

Expte.

DI-1946/2013-2

**Excmo. Sr. Alcalde-Presidente
AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA
Plaza del Pilar, 18
50001 Zaragoza**

ASUNTO: Sugerencias relativas a la contratación del "Parque infantil Delicias"

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 30/09/13 tuvo entrada en esta Institución una queja denunciando irregularidades en el procedimiento de contratación tramitado para adjudicar el contrato de servicios denominado "*Redacción y posterior ejecución de un proyecto de parque infantil de fiestas a instalar durante las fiestas del Pilar en el parque infantil Delicias de Zaragoza*", que para su inclusión en la programación oficial de las fiestas realizó el Ayuntamiento de Zaragoza.

Con el fin de conocer los pormenores del expediente, una persona en representación de un licitador que no resultó adjudicatario, la Asociación Promotora de Acción Infantil (PAI), compareció en las oficinas de Zaragoza Cultural solicitando copia del expediente; se les contestó por escrito que no había inconveniente en ir a verlo, y en dos ocasiones han ido pero, según indican, no les dan vista integra de lo actuado y les dicen que tienen que ir pidiendo qué documentos quieren ver, lo que les impide una valoración global del expediente, y que además les han denegado las copias del proyecto e informe técnico solicitadas. En una tercera ocasión han formulado solicitud de vista del expediente, pero les ha sido denegada alegando sobrecarga de trabajo por las próximas fiestas del Pilar y difiriendo este trámite para más adelante, solución que no aceptan porque precisan disponer de la documentación para fundamentar el recurso contra el acuerdo de adjudicación, cuyo plazo expira a mediados de octubre.

SEGUNDO.- Visto el contenido de la queja, se acordó admitirla a supervisión, asignando el expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió con fecha 04/10/13 un escrito al Ayuntamiento recabando información sobre las dos cuestiones planteadas: la atención dispensada a la petición de vista del expediente y

sobre la adjudicación, a cuyo fin se solicitó copia del expediente de contratación.

TERCERO.- La respuesta del Ayuntamiento se recibió el 16/10/13, siendo digna de reconocer la diligencia mostrada en atender nuestra solicitud y lo completo de esta, que cubre cumplidamente ambas cuestiones, que se abordan a continuación.

CUARTO.- Sobre el trato dispensado a los reclamantes, existe coincidencia en que fueron atendidos en dos ocasiones para darles vista del expediente, a pesar de las dificultades que ello conllevaba por el ajetreo propio de la organización de las fiestas del Pilar, cuyo epicentro de gestión radica en esta Sociedad Municipal, y de la situación de cierta tensión creada entre representantes de ambas partes. La nueva solicitud en tal sentido formulada con fecha 30 de septiembre no fue aceptada, por la expresada razón.

La expedición de copias del expediente fue denegada con fundamento en el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se analizan varias cuestiones relativas al problema que nos ocupa: la confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores y el respeto del principio de transparencia, el alcance del carácter secreto de las proposiciones y su confidencialidad y el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación, de los licitadores y el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación; sobre esta última cuestión, el informe pone de manifiesto:

“..... el procedimiento de contratación es un procedimiento especial y que, como expresamente recoge la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 40/1996, de 22 de julio, sobre recurso ordinario y vista de un expediente, prima la aplicación del artículo 93 de la LCAP (actual 151 TRLCSP) sobre el artículo 35 a) de la LRJPAC, por su carácter supletorio.

Esta misma Junta estatal, en su Informe 46/2009, de 26 de febrero, señala que «si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él, pero en absoluto puede ser interpretado en el sentido de

que se entregue copia de todo lo presentado por otros licitadores, especialmente si se trata de proyectos u otros documentos similares respecto de los cuales pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador», y concluye manifestando que «la obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella».

Es interesante señalar que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha mantenido en alguna de sus Resoluciones (entre otras, la nº 199/2011 y nº 233/2011) sobre la base del Informe 40/1996 de la Junta Consultiva del Estado, que el órgano de contratación no viene obligado a dar vista del expediente a los licitadores que lo soliciten, pero sí a notificar adecuadamente los extremos relativos a la adjudicación. En la actualidad, este Tribunal ha reconducido esta interpretación, y en Resoluciones como la nº 272/2011 sostiene que «si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente el cual se encuentra amparado por el artículo 35 de la LRJPAC, que en su apartado a) reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos “a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”».

