde con la aplicación del porcentaje de IVA del 21% al importe principal (72.238,98 €). A la vista del error observado, la Mesa acuerda la inadmisión de la oferta.

Consta en el expediente que el 28 de octubre de 2013 que Don José Luis Vázquez Domenech recibe la notificación de la secretaria de la Mesa de



contratación comunicándole la inadmisión de su oferta. En la notificación se le comunica la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40.2 del texto refundido de la Ley 3/2011, de 14 de noviembre, de contratos del sector público, aunque se omite el plazo para su interposición y que el recurso puede interponerse bien ante el propio órgano de contratación o ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Tampoco se menciona que el recurso especial es de carácter potestativo y que el interesado puede acudir directamente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el plazo para su interposición.

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Azkoitia en su reunión del 6 de noviembre de 2013 adoptó, entre otros, el acuerdo de adjudicación del contrato. En los antecedentes del acuerdo se da cuenta de la inadmisión de la oferta mencionada en el párrafo anterior, de las puntuaciones obtenidas por los dos licitadores admitidos, y adjudica el contrato a la proposición de Tomás Guembe Andueza con un total de 28,50 puntos. El acuerdo de adjudicación es remitido los días 11 y 12 de noviembre de 2013 únicamente a los dos licitadores cuyas ofertas fueron admitidas.

TERCERO: El 27 de noviembre de 2013 Don José Luis Vázquez Domenech, Doña Ana María Pérez Bartolomé y Doña María Irene Elorza Gereño solicitan al amparo del artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación del contrato.

El 5 de diciembre de 2013 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Azkoitia acuerda admitir la revisión de oficio, otorgar un plazo de 15 días al resto de licitadores al objeto de que puedan efectuar alegaciones y suspender cautelarmente la adjudicación hasta la resolución del procedimiento de revisión de oficio. El acuerdo es notificado a los interesados el 12 de diciembre de 2014 y el 31 del mismo mes tiene entrada en el Ayuntamiento de un escrito de alegaciones de Tomás Guembe Andueza.



Por providencia de 30 de enero de 2014, el Alcalde de Azkoitia acordó remitir la solicitud de revisión de oficio junto con el expediente de contratación a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi al objeto de que en virtud de las competencias que se le otorgan en el artículo 20.1 c) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, emita el dictamen correspondiente. La remisión del expediente al órgano consultivo tuvo lugar el 22 de marzo de 2014.

El Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, en la sesión del día 16 de abril de 2014, aprobó por unanimidad el Acuerdo N° 3/2014, que en el apartado Primero.- de su parte dispositiva acuerda: «Inadmitir la consulta remitida por el Ayuntamiento de Azkoitia sobre la revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 6 de noviembre de 2013, por el que se adjudica el contrato de servicios en el cine-teatro Baztartxo, al estimar la Comisión que la solicitud presentada por don JLVD en el Ayuntamiento debe ser tramitada en el marco del recurso especial en materia de contratación.»

CUARTO: El 7 de mayo de 2014, la Junta de Gobierno Local acuerda remitir la solicitud de revisión de oficio al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, suspender cautelarmente la adjudicación del expediente hasta la emisión por este órgano resolutorio de su resolución, y notificar el acuerdo al resto de interesados.

El expediente de contratación, junto con el escrito de los recurrentes y el informe al mismo del Ayuntamiento de Azkoitia, tuvieron entrada en el registro del Órgano Administrativo de la Comunidad Autónoma de Euskadi/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el día 21 de mayo de 2014.

El día 30 de mayo de 2014 se trasladó el escrito al resto de interesados en el procedimiento, habiéndose recibido dentro del plazo otorgado las alegaciones formuladas por Don Tomás Guembe Andueza.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los recurrentes califican su escrito como solicitud de revisión de oficio de actos preparatorios, al amparo de lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, de su contenido se observa que lo pretenden impugnar es el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicios en el cine-teatro Baztartxo propiedad del Ayuntamiento de Azkoitia” adoptado por la Junta de Gobierno Local del citado Ayuntamiento en su reunión del 6 de noviembre de 2013.

