



Expte.: R- 34/2013

ACUERDO 34/2013, de 16 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación presentada por don L.M.M en representación de la “Asociación de Constructores y Promotores de Navarra”, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de “Instalación de ascensor y accesibilidad en biblioteca del barrio de Echavacoiz”, promovido por el Ayuntamiento de Pamplona bajo el nº de expediente “CON\_OBRA/2013/3”.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de septiembre de 2013 el Ayuntamiento de Pamplona publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de “Instalación de ascensor y accesibilidad en biblioteca del barrio de Echavacoiz” promovido por el Ayuntamiento de Pamplona bajo el nº de expediente CON\_OBRA/2013/3. El plazo de presentación de ofertas finalizaba (tras haber sido modificado) el día 7 de octubre de 2013.

El apartado I del Cuadro de Características del Contrato que acompaña al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) exige que el sobre nº 2 incluya la “Documentación que desarrolle las mejoras definidas conforme el criterio de adjudicación pertinente”.

El apartado L.1 del citado Cuadro señala, a propósito de los criterios de adjudicación, lo siguiente:

*“5.- Mejoras: Aquellas ofertas que complementen la ejecución de la obra recogida en proyecto, podrán obtener un máximo de 10 puntos.*

*El proyecto se desarrolla en un edificio construido en 1978, lo que implica que las mejoras debieran de ir encaminadas al desarrollo de trabajos de adecuación, incluso sustitución de elementos como: cubierta, escalera, barandillas, verjas o urbanización.*

*Aquellos trabajos que se oferten deberán estar perfectamente definidos (partidas de obra) y valorados económicamente (tanto por unidad de partida, como globalmente). Todos aquellos que no cumplan este requisito no se tendrán en cuenta para su valoración.”*

SEGUNDO.- El día 26 de septiembre de 2013 don L.M.M en representación de la “Asociación de Constructores y Promotores de Navarra” presentó reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato citado, solicitando la declaración de nulidad o anulación de la cláusula L.1 epígrafe 5 (mejoras) y, en consecuencia, la nueva publicación de la licitación con la cláusula rectificada, así como la suspensión del procedimiento hasta la resolución de la reclamación.

TERCERO.- El día 1 de octubre de 2013 el Ayuntamiento de Pamplona aportó el expediente correspondiente a la licitación y presentó alegaciones a la reclamación, defendiendo la conformidad a Derecho del condicionado que rige la licitación.

CUARTO.- Por Acuerdo 31/2013, de 4 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se admitió a trámite la reclamación en materia de contratación pública y se desestimó la solicitud de medida cautelar formulada por el reclamante.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron analizadas en el Acuerdo 31/2013, de 4 de octubre, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas.

SEGUNDO.- La pretensión de anulación del reclamante se fundamenta, en síntesis, en que las mejoras propuestas en el PCAP no tienen relación directa con el objeto del contrato y que tanto la admisión como las mejoras de las ofertadas por los licitadores y la determinación del valor atribuible a cada una de ellas queda al arbitrio del órgano de contratación, quien únicamente las conoce, y que por ello escapa totalmente al conocimiento de los licitadores a la hora de preparar sus ofertas. Se remite a lo dispuesto en los artículos 51.1.b) y 150.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), a la vulneración del principio de transparencia, así como al Acuerdo 6/2013, de 16 de mayo de este Tribunal.

Por su parte, la entidad contratante en su informe argumenta de contrario los anteriores razonamientos indicando, en síntesis, que las mejoras tienen relación directa con el objeto del contrato, están claramente definidas y que el reclamante confunde la posibilidad de que un condicionado contenga criterios subjetivos (aquellos cuyo resultado no proviene del empleo de fórmulas matemáticas) con la arbitrariedad.

TERCERO.- Con carácter previo al análisis de los motivos de la reclamación, es preciso realizar una serie de consideraciones relativas a la admisibilidad, límites y requisitos de las mejoras como criterio de adjudicación.