Concluyendo que: «A la vista de lo anterior el órgano de contratación deberá conceder el correspondiente acceso al expediente a la empresa recurrente, si bien deberá tener en cuenta la obligación que incumbe al citado órgano de contratación de respetar la debida confidencialidad».

Este criterio favorable a reconocer la obligación de dar vista del expediente a los licitadores, si así lo solicitan, se mantiene también por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (entre otras,

Resolución nº 52/2011) y por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Resolución 5/2011 y Acuerdo 20/2012), con argumentaciones en todos los casos compartidas por esta Junta.

Sentado lo anterior, resta por señalar que para ejercer este derecho de vista del expediente, los interesados deberán solicitarlo previamente y concretar los documentos que se desea analizar, en aplicación de lo previsto en el artículo 37.7 LRJPAC, con la interpretación ratificada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 14 de noviembre de 2000 y 19 de mayo de 2003. Será posible tomar notas respecto del expediente, pero no se entregará copia de lo presentado por otros licitadores. Previamente el órgano de contratación deberá identificar y retirar los documentos declarados confidenciales en los términos exigidos en el Pliego, a los que no podrá tener acceso ningún licitador”.

En el expediente administrativo recibido no consta la notificación a los licitadores que no resultaron adjudicatarios. Según documento aportado con posterioridad, esta se hizo mediante correo electrónico remitido el 26/07/13 donde únicamente se hace constar el nombre de la unión temporal de empresas que resultó adjudicataria, el importe de adjudicación y la indicación de que esta se hace “con las mejoras contenidas en su oferta y aceptadas por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U.”, además de los recursos que se pueden presentar contra el acuerdo.

QUINTO.- Del expediente de contratación, que contiene los documentos administrativos propios de su naturaleza, se hacen constar los siguientes datos a los efectos de valorar el fundamento de la queja:

1º.- Presupuesto y valor estimado del contrato. La Base 5ª del pliego que regula el procedimiento de contratación fija el presupuesto de licitación en 57.851,24 euros (IVA excluido); tras la adición del 21% de IVA queda en 70.000 euros, para una duración inicial del contrato de dos años. Señala a continuación que “El valor estimado del contrato asciende a 92.561,98 euros, calculado conforme al artículo 88 del TRLCSP, no coincidiendo con él presupuesto de licitación al haberse tenido en cuenta la posible prórroga anual prevista y la posible modificación prevista del 10% del precio del contrato”.

No se ha tenido en cuenta en este precio el concepto previsto en la

cláusula I.1.h del Anexo I, prescripciones técnicas para la contratación del servicio, que demanda una “*Descripción detallada de los gastos a realizar en la ejecución del proyecto, sin hacer referencia a la oferta económica que conforme al Anexo II de estas Bases, los licitadores deben incluir en el Sobre nº 3. Es decir, no pueden existir en este Proyecto referencias a la oferta económica que los licitadores han de incluir en el sobre nº 3*”, a pesar de constituir la parte de mayor cuantía económica del contrato (la oferta del adjudicatario los valora en 155.375 €, y de la otra empresa en 152.000 €).

2º.- Consideración del Impuesto sobre el Valor Añadido (I.V.A.). El último párrafo de la misma Base 5ª establece “*El precio del contrato será el que resulte de la adjudicación del mismo, debiendo indicar como partida independiente el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) vigente. En el supuesto de que el adjudicatario sea una entidad exenta del mencionado impuesto, las cantidades a abonar no incluirán el importe correspondiente al IVA*”. Esta previsión también se hace en la Base 27ª, relativa al pago del precio, que especifica “*En caso de que la entidad contratista estuviese exenta del IVA, la factura se expedirá especificando tal extremo, y sin cargar dicho impuesto*”. Conforme a ello, la Administración deberá tener en cuenta el importe a pagar al adjudicatario, que podrá ser con IVA o no en función de si la entidad que preste el servicio se halla exenta de este impuesto en su facturación por alguna de las causas legalmente previstas.

Contrariamente a esto, la Mesa de Contratación de 11/07/13 concluye su informe:

“A continuación se procede a la apertura del sobre nº 3 (oferta económica) con el siguiente resultado..