Respecto a la calificación que los recurrentes han otorgado a su escrito, como bien señala el apartado 12. del Acuerdo Nº 3/2014 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, señalado en los antecedentes de la presente resolución, «(...). El artículo 110.2 LRJPAC es claro en este sentido al señalar que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter. (...)»

En el presente caso, se observa el acto que se pretende impugnar es la adjudicación del contrato, acto que es susceptible de recurso especial en materia de contratación, tal y como se prevé en el artículo 40.2 c) del texto refundido que aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

SEGUNDO: El contrato objeto de recurso pertenece a la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP (Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos).

El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial «Los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.»



De acuerdo con el apartado 6 del PCAP el valor estimado del contrato, según lo dispuesto en el artículo 88 del TRLCSP, es de 340.516,60 €, por lo que el contrato es objeto de recurso especial en materia de contratación.

TERCERO: El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Azkoitia tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración pública (artículos 3.1 a), 3.2 a) y 3.3 a) del TRLCSP).

QUINTO: El artículo 42 del TRLCSP establece que «Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar perjudicados por las decisiones objeto de recurso.»

Don Tomás Guembe Andueza, como interesado en el contrato, plantea en el trámite de alegaciones como cuestión previa que los recurrentes no han acreditado legitimación activa suficiente para interponer recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación.

Afirma que los recurrentes fueron excluidos del procedimiento de contratación por acuerdo de 6 de noviembre de 2013 de la Junta de Gobierno Local, por no cumplir su oferta económica con las exigencias contenidas en la cláusula 15 del PCAP. Aprecia que dicha exclusión es conforme al artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el R.D. 1098/2001, de 12 de octubre.

Señala que los recurrentes reconocen y no rebaten en ningún lugar su exclusión del procedimiento de contratación por inadmisión de su proposición económica por los defectos evidentes de la oferta económica como es la incorrecta aplicación del IVA.



Considera que los recurrentes no aducen interés legítimo alguno que motive la interposición del recurso, como pudiera ser que se declare desierto el procedimiento para que se vuelva a producir una nueva licitación. A su juicio, en el escrito se aprecia que la única pretensión de los recurrentes es la restauración de la legalidad y la igualdad supuestamente vulnerados por el Ayuntamiento de Azkoitia al no haber acertado ni con los pliegos ni con la designación de los expertos ni con la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, así como lograr la simple satisfacción de que se excluya al adjudicatario.

Concluye que los recurrentes carecen de legitimación, al no justificar la existencia de interés legítimo en su actuación y limitarse a ejercitar contra el adjudicatario y el adjudicador una suerte de acción popular en materia de contratos para restaurar la legalidad e igualdad, acción que no está prevista en el ordenamiento jurídico.

SEXTO: Sobre la legitimación del artículo 42 del TRLCSP, desde este órgano resolutorio se ha manifestado en otras ocasiones que «(...) el concepto de derecho o interés legítimo del artículo 42 del TRLCSP se ha interpretado a la luz de la doctrina expresada en diversas sentencias por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo¹ que, exigen que el acto impugnado debe repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la esfera jurídica del recurrente, que debe acreditar la titularidad de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, de forma que el «interés legítimo» no puede ser asimilado al del «interés en la legalidad», lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico lo permite (Resolución 91/2013).»

Como se ha expresado en los Antecedentes de Hecho de la presente resolución, los hoy recurrentes fueron excluidos de la licitación por realizar un incorrecto cálculo en la expresión de la oferta económica, de forma que la partida independiente del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que debe soportar la administración no estaba bien formulada, al no ser coherentes

¹ (SSTC 60/82 y 257/88 entre otras y SSTS de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003)



el valor principal de 72.238,98 €, el IVA aplicado 19.202,77 € y el importe final del 91.441,75 €, ya que la aplicación del porcentaje de IVA del 21% al importe principal (72.238,98 €) daría un resultado de 15.170,18 € distinto al ofertado, con lo que la oferta incurre en un error manifiesto en el importe de la proposición, que según el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es motivo de su rechazo.