El apartado 1.b) del artículo 51 de la LFCP recoge una serie de criterios que el órgano de contratación podrá utilizar para la adjudicación del contrato, estableciendo al respecto que:

*“En los restantes casos, para determinar la oferta más ventajosa se utilizarán criterios vinculados al objeto del contrato dando preponderancia a los criterios que puedan valorarse mediante fórmulas frente a criterios subjetivos, estableciéndose un mínimo del 50 por 100 de la puntuación a otorgar según estos primeros.*

*Los criterios se definirán de forma precisa, especificando su importancia relativa, y deberán estar vinculados al objeto del contrato. Como la calidad o sus*

*mecanismos de control, el precio, el valor técnico de la oferta, la posibilidad de repuestos, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o ejecución, u otras semejantes. En caso de valorarse la posibilidad de presentar mejoras, deberán expresarse sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.*

Conviene señalar que el criterio de mejoras es diferente de la figura regulada en el artículo 56 de la LFCP de “admisibilidad de variantes”, ya que en el caso de las variantes el órgano de contratación entiende que la definición de la prestación puede ser susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, mientras que en el caso de las mejoras se trataría de valorar una mejora de la prestación sin que constituyera esta propiamente una solución técnica distinta a la definida por el propio órgano de contratación. Así, en el presente contrato, en el apartado B.5) del Cuadro de Características del Contrato, consta la no admisibilidad de variantes, pero sí se incluyen mejoras como criterio de adjudicación.

La previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no podrá aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero, considera que es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista sin coste para la Administración, si bien, *“para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es*

*la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.*

Conviene también reseñar la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se señala que *“las mejoras se valoran en muchas ocasiones de manera arbitraria, sin que su aportación represente ninguna mayor ventaja al objeto del contrato, como por ejemplo la reducción de plazo para la realización de una obra, en la que no concurre una especial urgencia. Para evitar tal situación, la jurisprudencia y la doctrina, han señalado reiteradamente que la valoración de las mismas deberá estar expresamente prevista en los pliegos, y delimitadas las que en su caso se podrán valorar. Ello tiene una especial repercusión en los contratos de obras, –que hay que recordar que se refieren a la ejecución de un proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato– y por lo tanto no pueden valorarse ofertas de mayor volumen de obras, que den lugar a ejecución de obras distintas a las precisadas en el proyecto aprobado. En este sentido se ha pronunciado ya esta Junta en el Informe 1/2011”.*

Si se dice que las mejoras han de guardar relación directa con el objeto del contrato es porque, en otro caso, nos podríamos encontrar ante otros contratos distintos, objeto de licitación independiente, lo que daría lugar al incumplimiento de los principios de la contratación pública. Y, cumplido este requisito esencial, deberán estar suficientemente definidas en los pliegos y perfectamente determinado el modo de cuantificarlas a efectos de que los licitadores puedan conocer en el momento de elaborar sus ofertas cómo van a ser baremadas. De lo contrario, se produciría un grado de discrecionalidad y de subjetividad en la valoración de las ofertas por la mesa de contratación que podría vulnerar los principios de igualdad, no discriminación y transparencia que deben observarse en la adjudicación de los contratos públicos.

CUARTO.- Sentado lo anterior, procede determinar si el criterio “Mejoras” utilizado por el Ayuntamiento de Pamplona es legalmente admisible, analizando, en primer lugar, si guarda o no relación directa con el objeto del contrato.

A este respecto, el reclamante alega que *“el objeto del contrato es el de instalación de ascensor y accesibilidad en la biblioteca municipal del barrio de Echavacoiz y así se recoge en el proyecto que acompaña el anuncio publicado, es decir, dentro de las partidas reflejadas en el mismo no se hace referencia alguna a la sustitución de cubierta, escalera, barandilla, verjas o urbanización”* y que *“si se quisiera acometer estas sustituciones en el edificio lo lógico es que se hubiera recogido dentro del proyecto estos extremos, y en consecuencia en el objeto del contrato, incluyendo las oportunas partidas en el presupuesto que se incluye en el proyecto”*.