Plica 1.- PROMOTORA DE ACCIÓN INFANTIL

57.851,24€ (EXENTO DE IVA)

Plica 2.- BROTHERS PRODUCTIONS S.L., GESTIÓ YASSESSORAMENT S.L. Y NACHO VILAR PRODUCCIONES S.L., en UTE.

55.371,90€ (IVA EXCLUIDO); 67.090€ (IVA INCLUIDO).

La Mesa acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la U.T.E., formada por BROTHERS PRODUCTIONS, GESTIÓ Y

ASSESSORAMENT Y NACHO VILAR PRODUCCIONES, por un importe de 55.371,90€ (IVA EXCLUIDO); 67.000 € (IVA INCLUIDO) para los 2 años de duración inicial del contrato y las condiciones y mejoras contenidas en su oferta, al tratarse de la propuesta que ha obtenido la mayor puntuación en el sobre nº 2 (57 puntos) y ser la oferta económica menor”

3º.- Criterios de valoración. La Base 15ª establece dos clases de criterios cuyo resultado se adicionará para la determinación de la oferta más ventajosa:

- Criterios evaluables mediante juicios de valor, en los que se puede alcanzar hasta un máximo de 75 puntos en función de la valoración que obtenga el proyecto del Parque Infantil de Fiestas (hasta 45 puntos), su ejecución (hasta 20 puntos) y el desarrollo anual (hasta 10 puntos).
- Criterio evaluable mediante la aplicación de fórmula: es el precio, al que se asignan 25 puntos mediante una fórmula que resulta de multiplicar por esta cifra el importe de la oferta menor y dividir su resultado por la oferta objeto de evaluación.

La valoración de estos criterios se hará por la Mesa de Contratación, cuya composición y modo de actuar se regulan en las Bases 16ª y 17ª. La Base 16.4 prevé la posibilidad de ser asistida por personal técnico: *“La Mesa podrá requerir la asistencia de técnicos a las reuniones que se celebren a los solos efectos de prestar asesoramiento especializado. La Mesa podrá proponer a la Presidencia el nombramiento de cuantos asesores considere conveniente en razón de sus especiales conocimientos técnicos, que podrán asistir a sus reuniones, con voz y sin voto, así como emitir los informes previos pertinentes, sin que tengan la consideración de miembros de la Mesa de Contratación, ni otra función que la de informar y asesorar de forma no vinculante”.*

En la sesión de 26/06/13, la Mesa acuerda *“la remisión de la documentación a la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A. al objeto de la emisión del correspondiente informe técnico, conforme a los criterios de valoración contenidos en las Bases que rigen el procedimiento y que han de ser evaluables mediante juicios de valor, indicando que dicho informe deberá contener la información necesaria que permita a la Mesa de Contratación conocer las*

características y ventajas de las proposiciones presentadas, designándose como técnicos redactores del informe a los técnicos de dicha mercantil, ...”; según consta en su informe, se trata del Jefe de Producción y la Jefe de Programación.

4º.- Tardía subsanación de deficiencias. La Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 07/06/13, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa. La plica nº 1 se declara ajustada al contenido de las bases, pero a los licitadores de la plica nº 2 se les requiere que en el plazo de tres días aporten *“copia de la escritura de constitución de la sociedad en idioma castellano, dado que el documento contenido en el Sobre 1 está redactado en lengua catalana”*.

Esta previsión deriva de la Base 17ª del pliego y de lo previsto en el artículo 81 Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Pero, a pesar de que tal obligación se traslada a la dirección señalada a efectos de notificaciones a la U.T.E. titular de la plica nº 2 mediante correo electrónico remitido a las 14:05 horas del mismo día 7 de junio, el sobre conteniendo la documentación ajustada al requerimiento se depositó en la Oficina Principal de Correos de Terrassa en fecha 12/06/13 y se recibió en las dependencias de la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A. el 13/06/13, una vez expirado el plazo concedido para la subsanación de deficiencias (vencía el 11 de junio, al ser domingo el día 9).

A pesar de ello, la Mesa de Contratación, en su reunión de 26/06/13 admite esta plica nº 2 *“al haber subsanado en el plazo concedido al efecto la documentación administrativa (sobre 1) conforme a lo acordado por la Mesa celebrada el día 7 de junio de 2013”*.