Los recurrentes en ningún momento de expediente impugnan la decisión del Ayuntamiento de excluir su oferta, por lo que vienen a reconocer el error de su oferta.

Tampoco en este caso puede ser óbice alguno el hecho de que la notificación de la exclusión de su oferta no fuera completa, pues no se indicaba el plazo de interposición del recurso especial (artículo 44.2 b) del TRLCSP) ni los órganos ante quien debe presentarse (artículo 44.3 del TRLCSP). Una decisión de este órgano de retroacción hasta la notificación correcta de la exclusión con los requisitos exigidos en el artículo 58 de la Ley 30/1992, además de ser incongruente con la petición de los recurrentes, en nada modificaría su situación procesal puesto que su propuesta fue correctamente excluida.

Por tanto, es cierto como afirma el interesado en sus alegaciones, que los recurrentes carecen de legitimación, por lo menos en apariencia, porque al estar excluidos de la licitación carecen de expectativa alguna sobre el resultado de la adjudicación del contrato.

SÉPTIMO: Sin perjuicio de lo manifestado en el Fundamento de Derecho anterior, la única excepción que pudiera hacer prosperar el recurso, a pesar de la reconocida falta de legitimación de los recurrentes, es que desde este órgano resolutorio se observará que la documentación del contrato contiene alguna cláusula o se ha realizado algún acto, que formando parte de las pretensiones del recurso, incurriera en algún vicio de nulidad que pudieran conllevar su anulación y que su consecuencia fuera la cancelación de la



licitación, situación en la cual los recurrentes sí podrían obtener una ventaja con el inicio de un nuevo procedimiento de licitación.

Lo expresado nos lleva a examinar el fondo del recurso y comprobar si las alegaciones y pretensiones de los recurrentes de ser estimadas pueden dar lugar a la cancelación del proceso de licitación.

Los recurrentes impugnan, en primer lugar, la designación del comité de expertos porque, a su juicio, dos de los tres miembros han venido realizando los trabajos de mantenimiento en el Cine-Teatro Baztartxo durante los últimos años, con la consiguiente relación con una de las empresas presentadas a concurso. Además, afirman que han constatado que de los tres miembros de la comisión, uno de no ha participado en el proceso ni ha firmado el acta definitiva, lo que, a su parecer, denota una informalidad alarmante y una infracción grave de los requisitos exigidos.

En relación con el comité de expertos, el apartado 14 del PCAP prevé que «En cumplimiento del artículo 150.2 del TRLCSP y de conformidad con lo establecido en los artículos 28, 29 y 30 del R.D. 817/2009, de 8 de mayo, el Órgano de Contratación designará un COMITÉ DE EXPERTOS formado por tres miembros, que evaluarán las ofertas técnicas del Sobre B, así como el desarrollo de la valoración práctica, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en este Pliego. La designación deberá hacerse y publicarse en el perfil de contratante con carácter previo a la apertura de los sobres B y C.».

En este sentido, consta en el expediente que la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, en su reunión de 7 de agosto de 2014, nombró miembros del citado comité a la Técnico de Cultura del Ayuntamiento de Zumarraga, por su reconocida trayectoria como técnico en esta materia, y a dos miembros de la empresa Cinetrónica, S.L. por ser la empresa contratada por el Ayuntamiento de Azkoitia para el servicio de mantenimiento y averías del proyector de cine y equipos de luz y sonido.



El artículo 28 del R.D. 817/2009, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, sobre la composición del comité de expertos, prevé 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.»