De contrario, la entidad contratante manifiesta que *“una parte sustancial del contrato se dedica a la instalación de un ascensor en el edificio de la biblioteca, por lo que se ha incluido como CPV (vocabulario común de contratos públicos) y se ha considerado que reunía la mayor complejidad para su exigencia en fase de solvencia. Sin embargo, bajo el concepto de obras de accesibilidad se incluyen diversas reformas en el propio edificio de la biblioteca, que incluyen entre otros los baños que presentan un estado de inaccesibilidad importante, las verjas, o actuaciones en cubierta”*. Continúa argumentando que *“lo pretendido en el contrato que nos ocupa es reformar un edificio de dos plantas para lograr mejorar su accesibilidad. (...) El contrato identifica dos cuestiones principales: la realización de un ascensor; la reforma de baños. No obstante, es importante tener en cuenta que en una obra el concepto de objeto del contrato es más amplio: el título o denominación del contrato identifica rápida y fácilmente su espíritu o finalidad, pero es el proyecto el que identifica o determina su concreto cometido”*.

En este punto, en relación con el objeto de los contratos es preciso realizar algunas consideraciones.

En primer lugar, conforme al artículo 30 de la LFCP, el órgano de contratación puede incluir en los contratos los pactos y condiciones que estime oportunos. Esta potestad permite al órgano conformar el objeto del contrato, al igual que el artículo 1.255 del Código Civil lo permite en las relaciones privadas, incluyendo prestaciones relativas a cada contrato típico (artículo 4 de la LFCP: obras, suministro y asistencia) o, incluso prestaciones correspondientes a varios de ellos (contratos mixtos).

Pero esta potestad no es ilimitada. Así, el mismo artículo 30 la limita al señalar que estos pactos y condiciones se podrán incluir siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. Además, los contratos deberán tener por objeto un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica (artículo 22 de la LFCP) y, finalmente, el objeto del contrato deberá ser determinado y su necesidad o conveniencia para los fines públicos deberá ser debidamente justificada. A estas precisiones también debemos añadir que en los contratos de obras, como es el caso, la adjudicación del contrato requerirá, salvo las excepciones previstas en la Ley Foral, la previa elaboración, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto, que definirá con precisión el objeto del contrato (artículos 128 y 130 de la LFCP).

Pues bien, en el caso que nos ocupa se aprecia que en la documentación del proyecto, concretamente en el apartado 5.1 de la *“memoria descriptiva”* se define el objeto del proyecto de la siguiente manera: *“El objeto del presente proyecto, es aportar la documentación necesaria para llevar a cabo la obra de instalación de un ascensor así como la ejecución de la reforma de los baños de la biblioteca de Echavacoiz.”*

Posteriormente, en el apartado 6 de la misma memoria, denominado *“descripción del proyecto”*, se incluye una *“descripción general del proyecto”* en los siguientes términos: *“La intervención consiste principalmente en la instalación de un ascensor que tendrá un recorrido desde la planta baja hasta la planta primera del edificio, con un total de 2 paradas, salvando las barreras arquitectónicas existentes actualmente y haciendo posible la utilización del mencionado ascensor por personas con movilidad reducida. A su vez se prevé realizar la reforma de los baños de la*

*biblioteca con el objeto de adecuarlos al actual código técnico y otras normativas de accesibilidad.”*

En este mismo apartado se detallan, por capítulos, las actuaciones precisas para la reforma de los baños (subapartado 1) y las actuaciones precisas para la ejecución del ascensor (subapartado 2) y, entre estas últimas, las referidas a la ejecución del ascensor, consta que *“Se han previsto también partidas para levantado de barandillas, de cercos, reparación de peldaños, desmontaje de cobertura de pizarra, levantado de reja de hierro fundido y decapado de cerrajería entre otras”*. Aunque pueda sorprender que estas partidas aparezcan incluidas en este apartado (el correspondiente a la ejecución del ascensor), allí están, y no corresponde a este Tribunal entrar a considerar cuestiones técnicas. Por ello, dada su ubicación en la memoria, deberemos entender que estas unidades de obra son necesarias para la ejecución del ascensor.

También dentro de este apartado 6, en el subapartado 4.2, se dice que en relación con el sistema envolvente *“Excepto las carpinterías (se elimina una pequeña parte) ningún otro de los elementos del sistema envolvente del edificio se ve afectado por la presente reforma (fachadas, paredes interiores sobre rasante en contacto con espacios no habitables, suelos sobre rasante en contacto con el ambiente exterior)”*.

Además de lo dicho, en el apartado 3.2 de la *“memoria constructiva”*, titulado *“Cubierta”*, se dice: *“No se actúa sobre la cubierta del edificio”* y en el apartado 3.4, titulado *“Carpintería exterior”*, se determina: *“No se actúa sobre la carpintería exterior del edificio. Únicamente se procederá al desmontaje de una parte de ella”*.