5º.- Formalización del contrato. La adjudicación del contrato fue acordada por el Consejo de Administración de la Sociedad Municipal en sesión de 24/07/13, requiriéndose al adjudicatario la aportación de la escritura pública de constitución de la U.T.E. al objeto de formalizar el contrato en los 10 días hábiles siguientes a la notificación (la Base 22ª del pliego señala que los días serán naturales). Esta se produce en la misma fecha, en la que también consta su recepción a través del certificado que emite el representante de la unión donde hace constar que se está preparando la constitución de la U.T.E. y tiene prevista su elevación a escritura pública para el próximo día 29.

Formalizada la escritura en la fecha señalada, se procede al día siguiente, 30 de julio, a la firma del contrato.

Sin embargo, la unión temporal no estaba todavía registrada en ese momento: según refleja el documento expedido por el Registro Mercantil de Barcelona con fecha 10/09/13, la escritura había sido presentada en el Registro el día 06/09/13, y no se había practicado la inscripción de la expresión “*Colores de Otoño – Parque Infantil Parque Delicias de Zaragoza. Fiestas del Pilar/UTE*”, que sí consta en el contrato.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Sobre la denegación de las copias solicitadas.

La denegación de las copias solicitadas por los reclamantes se amparó en el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuya parte relativa al derecho de acceso a los expedientes de contratación ha sido reproducida anteriormente.

Sobre la aplicación de esta resolución al caso concreto cabe decir lo siguiente:

1º/ El informe de la Junta valora las solicitudes de documentación hechas por licitadores en un procedimiento convocado por el Servicio Aragonés de Salud para la realización del servicio de oxigenoterapia y otras técnicas de ventilación nasal. Se trata de secretos técnicos o comerciales cuya difusión puede perjudicar los intereses de la empresa titular, que los posee en virtud de laboriosos procesos de investigación o mediante elevadas inversiones en la adquisición de patentes o autorizaciones. Ante situaciones de esta naturaleza, invoca la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14/02/08 que obliga al organismo responsable a “*garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en*

qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio...". Se trata de situaciones radicalmente diversas de la que aquí nos ocupa, donde el objeto de licitación es el desarrollo público de un parque infantil que invita a la participación ciudadana y donde cualquier persona puede ver con todo detalle las actividades que se desarrollan. Sin perjuicio de todo ello, no consta en la documentación ninguna declaración sobre confidencialidad que, efectuada conforme a la previsión del artículo 140 de la Ley de Contratos y de la Base 14.13ª, se hubiese hecho para algún documento concreto.

2º/ La entrega de copias del expediente se limita respecto de la documentación presentada por otros licitadores, especialmente si se trata de proyectos o documentos sobre los que pesa un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador. No esto lo que ha ocurrido aquí, pues uno de los documentos que les fue denegado es el informe técnico, con una extensión de tres folios; respecto a los otros, los reclamantes, según alegan, tenían derecho de propiedad intelectual sobre algunas de las actividades propuestas para el desarrollo del Parque Infantil que posteriormente han sido realizadas por el adjudicatario.

3º/ Por referencia a otros órganos consultivos o resolutivos, la Junta vincula la innecesariedad de entregar copia del expediente contractual a los licitadores porque parte de la base que, conforme a la previsión del artículo 151.4 de la Ley de Contratos, se ha realizado una correcta notificación de los extremos relativos a la adjudicación. Según este precepto, se deberá facilitar a los licitadores no adjudicatarios la información necesaria para interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y concretamente, *"... las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas"*.

La notificación a los no adjudicatarios no cumple el mandato legal, al haberse materializado a través de un correo electrónico remitido el 26/07/13 donde solo consta el nombre de la unión temporal de empresas que resultó adjudicataria, el importe de adjudicación y la indicación que esta se hace *"con las mejoras*

contenidas en su oferta y aceptadas por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U.”, además de la mención a los recursos que se pueden presentar contra el acuerdo, sin ningún otro dato para poder fundamentar un eventual recurso.

Conforme a lo anterior, no resulta justificada en el presente caso la denegación de copias de determinados documentos del expediente solicitadas por los reclamantes, al no tratarse de datos confidenciales del adjudicatario y ser precisas para fundamentar un recurso, dado que la notificación no contenía los elementos necesarios a tal objeto.