Los miembros del comité de expertos designados por la Junta de Gobierno Local cumplen con los requisitos del artículo reproducido, porque no están integrados en el órgano que propone la celebración del contrato y, además, tienen cualificación con la materia sobre la que versa la valoración, ya que en un caso se trata de una técnico en cultura con experiencia acreditada, y uno de los criterios de adjudicación es el de la valoración técnica de la propuesta en relación con la prestación del servicio conforme a la memoria de planificación, actuación y programa de trabajo en distintos aspectos; mientras que los otros dos son especialistas en mantenimiento y averías del proyector de cine y equipos de luz y sonido, que se encargarán de valorar el criterio de adjudicación consistente en la realización de una prueba a desarrollar en el cine-teatro que versará sobre aspectos técnicos de la propuesta y en el uso de los equipos de sonido, iluminación y proyección de cine recogidos en el Anexo de las Prescripciones técnicas.

Los recurrentes al afirmar que dos de los miembros del comité mantienen relación con uno de los licitadores –debe entenderse que es con el actual prestador de los servicios– no acreditan que esa relación haya podido influir en la realización de la prueba mediante un trato arbitrario o discriminatorio en su contra, que de haber existido sí podría conculcar el principio de igualdad entre licitadores que se prevé en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.



En cuanto a la falta de la firma de uno de los miembros en el informe de 25 de septiembre de 2013 elaborado por el comité de expertos, consta en el expediente el Acuerdo de la Mesa de contratación que en su sesión de 9 de octubre de 2013 acordó solicitar al comité: 1. Que se especifiquen los criterios que se han seguido para valorar la prueba práctica, y, 2. solicitar que el informe del comité de expertos sea firmado por sus tres integrantes. Sin embargo, en el informe de 14 de mayo de 2014 elaborado por la Secretaria del Ayuntamiento como motivo de la remisión del expediente de contratación y el recurso a este órgano resolutorio, se afirma que hasta esa fecha en el Ayuntamiento no se había recibido respuesta alguna a la solicitud de la Mesa de contratación.

En sus alegaciones, el Don Tomás Guembe como interesado en el procedimiento se limita a constatar que el comité de expertos ha valorado la prueba practicada así como la documentación técnica presentada por los licitadores. En su opinión, la propuesta del comité posee, conforme al artículo 63.2 de la Ley 30/92, los requisitos indispensables para que el acto alcance su fin y los recurrentes no han justificado que les haya causado indefensión.

Tal y como está configurado en el artículo 150.2 del TRLCSP y en los artículos 28, 29 y 30 del Real Decreto 817/2009, cuando a los criterios de valoración que dependen de un juicio de valor se les atribuya una ponderación superior que a los criterios evaluables de forma automática, debe constituirse un comité de expertos al que corresponderá la evaluación de las ofertas. En estos casos, el comité de expertos realiza las funciones de la Mesa de contratación en la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor. A esta conclusión se llega de la lectura del Informe 21/2009, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, cuando afirma que: «El comité de expertos es un órgano que actúa en los procedimientos abiertos o restringidos en los que se haya atribuido a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. En estos casos debe constituirse obligatoriamente un comité de expertos al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas en la parte cuya cuantificación no resulte de



la simple aplicación de fórmulas matemáticas, de tal forma que en estos procedimientos actúan dos órganos en la fase de valoración de ofertas, en primer lugar el comité de expertos valorando la parte sujeta a criterios de valor y posteriormente la mesa de contratación valorando los criterios automáticos. Es importante resaltar que la valoración que realice el comité de expertos es vinculante para la mesa de contratación.»

Aun cuando los artículos citados no lo señalan, el comité de expertos cuando sustituye a la Mesa de contratación en la valoración de criterios que exigen la realización de un juicio de valor debe adecuar su actuación a la de un órgano colegiado, pues esa categoría se deduce de su composición y funciones.

En el expediente objeto de recurso, además del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de agosto de 2014 que nombra los miembros del comité de expertos, sólo hay una referencia a su actuación en el informe técnico de 25 de septiembre de 2013, que está firmado únicamente por dos de los tres miembros del comité.