Finalmente, en el *“Cuadro de descompuestos”*, en el *“Cuadro de precios”* y en el *“Presupuesto y mediciones”* se incluyen las partidas relativas al *“levantado de barandillas, de cercos, reparación de peldaños, desmontaje de cobertura de pizarra, levantado de reja de hierro fundido y decapado de cerrajería entre otras”* que anteriormente se han citado como parte de las *“actuaciones precisas para la ejecución del ascensor”*.

Con la intención de acreditar la relación directa de las mejoras que se pueden proponer con el objeto del contrato, la entidad adjudicadora ha aportado un informe en el se intenta identificar, clara y visualmente según se dice, la existencia de una interrelación física total y muestra cómo los condicionantes económicos obligaron a reducir el objeto del contrato a lo estrictamente imprescindible, afirmando, que el objeto del contrato ya incluye algunas actuaciones en cubierta, sustitución de algunas de las rejas existentes.

En consecuencia se podría afirmar, dice el Ayuntamiento, que las obras de adecuación de la cubierta, escalera, barandillas, verjas y urbanización son accesorias o complementarias de las del objeto del contrato. Sin ser imprescindibles porque la solución técnica se realizó para evitar sobre costes económicos y el menor impacto sobre la cubierta, son necesarias o convenientes.

Al respecto este Tribunal debe decir que si bien no se duda de que las actuaciones citadas sean necesarias o convenientes, tampoco cabe duda de que la sustitución de la cubierta, por elegir el supuesto más claro de los planteados, ninguna relación directa parece tener con la instalación del ascensor o el arreglo de unos baños, teniendo esa actuación la entidad suficiente para ser licitada independientemente al constituir un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica (artículo 22 de la LFCP).

De lo dicho se desprende con toda claridad que el objeto del contrato comprende, únicamente, *“la obra de instalación de un ascensor así como la ejecución de la reforma de los baños de la biblioteca de Echavacoiz”*, sin contemplar el proyecto ninguna otra actuación referida a cubierta, escalera, barandillas, verjas o urbanización que no tengan, según el proyecto, directa relación con estas dos actuaciones.

A esto tampoco se podrá objetar que en el proyecto aparecen partidas referidas a cubierta, escalera, barandillas, verjas o urbanización porque, como se ha dicho, del proyecto se desprende que estas partidas son necesarias para la ejecución del ascensor.

QUINTO.- Como se ha señalado en los antecedentes, el Pliego recoge como criterio de adjudicación las posibles mejoras que oferten los licitadores que, según se dice, *“debieran de ir encaminadas al desarrollo de trabajos de adecuación, incluso sustitución de elementos como: cubierta, escalera, barandillas, verjas o urbanización.”*

También se ha señalado que para que este criterio de adjudicación pueda ser utilizado las mejoras deben tener directa relación con el objeto del contrato y, visto lo expresado en el fundamento anterior, podemos afirmar que ello no ocurre en este caso.

Como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 29/98, de 11 de noviembre de 1998, y recuerda la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en los contratos de obras, en los que se ejecuta un proyecto que define con precisión el objeto del contrato, solamente la obra contenida en el proyecto es la que se licita y la que puede ejecutarse sin que sea posible referir las ofertas a mayor volumen de obras que dé lugar a ejecución de obras distintas de las precisadas en el proyecto aprobado.

Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia 60/2005, de 24 enero, afirma que las mejoras habrán de referirse, siempre y en todo caso, al objeto del contrato. En este sentido, dice el Tribunal *“La inversión por parte del órgano de contratación de un determinado contrato tiene un carácter indiscutiblemente finalista, de manera que los fondos públicos se aplican para conseguir un objeto que satisfaga el interés general, pero no en sentido lato, sino que, por el contrario, deben servir (y así debe quedar constancia en el expediente administrativo) para satisfacer un concreto y determinado aspecto del interés general. Por ello no es de recibo que a través de un contrato finalista se pretendan obtener beneficios en cuestiones ajenas a dicho contrato pues ello no ha de suponer más que un sobrecoste para la administración pública contratante, que ve cómo los fondos que destina a la ejecución de ese contrato se aplican a fines ajenos al contrato”*.