Segunda.- Sobre la adjudicación del contrato.

Procedemos a analizar a continuación las circunstancias señaladas en el antecedente cuarto y su incidencia en la correcta adjudicación del contrato, siguiendo el orden de la exposición de hechos:

1º.- Presupuesto y valor estimado del contrato. Como se ha indicado, el tipo de licitación es de 57.851,24 € mas el 21% de IVA, y el valor estimado del contrato son 92.561,98 €, esta cifra se justifica en los cálculos previstos en el artículo 88 de la Ley de Contratos.

La aplicación no es correcta, porque el citado artículo 88 establece en su primer párrafo: *“A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato”*.

Conforme a ello, debería haberse considerado en el valor estimado del contrato, e incluso dentro del tipo de licitación, los *“gastos a realizar en la ejecución del proyecto”* que se mencionan en la cláusula I.1.h del Anexo I -prescripciones técnicas para la contratación del servicio-, y que expresamente se piden separados de la oferta económica, a pesar de ser muy superiores en su cuantía. Se trata de gastos de personal, materiales de las zonas de juego, construcción de elementos fijos, alquiler de carpas, decoración, material gráfico de difusión, etc., que las ofertas presentadas valoran para este año 2013 en 155.375 € y 152.000 €.

El importe total del contrato es la suma del “cachet” de la firma que realiza el Parque y de los demás gastos generados. Aunque se separen los conceptos, deriva todo del mismo contrato y se factura a la entidad contratante, por lo que debería ser incluido en el pliego debidamente especificado y seguir el procedimiento contractual acorde con el precio total a pagar.

2º.- Consideración del Impuesto sobre el Valor Añadido (I.V.A.). En varios puntos del pliego de bases que rigen la contratación se hace referencia a la doble posibilidad de facturar el servicio contratado añadiendo el I.V.A. o no, cuando la entidad contratista estuviese exenta (así ocurrió en 2012, donde las facturas expedidas por la entidad contratada estaban exentas de este impuesto, en virtud de lo previsto en el artículo 13.1.14º.C del Reglamento del mismo, aludido en las facturas). A pesar de esta previsión y de la experiencia anterior, la Mesa de Contratación de 11/07/13, acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato por el precio final a pagar de 67.090 €, señalando que se trata de la oferta económica menor, cuando está claro que la otra había ofrecido un precio, también final, al estar justificadamente exento de I.V.A., de 57.851,24 €.

3º.- Criterios de valoración. Los criterios que sirven de base la adjudicación son de doble naturaleza: evaluables mediante juicios de valor, que pueden alcanzar hasta 75 puntos, y mediante una fórmula matemática, con un máximo de 25 puntos, cuya suma determinará quien resulta adjudicatario. La valoración de todos ellos se hace por la Mesa de Contratación.

Sobre los primeros, se prevé la asistencia de técnicos especialistas, que podrán participar en sus reuniones con voz pero sin voto, siendo su asesoramiento no vinculante para este órgano. Conforme a esta previsión de las Bases 16ª y 17ª, la Mesa remite la documentación a la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A. para que dos técnicos de la misma emitan un informe que aporte los datos necesarios para conocer las características y ventajas de las proposiciones presentadas, a efectos de fundamentar su decisión.

Esta forma de actuar no se ajusta a la previsión del artículo 150.2 de la Ley de Contratos; sin perjuicio de incumplirse la recomendación relativa a dar preponderancia a criterios de adjudicación relativos a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de

la aplicación de fórmulas matemáticas, para la valoración no se ha constituido el *“comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos”*.

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 regula los requisitos a seguir para la válida constitución de este comité; además de reiterar el número mínimo de tres y su no vinculación al órgano que proponga la celebración del contrato, su artículo 29 exige que la designación se haga en el pliego de cláusulas administrativas particulares o se establezca en estas el procedimiento para efectuarla, y en todo caso, la designación deberá hacerse y publicarse en el perfil del contratante previamente a la apertura de los sobres con la documentación técnica (en el presente caso viene contenida en el sobre nº 2). No se ha hecho así, porque la Mesa abrió los sobres nº 2 en su reunión de 26/06/13 y encargó seguidamente la redacción del informe técnico.