El informe, que se divide en dos partes, en la primera valora la propuesta técnica sobre descripción de los servicios, criterios de programación, proactividad y difusión; mientras que en la segunda parte se valora la prueba práctica sobre cine, teatro-sonido y teatro-iluminación. El informe en sus conclusiones establece la puntuación obtenida por los licitadores en los diferentes aspectos.

Como el resto de órganos colegiados, las decisiones que adopte el comité de expertos se caracterizan por dos notas como son que los aspectos planteados se observan desde la singularidad de cada uno de sus miembros, y que es necesario un determinado procedimiento para la formación de la voluntad colegiada.

Del contenido del informe no puede deducirse cuantas veces se ha reunido la comité, si en las reuniones han tomado parte todos sus miembros, tampoco de detalla su método de funcionamiento y cuál ha sido el reparto del trabajo, ni, lo



que es más importante, la expresión de la voluntad individual de sus componentes, circunstancias que debieran estar recogidas en actas o, cuando menos, en el propio informe. Por el contrario, del informe parece deducirse que en la toma de decisiones no han intervenido la totalidad de sus miembros, como lo acredita que el informe venga firmado únicamente por dos de sus miembros, situación que persiste a pesar del requerimiento efectuado por la Mesa de contratación de firma del informe por los tres componentes. Hecho este que pone en duda la formación de la voluntad del órgano colegiado.

Por tanto, cabe plantearse si el comité de expertos ha seguido los trámites esenciales para la formación de su voluntad como órgano colegiado, cuando menos en el aspecto de su composición y funcionamiento, que según el apartado 14 de PCAP debe estar «(...) formado al menos por tres miembros, que evaluarán las ofertas técnicas del sobre B, así como el desarrollo de la valoración práctica, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en este Pliego (...)».

Del contenido del expediente resulta manifiesto que no se acredita que la comisión en su funcionamiento haya tenido en cuenta mínimamente las reglas que se establecen en el artículo 26 de la Ley 30/92, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) en cuanto en cuanto a convocatoria, quórum y deliberaciones; por el contrario, que el informe esté firmado por sólo dos de sus miembros, a pesar del requerimiento de subsanación de la omisión efectuada por la Mesa de contratación, evidencian la ausencia de una formación completa de la voluntad del órgano colegiado. Esta actitud puede obedecer a la pura y simple omisión del requerimiento, o puede ser consecuencia de que el miembro ausente pudiera no haber sido convocado o, aun siéndolo, no estar de acuerdo con el procedimiento o los resultados que se reflejan en el informe, o por cualquier otra razón que es imposible escrutar de la documentación disponible.

Como ha quedado dicho, la voluntad del órgano colegiado es consecuencia de la previa elaboración de la voluntad de cada uno de sus componentes en



relación con la materia sobre la que han de manifestarse. Voluntad que es este caso ha podido quedar viciada porque del expediente se deduce que uno de sus miembros fue ajeno a las decisiones adoptadas en el seno del comité de expertos.

Por tanto, puede concluirse que ha habido una infracción de las normas procedimentales y de formación de la voluntad del órgano colegiado, por lo que deben examinarse sus consecuencias.

Los artículos 32 y 33 del TRLCSP establecen, respectivamente, las causas de nulidad y anulabilidad de derecho administrativo de los contratos, que, a su vez, se remiten a los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

A la vista de los dos preceptos de la LRJPAC citados, podemos encontrarnos ante tres situaciones distintas. Así, si el defecto observado no determina que el acto carezca de los requisitos formales indispensable para alcanzar su fin, ni da lugar a la indefensión de los interesados (artículo 63.2 LRJPAC) nos encontramos ante una irregularidad no invalidante; pero si provoca estas consecuencias estaremos ante un acto anulable (artículo 63.1 LRJPAC); finalmente, si el acto se dicta prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (artículo 62.1 e) LRJPAC) la consecuencia será su nulidad de pleno derecho.

El artículo 62.1 e) de la LRJPAC no precisa cuáles son las reglas esenciales establecidas para que los órganos colegiados adopten sus decisiones. A este respecto, la jurisprudencia viene afirmando que para que se dé tal supuesto no es preciso que se prescinda de la totalidad de las reglas, ni suficiente que se prescinda de alguna de ellas. De modo que la nulidad se producirá cuando la regla prescindida tenga carácter esencial, estimándose, en principio que tienen



dicha consideración las que regulan la convocatoria, el quórum de asistencias, la deliberación y votación².

Puede decirse, sin temor alguno, que en el desarrollo de la actividad del comité de expertos se han obviado varias de las reglas esenciales de la formación de su voluntad, fundamentalmente el quórum, la deliberación y votación para la toma de decisiones, con lo que la conclusión no puede ser otra que su voluntad manifestada en el informe de 25 de septiembre de 2013 es nulo de pleno derecho por infracción del 32. a) del TRLCSP en relación con el artículo 62.1 e) de la LRJPAC.

La declaración de nulidad radical del informe elaborado el comité de expertos nos lleva a la retroacción de las actuaciones hasta el inicio de nuevo del procedimiento de examen de los criterios de adjudicación de “valoración práctica” y “valoración técnica de la propuesta” que requieren de su participación. Sin embargo, debe reseñarse que la nueva actuación del comité se realizaría una vez conocidas las proposiciones económicas de los licitadores expresadas en el sobre C, con lo cual se quebraría el iter procedimental que establece el párrafo 3º del artículo 150.2 del TRLCSP y los artículos 27 y 30 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de Sector Público aprobado por el Real Decreto 817/2009, y se violaría el secreto de la oferta al valorarse los criterios que exigen la realización de un juicio de valor, competencia de la comisión de expertos, con el conocimiento previo del contenido de las ofertas económicas, lo que podría condicionar su actuación.

La consecuencia de todo lo expuesto nos conduce a la cancelación del procedimiento y a la iniciación de uno nuevo que deberá respetar el contenido del apartado 14 del PCAP en cuanto a la composición, participación y funcionamiento, deliberación y toma de decisiones del comité de expertos como órgano colegiado.

² (sentencia 352/2011, de 20 de junio de 2011 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón, con cita de la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991)



La decisión de cancelar el procedimiento de licitación hace que sea innecesario abordar la impugnación de los recurrentes sobre la falta de razonamiento de las valoraciones de la prueba práctica y las consideraciones que juzgan y evalúan todos los resultados.

OCTAVO: Aun cuando no forman parte del recurso ni de las alegaciones del interesado, el inicio de un nuevo procedimiento de licitación y su correcto desarrollo merecen realizar un breve comentario sobre las condiciones de aptitud para contratar con el sector público del artículo 54 del TRLCSP, cuando afirma que «Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar (...)». La dicción de este artículo impide que varias personas naturales, como ha ocurrido en el caso del contrato objeto de recurso, puedan licitar de forma individual y solidaria presentando una oferta conjunta. Esta cuestión ha sido tratada en el Informe 32/98, de 30 de junio, de la Junta Asesora de Contratación Administrativa del Estado que concluye diciendo que «En consecuencia, puede afirmarse que, en ningún caso, existe la posibilidad de que varias personas puedan obligarse solidariamente frente a la Administración para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato sin que hayan constituido una unión temporal de empresarios que deberá formalizarse con posterioridad a la adjudicación.» Como se dice en el informe reproducido, para solventar esta situación puede recurrirse a las uniones de empresarios que prevé el artículo 59 del propio TRLCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. José Luis Vázquez Domenech, Dña. Ana María Pérez Bartolomé y Dña. María Irene Elorza Gereño contra el acuerdo de adjudicación de la “Contratación de servicios en el Cine Teatro Baztartxo, propiedad del Ayuntamiento de Azkoitia”, acordando la retroacción de las actuaciones hasta el inicio de un nuevo procedimiento de licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2014ko ekainaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de junio de 2014