Incluso el informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que la entidad adjudicadora aduce en apoyo de sus tesis, concluyendo que es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista, también señala, y la entidad contratante olvida, que *“se considerarán variantes o mejoras admisibles las que (...) guarden relación directa con el objeto del contrato”*, a lo que debe añadirse, dice el informe, *“el hecho de que la admisión de variantes y de mejoras no deberá contradecir lo dispuesto en los preceptos legales mencionados en cuando a la debida elaboración de los proyectos (que deberán contener todos los elementos definidores del objeto del contrato) y la determinación del precio de ejecución y de licitación”*.

En conclusión, al no tener las mejoras que el PCAP permite valorar una directa relación con el objeto del contrato, su inclusión constituye un fraude de Ley y, por ello, la reclamación debe ser estimada.

Examinada y resuelta la pretensión principal, no se hace preciso el pronunciamiento acerca de las restantes alegaciones formuladas por el reclamante de forma subsidiaria.

SEXTO.- Como ya señalamos en nuestro Acuerdo 6/2013 (Expediente R-11/2013), de 16 de mayo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre los efectos que tiene el hecho de declarar la nulidad de algún criterio de adjudicación, recogiendo en su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) lo siguiente: *“los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”*. Y concluye que *“La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la*

*entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.*

Todo ello conlleva la estimación de la reclamación, con expresa declaración de nulidad del Pliego de Cláusulas Administrativas y del Cuadro de Características que le acompaña, así como la imposibilidad de continuar el procedimiento de adjudicación.

En consecuencia, previa deliberación, por mayoría y con el voto particular que formula la Vocal doña Sagrario Melón Vital, incorporado al final del cuerpo de este Acuerdo; y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

**ACUERDA:**

1º. Estimar la reclamación presentada por don L.M..M, en representación de la “Asociación de Constructores y Promotores de Navarra”, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de “Instalación de ascensor y accesibilidad en biblioteca del barrio de Echavacoiz”, promovido por el Ayuntamiento de Pamplona bajo el nº de expediente “CON\_OBRA/2013/3”, declarando la nulidad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Cuadro de Características que le acompaña, así como la imposibilidad de continuar el procedimiento de adjudicación.

2º.- Notificar este Acuerdo a la Asociación de Constructores y Promotores de Navarra y al Ayuntamiento de Pamplona, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

VOTO PARTICULAR que formula la Vocal del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra doña Sagrario Melón Vital respecto del Acuerdo 34/2013, de 17 de octubre de 2013, dictado en el Expte.: R- 34/2013, correspondiente a la reclamación presentada por don Luis Munárriz Moreno en representación de la “Asociación de Constructores y Promotores de Navarra”.

Con el respeto que siempre me merecen las opiniones de mis compañeros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, dejo constancia de mi discrepancia respecto del indicado Acuerdo, por las razones y motivos que a continuación expongo.

PRIMERO.- La discrepancia que vengo a expresar se refiere a los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto del presente Acuerdo relativos a la relación directa de las mejoras contempladas en el Cuadro de Características del Contrato que acompaña al PCAP con el objeto del contrato.

Anticipo ya mi posición: los elementos contemplados en el criterio de “Mejoras” utilizado por el Ayuntamiento de Pamplona sí guardan relación directa con el objeto del contrato.

SEGUNDO.- Ante todo, he de señalar que estoy de acuerdo con el sentido estimatorio de la reclamación, aunque por distintos motivos a los expresados en el Acuerdo.

TERCERO.- Nos encontramos ante un contrato de obras de reforma de un edificio existente para mejorar su accesibilidad. A tenor de lo dispuesto en el artículo 129 de la LFCP, “el concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente”.

Comparto la opinión de la entidad contratante de que, si bien en este caso se identifican dos cuestiones principales como objeto del contrato (instalación de ascensor y reforma de baños), es importante tener en cuenta que en un contrato de obras el enunciado de su objeto suele referirse a la parte de obra más significativa, pero siempre existen múltiples actuaciones de mayor o menor volumen de obra que no se pueden contener en una única frase. Así, no es la denominación del contrato ni el enunciado de su objeto quien determina su concreto contenido, sino el proyecto.

El artículo 130.1 de la LFCP establece una serie de documentos que deben contener los proyectos de obras: memoria, planos, pliego de prescripciones técnicas particulares, presupuesto, estudio de seguridad y salud, etc., y el apartado 2 del mismo artículo permite que, en los proyectos de obras inferiores a 150.000 (IVA excluido), se puedan simplificar, refundir o incluso suprimir alguno o algunos de los documentos enumerados en el apartado 1, siempre que la documentación resultante sea suficiente para definir, ejecutar y valorar las obras que comprende.

El presupuesto de licitación del contrato objeto de reclamación asciende a 144.646,84 € (IVA excluido), por lo que le resulta de aplicación lo establecido en el artículo 130.2 de la LFCP y se han simplificado los documentos que integran el proyecto.

Analizando el expediente remitido se observa ciertamente que existen ciertas contradicciones en la documentación que integra el proyecto licitado. Así, en la memoria descriptiva existen algunos apartados que inducen a pensar que el objeto del contrato se encuentra limitado a actuaciones en el ascensor y en los baños. No obstante, en la memoria constructiva consta expresamente que *“Se han previsto también partidas para levantado de barandillas, de cercos, reparación de peldaños, desmontaje de cobertura de pizarra, levantado de reja de hierro fundido y decapado de cerrajería entre otras”*, si bien, en el apartado 3.- Sistema envolvente, dice expresamente que *“No se actúa sobre la cubierta del edificio”*.

En defensa de la falta de relación directa de las mejoras con el objeto del contrato el reclamante afirma que “(...) *dentro de las partidas reflejadas en el mismo no se hace referencia alguna a la sustitución de cubierta, escalera, barandilla, verjas o urbanización*” y que “*si se quisiera acometer estas sustituciones en el edificio lo lógico es que se hubiera recogido dentro del proyecto estos extremos, y en consecuencia en el objeto del contrato, incluyendo las oportunas partidas en el presupuesto que se incluye en el proyecto*”.

Contrariamente a lo señalado por el reclamante, en el presupuesto del contrato sí se incluyen diversas partidas claramente relacionadas con los elementos sobre los que el Cuadro de Características del Contrato determina que deben versar las mejoras. Dejando aparte la urbanización por figurar descompuesta en diversas partidas, se pueden citar a modo de ejemplo las siguientes:

En cuanto a la cubierta, en la partida 02.04.29-Retejado cubierta pizarra- se incluyen 32 M2 de reparación y sustitución de piezas rotas de una cubierta de pizarra, tamaño mediano, primera calidad.

Por lo que se refiere a la escalera, en la partida 02.01.25 están previstos 6 Ml de reparación de peldaño de piedra en escalera exterior, previo marcado, corte y picado de la zona a sustituir y posterior colocación de pieza de peldaño igual a la existente en la actualidad.

En cuanto a las barandillas, en la partida 02.01.30 se contempla el levantado, por medios manuales, de 13,70 Ml de barandilla metálica existente a ambos lados de la escalera exterior y en la partida 02.05.07, el suministro, recibido y colocación de 13,70 Ml de barandilla (...), según diseño de proyecto.

Por último, en cuanto a las verjas, la partida 02.05.08 comprende el suministro, recibido y montaje de puerta- verja metálica abatible (2 hojas), y la 02.05.09 el suministro, recibido y montaje de reja metálica en ventanas.

Resulta llamativo que se diga expresamente en la memoria que no se actúa sobre la cubierta del edificio y sin embargo se prevea una partida para ello, así como que se incluyan partidas para barandillas, escalera y rejas y no se definan en la memoria las actuaciones a realizar sobre las mismas. Pero dichas deficiencias en la memoria no obstan para considerar que el proyecto comprende todos aquellos elementos recogidos en las partidas del presupuesto. Se puede poner como ejemplo un contrato cuyo objeto fuera la “construcción de un edificio de biblioteca” en el que, aunque nada se dijera en la memoria acerca de entregarlo con las paredes pintadas pero estando incluida la pintura en las partidas del presupuesto, sería evidente que la pintura forma parte del objeto del contrato.

Por todo ello, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la LFCP, tanto la memoria como el presupuesto, forman parte del proyecto, y estando contempladas en el presupuesto las partidas relativas a los elementos sobre los que deberán versar las mejoras, considero que las mismas sí guardan relación directa con el objeto del contrato.

CUARTO.- Una vez establecida la relación directa de las mejoras contempladas en el Cuadro de Características del Contrato que acompaña al PCAP con el objeto del contrato, quedaría por determinar si se cumplen el resto de requisitos legalmente establecidos para poder ser valoradas (requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente).

El reclamante alega a este respecto que *“el PCAP se limita a atribuir 10 puntos al apartado "mejoras" de los criterios de adjudicación sin determinar nada más en relación con los requisitos que deben reunir para ser admisibles, ni la valoración que debe atribuirse individualizadamente a cada una de ellas, ni en función de qué parámetros se haya de otorgar la puntuación a cada una de ellas”*. Considera que ello reduce el grado de transparencia en la adjudicación, al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración del criterio.

La entidad contratante se opone a esta alegación argumentando que todo licitador que oferte adecuar o sustituir los elementos referidos (cubierta, escalera, barandillas, verjas, urbanización) sabe a priori que obtendrá la puntuación que la mesa determine conveniente dentro de los 10 puntos que a tal se atribuyen. Defiende que la cláusula enuncia taxativamente los elementos concretos en que deben basarse las mejoras; indica cuál es su finalidad o espíritu aludiendo a la antigüedad del edificio; e introduce un elemento garante del tratamiento igualitario de todos los licitadores (los trabajos que se oferten deberán estar perfectamente definidos y valorados económicamente para poder ser valorados) que evita una excesiva discrecionalidad en la atribución de puntuaciones por las mejoras. Pero a continuación afirma que “el elemento de valoración económica, si bien no sirve para dar una puntuación lineal (porque un licitador podría valorar su trabajo de pintura en 10.000,00 € aunque su valoración real fuera de 100,00 €), es cierto que ayuda a comprender el alcance real del trabajo” y que el límite de admisión de mejoras es también claro: no serán valoradas aquellas que no se realicen sobre los elementos definidos en el condicionado; tampoco las que no definan de forma precisa el trabajo a realizar, el importe del gasto, y la partida a la que se imputa.

Como se ha visto en los antecedentes, el apartado referido a mejoras, a las cuales se otorgan 10 puntos sobre un total de 100, se limita a señalar que *“el proyecto se desarrolla en un edificio construido en 1978, lo que implica que las mejoras debieran de ir encaminadas al desarrollo de trabajos de adecuación, incluso sustitución de elementos como: cubierta, escalera, barandillas, verjas o urbanización. Aquellos trabajos que se oferten deberán estar perfectamente definidos (partidas de obra) y valorados económicamente (tanto por unidad de partida, como globalmente). Todos aquellos que no cumplan este requisito no se tendrán en cuenta para su valoración”*.

Esta cláusula, tal y como está redactada adolece de indefinición y puede inducir a confusión a los licitadores a la hora de elaborar sus ofertas, por los siguientes motivos:

- Al apelar a la antigüedad del edificio pero sin relacionar este dato con una mayor accesibilidad, podría resultar admisible cualquier mejora que se ofertase, por

ejemplo, para incidir en aspectos estéticos tales como adecuar las rejas o barandillas mediante su pintado aunque con ello nada se mejorase la accesibilidad del edificio.

- La cláusula no enuncia taxativamente los elementos en que deben basarse las mejoras, pues al utilizar la expresión “debieran ir encaminadas”, dado el carácter no imperativo de este tiempo verbal, las mejoras podrían referirse a otros elementos no enumerados en la cláusula.

- Algunos de los elementos citados en la cláusula como susceptibles de mejora ya están previstos en el presupuesto. Paradójicamente, el mismo argumento utilizado para dar la razón a la entidad contratante en el apartado anterior, se vuelve ahora en su contra, pues teniendo en cuenta que las actuaciones incluidas en el proyecto son de prestación obligatoria, no cabría valorarlas como mejora. Esto podría suceder, por ejemplo, con las barandillas o verja-puerta, dado que, estando prevista su sustitución íntegra en el presupuesto, no cabría valorar como mejora su adecuación ni sustitución (recordemos que en este contrato no se admiten variantes).

- Al señalar que todos los trabajos que se oferten sin estar perfectamente definidos y valorados económicamente no se tendrán en cuenta para su valoración, se podría entender, sensu contrario, que todos los que lo estén serán valorados.

- No se establece la forma en que deben valorarse las mejoras ni la puntuación atribuible a cada una de ellas.

De lo dicho se desprende que las mejoras no están debidamente definidas en el condicionado y además, tal y como argumenta el reclamante, tampoco se han fijado reglas de ponderación para valorarlas, lo que reduce el grado de transparencia en la licitación, máxime cuando la propia entidad contratante reconoce que quien oferte adecuar o sustituir los elementos referidos sabe a priori que *obtendrá la puntuación que la mesa determine conveniente* dentro de los 10 puntos y que *la valoración económica no sirve para dar una puntuación lineal*, lo que deja al órgano de contratación un alto grado de discrecionalidad a la hora de valorar este criterio de adjudicación.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones (entre otras la 189/2011, de 20 de julio y la 69/2012, de 21 de marzo), ha señalado que *“la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Lo que nos lleva a considerar que si no se han establecido previamente los criterios a aplicar para la valoración de las mejoras, el pliego adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez.*

*También en dicha resolución citábamos el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 59/2009, de 26 de febrero que se pronunciaba favorablemente “a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”. Es decir que, en todo caso, la admisión de estas mejoras comporta la necesidad de identificarlas suficientemente así como el establecimiento de los criterios claros y precios para valorarlas.*

*Aplicando esta doctrina al caso presente debemos destacar que en las cláusulas cuyo contenido se ha transcrito previamente queda manifiesta la insuficiente regulación de las mejoras habida cuenta de que ni figuran detalladas, ni se expresan sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente quedando claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración, lo que ha obligado a fijar a posteriori reglas y subcriterios de valoración a la comisión designada para llevarla a cabo en franca contradicción con la*

*doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia mencionada anteriormente.*

*(...) Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta.*

*Asimismo, el Tribunal, al apreciarla, no debe hacerla extensiva al resto de las cláusulas que integran el pliego afectado, puesto que, dada la plena independencia de unas respecto de las otras pueden, permanecer invariables a pesar de la anulación que acordamos (...)*”.

Entiendo que, en nuestro caso, el texto de la cláusula relativa a las mejoras no respeta la exigencia legal de que queden precisados suficientemente “sus requisitos, límites, modalidades y características”, ni contiene unos criterios previamente determinados para valorarlas, por lo que, además de infringir el artículo 51.1.b) de la LFCP, no queda garantizada en su aplicación la necesaria igualdad ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas que se presenten, por lo que debe ser anulada.

QUINTO.- El artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a las reclamaciones en materia de contratación pública (artículo 210.7 LFCP), establece que “el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento hayan sido o no alegadas por los interesados (...)”, por lo que procede responder a la última alegación del reclamante.

Así, el reclamante también alega que el hecho de que se permitiera la inclusión de esta cláusula con su redacción actual en el pliego podría suponer que los concursantes efectúen bajas encubiertas no recogidas ni valoradas en el proyecto técnico

objeto del contrato, esquivando el procedimiento previsto en el artículo 91 de la LFCP en relación con las ofertas anormalmente bajas.

Esta afirmación carece de fundamento considerando que la propia LFCP contempla la posibilidad de valorar las mejoras como criterio de adjudicación y que, indudablemente, toda mejora conlleva un coste para el ofertante. Antes que una baja encubierta lo que podría producirse es más bien lo contrario pues, tal y como alega la entidad contratante, habitualmente es cierto que a mayores mejoras ofertadas menor baja económica ofertada

Pero precisamente por ello, considerando que la decisión de los licitadores de incluir en sus ofertas determinadas mejoras puede tener una repercusión directa en las ofertas económicas que realicen, no se puede pretender que exista plena independencia de unas cláusulas respecto de las otras, de modo que el resto pudieran permanecer invariables pese a ser anulada una de ellas.

Este razonamiento conduce a declarar la nulidad de pleno derecho, no sólo de la cláusula relativa a las mejoras, sino de todo el PCAP y del Cuadro de Características del Contrato que le acompaña.

Y este es mi parecer, que emito con pleno respeto a mis compañeros y a su Acuerdo.

Pamplona 16 de octubre de 2013. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.  
LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.