Según declara la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 21/2009, de 16 de septiembre, *“La finalidad de esta nueva figura creada en la LCSP, que recordemos no está exigida por las directivas comunitarias, no es otra que la de reforzar la objetividad en la valoración de ofertas, de manera que en los casos en que ésta dependa mayoritariamente de juicios de valor y no de la mera aplicación de fórmulas matemáticas, la valoración de los mismos recaerá no en la mesa de contratación si no en un grupo de personas expertas. Esta es la diferencia fundamental respecto de los miembros de la mesa de contratación que no tienen por qué ser expertos en la materia sobre la que versa la valoración”*.

Por tanto, el informe elaborado por los dos técnicos de la Sociedad Municipal no sustituye la valoración del comité previsto en el artículo 151.2 de la Ley al carecer de los requisitos esenciales de esta figura, por lo que no puede reputarse válido a efectos de justificar la adjudicación.

En cuanto al precio, sí que se ha establecido una fórmula matemática, pero

adolece, como hemos visto en otros expedientes, de un defecto que la Cámara de Cuentas de Aragón ha puesto de manifiesto en varias ocasiones. La fórmula utilizada, cuyo resultado se obtiene de multiplicar los puntos asignados al precio por el cociente resultante de dividir la oferta mínima presentada por la oferta objeto de valoración, asigna siempre puntos al licitador que no hace ninguna baja, como puede apreciarse aquí:

	Oferta económica	Puntuación asignada
<i>Oferta nº 1</i>	57.851 €	25,00
<i>Oferta nº 2 (adjudicatario)</i>	67.000 €	21,59
<i>Oferta ficticia, ajustada al tipo de licitación</i>	70.000 €	20,66

La asignación de puntos a los licitadores cuya propuesta iguale el presupuesto base de licitación, que no ofrezcan ninguna mejora en el precio respecto del tipo fijado por la Administración, o que, como aquí ocurre, lo reduzcan en pequeña cuantía, desvirtúa la importancia del valor teórico asignado al precio en el pliego respecto del total de los criterios de adjudicación aplicados: en el presente caso, se han distribuido solamente 3,41 puntos de los 25 asignados al criterio “precio”.

Siguiendo las indicaciones de la Cámara de Cuentas, las fórmulas de este tipo, cuyo uso aún está muy extendido, deben ser sustituidas por una proporcional que distribuya todos los puntos asignados al precio entre el tipo de licitación y la oferta más barata. En el presente caso, la utilización de una fórmula conforme al criterio de la Cámara de Cuentas hubiese variado el resultado obtenido.

4º.- Tardía subsanación de deficiencias. El requerimiento hecho por la Mesa de Contratación de 7 de junio, tras la apertura de los sobres con la documentación administrativa, para que en tres días se aportase traducida al castellano la escritura de constitución de una de las empresas integradas en la U.T.E. es ajustado a la Base 17ª del pliego y a lo previsto en el artículo 81 Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo,

no fue cumplido dentro de plazo, a pesar de la declaración expresa en tal sentido hecha por la Mesa de 26/06/13, y ello debería haber determinado su exclusión del procedimiento, dado el carácter preclusivo de este plazo.

5º.- Formalización del contrato. El contrato entre la Sociedad Municipal y la U.T.E. adjudicataria, firmado el 30/07/13, no puede considerarse válido, porque se materializó antes de la inscripción de esta en el Registro Mercantil, donde fue presentada la escritura de constitución seis días más tarde. Se incumple así lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de Contratos, relativo a la capacidad de obrar de los contratistas personas jurídicas, que se acreditará "*mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate*".

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Ayuntamiento de Zaragoza, y más concretamente a su Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A. las siguientes **SUGERENCIAS**:

Primera.- Que en las notificaciones que deriven de los expedientes de contratación facilite a los licitadores los datos necesarios para poder fundamentar, en su caso, los pertinentes recursos contra la decisión de adjudicación.

Segunda.- Que, habida cuenta de las deficiencias detectadas en el expediente para la contratación del "Parque Infantil Delicias", estudie la procedencia de su revisión.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comunique si acepta o no las Sugerencias formuladas, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 25 de octubre de 2013

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE