Acta de la sesión de la Mesa de Contratación que se indica.

1) Circunstancias de celebración:

N.º de orden: Quinta.

Objeto: Análisis del informe de la Asesoría Jurídica nº AJ-CTEIC 2022/109.

Celebración: 16 de mayo de 2022.

Comienzo: A las 9:00 horas.

Finalización: A las 9:15 horas.

Lugar: Sede de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, sita en la calle Johannes Kepler, número 1, de Sevilla.

Medio: Telemático.

2) Asistentes:

Presidenta: Dª. Cristina García-Agulló Montero, Jefa del Servicio de Administración General y Contratación de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades.

Vocales:

D. Fernando José Valverde Sánchez, de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades.

D. Luis Ayala Gallo, Interventor Delegado de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades.

D. Antonio Cabello Bastida, Coordinador de la Dirección General de Economía Digital e Innovación de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades.

D. José Salvador Salmerón Portero, Asesor Técnico del Servicio de Coordinación de Administraciones Públicas de la Dirección General de Economía Digital e Innovación de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades.

Secretario: D. Fausto Pedro Vázquez Pérez, Jefe de la Sección de Contratación de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades.

Designación: Mediante resolución del órgano de contratación de fecha 29 de julio de 2021, hecha pública en el perfil de contratante de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía, en anuncio de fecha 30 de julio de 2021, con referencia de publicación 2021-0000113046.

3) Expediente de contratación:

N.º de expediente: CONTR 2021 428155

Objeto: DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN DE UNA PLATAFORMA SMART Y LOS SUBSISTEMAS DE PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN CIUDADANA Y VIDEOVIGILANCIA EN LA PROVINCIA DE MÁLAGA.

División en lotes: No.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	ANTONIO CABELLO BASTIDA	18/05/2022	PÁGINA 1/3
	JOSE SALVADOR SALMERON PORTERO		
	CRISTINA GARCIA-AGULLO MONTERO		
	FERNANDO JOSE VALVERDE SANCHEZ		
	LUIS AYALA GALLO		
	FAUSTO PEDRO VAZQUEZ PEREZ		
VERIFICACIÓN	Pk2jmFR2RUTREDET9QNDQ7SR5LZGJ5	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Procedimiento de adjudicación: Abierto.

Sujeción a regulación armonizada: Sí.

Aprobación: Mediante resolución del órgano de contratación de fecha 20 de julio de 2021, hecha pública en el anuncio de licitación del contrato publicado en el perfil de contratante de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía, el día 26 de julio de 2021, con referencia de publicación 2021-0000111654.

Corrección de errores en los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares y ampliación del plazo de licitación: Mediante resolución del órgano de contratación de fecha 4 de agosto de 2021, hecha pública en:

— El perfil de contratante de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía, en anuncio de fecha 5 de agosto de 2021, con referencia de publicación 2021-0000114103.

— En el Diario Oficial de la Unión Europea: Anuncio nº 412674-2021-ES, publicado el día 13 de agosto de 2021 en el Suplemento nº 156.

4) Licitación:

Anuncios:

— En el Diario Oficial de la Unión Europea: Anuncio nº 377183-2021-ES, publicado el día 26 de julio de 2021 en el Suplemento nº 142.

— En el perfil de contratante de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía: Anuncio referenciado en el apartado 3.

Plazo inicial de presentación de proposiciones: Hasta las 15:00 horas del día 09 de agosto de 2021, posteriormente ampliado hasta las 15:00 horas del día 24 de agosto de 2021 en la resolución por la que se corrigen los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares y se amplía el plazo de licitación referenciada en el apartado 3.

Forma: Electrónica.

Medio: SiREC-Portal de Licitación Electrónica.

5) Sesiones anteriores de la Mesa de Contratación:

Primera: Para la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, celebrada el día 6 de septiembre de 2021, cuya acta se hizo pública mediante anuncio en el perfil de contratante de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía el día 9 de septiembre, en anuncio con referencia de publicación 2021-0000124073.

Segunda: Para realizar un análisis de la situación del expediente a causa de varios informes de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades sobre pliegos de cláusulas administrativas particulares que, como este, corresponden a proyectos a los que la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades ha concedido ayudas en especie para el impulso al desarrollo de ciudades y territorios inteligentes de Andalucía, en virtud de la convocatoria efectuada por Resolución de 31 de enero de 2020, de la Dirección General de Economía Digital

Es copia auténtica de documento electrónico

e Innovación, y cuyas bases reguladoras fueron aprobadas por Orden de 3 de diciembre de 2019, de la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, con objeto de promover la ejecución y puesta en marcha de iniciativas de desarrollo inteligente mediante la utilización de las TIC con la finalidad de impulsar la transformación inteligente de las ciudades y territorios en beneficio de la ciudadanía, y dirigidas a ciudades y territorios de menos de 20.000 habitantes, celebrada el día 24 de septiembre de 2021, cuya acta se hizo pública mediante anuncio en el perfil de contratante de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía el día 27 de septiembre, en anuncio con referencia de publicación 2021-0000127693.

Tercera: Para conocer el informe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades nº AJ-CTEIC 2021/291, sobre la necesidad causante del contrato, y para la subsanación de defectos de la documentación de los sobres electrónicos n.º 1, de documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, celebrada el día 11 de noviembre de 2021, cuya acta se hizo pública mediante anuncio en el perfil de contratante de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía el día 15 de noviembre, en anuncio con referencia de publicación 2021-0000155659.

Cuarta: Para la Apertura de los sobres electrónicos n.º 2, de documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor, celebrada también el día 11 de noviembre de 2021, a continuación de la anterior, cuya acta se hizo pública en el mismo anuncio que esta.

6) Informe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades:

Solicitud: Del órgano de contratación, con fecha 20 de abril de 2022.

Emisión: El día 27 de abril de 2022, con el número AJ-CTEIC 2022/109.

Conclusiones:

1.ª El pliego de cláusulas administrativas particulares contiene una cláusula oscura determinante de su nulidad, que impide a la Administración continuar la tramitación del expediente sin adoptar algún tipo de medida correctora.

2.ª La mencionada causa de nulidad es motivo suficiente para el desistimiento del expediente (sic).

Anexión al acta: Un ejemplar electrónico del informe se anexa al final de esta acta.

7) Acuerdo adoptado:

La Mesa de contratación, por unanimidad de todos sus miembros presentes, y en ejercicio de la función establecida en el último párrafo de la letra g) del apartado 1 del artículo 7 del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, acuerda proponer al órgano de contratación que declare el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato por la causa de nulidad a la que se refiere el informe de la Asesoría Jurídica referenciado en el apartado 6.

8) Aprobación del acta:

Con su firma electrónica, las personas integrantes de la Mesa de Contratación relacionadas en el apartado 2 declaran que la sesión de la misma indicada en el apartado 1 se ha desarrollado en los términos recogidos en esta acta.

Es copia auténtica de documento electrónico

INFORME AJ-CTEIC 2022/109 SOBRE EL CRITERIO DE ADJUDICACIÓN VALORABLE MEDIANTE JUICIO DE VALOR "EQUIPO DE TRABAJO" RECOGIDO EN EL INFORME AJ-CTEIC 2021/369 EN APLICACIÓN AL EXPEDIENTE: DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN DE UNA PLATAFORMA SMART Y LOS SUBSISTEMAS DE PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN CIUDADANA Y VIDEOVIGILANCIA EN LA PROVINCIA DE MÁLAGA, CONTR 2021 428155.

Asunto: Facultativo. Contratos administrativos. Pliegos. Indeterminación de un criterio de adjudicación por juicio de valor. Alcance de la ineficacia. Desistimiento de la contratación.

Solicitado por la Ilma. Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades informe de esta Asesoría Jurídica sobre asunto antes referido, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, se procede a la emisión del mismo sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Creemos conveniente comenzar nuestra exposición transcribiendo los términos en los que ha sido solicitada la emisión del presente informe:

> *"Asunto: Solicitud de informe sobre criterio de adjudicación en relación con Informe .CONTR 2021 428155.*
>
> *Remitente: Secretaría General Técnica*
>
> *Destinatario: Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica.*
>
> *El Informe AJ-CTEIC 2021/369 sobre el P.C.A.P. del contrato mixto de suministros y servicios, mediante procedimiento abierto, denominado DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE GESTIÓN Y CONTROL DEL TRATAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DEL AGUA POTABLE EN EL MUNICIPIO DE HORNACHUELOS. Expediente: CONTR 2021 1140261, señala en su consideración cuarta, relativa a los criterios de valoración, en concreto respecto al criterio de adjudicación valorable mediante juicio de valor "equipo de trabajo", lo siguiente:*
>
> *"Equipo de trabajo. Se valoraran la titulación y especialización técnica del equipo ofertado relacionada con la materia de los componentes que conforman el contrato (max. 10 puntos)". Se echan de menos la relación de titulaciones o especializaciones que pueden ser tenidas en cuenta, el criterio así formulado concede un margen de discrecionalidad que **no puede ser aceptado**, toda vez que además impide a los licitadores tener la certeza de cual es la configuración del equipo de trabajo que puede ser mejor valorado.*
>
> *En este sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su resolución 50/2016 que (...) **llega a considerarlo como causa de nulidad de todo el procedimiento."***

El criterio de valoración informado está presente en los mismos términos en todos los expedientes de contratación derivados de la concesión de ayudas en especie regulada en la Orden de 3 de diciembre de 2019, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas en especie, en régimen de concurrencia competitiva, para el impulso al desarrollo de ciudades y territorios inteligentes de Andalucía, (Orden CITI), de los cuales sólo uno ha sido aprobado y publicado y está actualmente pendiente de evaluación de las ofertas, el expediente DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN DE UNA PLATAFORMA SMART Y LOS SUBSISTEMAS DE PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN CIUDADANA Y VIDEOVIGILANCIA EN LA PROVINCIA DE MÁLAGA, CONTR 2021 428155.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, en relación con el citado expediente de contratación, en el que ya se ha valorado la documentación relativa a criterios de adjudicación valorados mediante juicio de valor, estando pendiente de celebrarse la mesa en la que se proponga la aprobación de dicho informe de valoración, se solicita a esa Asesoría Jurídica que informe con carácter previo a la misma, si se puede continuar con la tramitación del expediente, o si por el contrario la causa de nulidad señalada en el citado informe podría ser motivo suficiente para desistir del expediente, en los términos del artículo 152 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Firmado: LA SECRETARIA GENERAL TÉCNICA"

No se acompaña documentación adicional alguna.

SEGUNDO. El presente informe tiene carácter facultativo, conforme a los arts. 79 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 78 y 76.2 del Decreto 450/2000, Reglamento de Organización y Funcionamiento del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, en tanto no se fundamenta en una disposición legal que imponga su solicitud.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Dado el carácter facultativo del informe, debe limitarse a la cuestión planteada, que es "*si se puede continuar con la tramitación del expediente, o si por el contrario la causa de nulidad señalada en el citado informe podría ser motivo suficiente para desistir del expediente, en los términos del artículo 152 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*".

Con carácter previo a realizar consideraciones jurídicas, es necesario añadir algunas de orden fáctico. El expediente de contratación al que se refiere la consulta, CONTR 2021 428155, se dirige a satisfacer una necesidad originada por la concesión de ayudas en especie a varios entes locales de Andalucía para el impulso al desarrollo de ciudades y territorios inteligentes de Andalucía, convocadas por Resolución de 31 de enero de 2020, de la Dirección General de Economía Digital e Innovación, según las bases aprobadas en la Orden de 3 de diciembre de 2019 de la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad.

Uno de los proyectos beneficiarios de esas ayudas, según Resolución de 26 de marzo de 2021 de la misma Dirección General, fue la Diputación de Málaga, con el proyecto "DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN DE UNA PLATAFORMA SMART Y LOS SUBSISTEMAS DE PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN CIUDADANA Y VIDEOVIGILANCIA EN LA PROVINCIA DE MÁLAGA".

Los pliegos fueron objeto de varios informes del Gabinete Jurídico, AJ-CTEIC 2021/118, AJ-CTEIC 2021/269 y AJ-CTEIC 2021/291. En la documentación remitida para ello, no figuraba ningún criterio de adjudicación relativo al equipo de trabajo.

Otras entidades fueron beneficiarias de esas ayudas, habiéndose iniciado expedientes de contratación para proveer ayudas concedidas en virtud de los mismos proceso competitivo y resolución de adjudicación, cuyos pliegos han sido objeto de informe. Como menciona la solicitud, en informe AJ-CTEIC 2021/369, se dijo:

"Criterios de adjudicación mediante juicios de valor.

En el Anexo X se incluye dentro de este apartado "Equipo de trabajo. Se valoraran la titulación y especialización técnica del equipo ofertado relacionada con la materia de los componentes que conforman el contrato (max. 10 puntos)". Se echan de menos la relación de titulaciones o especializaciones que pueden ser tenidas en cuenta, el criterio así formulado concede un margen de discrecionalidad que no puede ser aceptado, toda vez que además impide a los licitadores tener la certeza de cual es la configuración del equipo de trabajo que puede ser mejor valorado.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su resolución 50/2016 que como puede comprobarse en el párrafo segundo de los que se cita a continuación llega a considerarlo como causa de nulidad de todo el procedimiento:

"Este Tribunal considera, a la vista los criterios de valoración del PCAP y del propio informe de valoración emitido, que se ha producido una vulneración del principio de igualdad generadora de indefensión para los licitadores, en tanto en cuanto éstos no podían conocer de antemano los criterios que el órgano de contratación iba a tener en cuenta para la valoración de sus ofertas. El mencionado principio de igualdad y su vertiente del principio de transparencia, implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitacion esten formuladas de forma clara, precisa e inequivoca en el anuncio de licitacion o en el pliego de condiciones (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comision/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111), circunstancia que como mas arriba se ha puesto de relieve no concurre en el presente caso."

"Este Tribunal en aras a garantizar el máximo respeto a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación en los procedimientos de concurrencia competitiva (articulo 1 del TRLCSP), necesariamente ha de declarar la nulidad de la cláusula 1.8, números 2 y 3 y en consecuencia de todo el procedimiento de licitación, que habrá de reanudarse desde su acuerdo inicial, en el supuesto de que siguiese existiendo el motivo o causa para el inicio de un nuevo expediente de contratación. En el nuevo Pliego se redactaran criterios de adjudicación objetivos, determinando los criterios de valoración, concretando los elementos a valorar y su forma de ponderación".

Por otra parte deben establecerse el el pliego los mecanismos necesarios para que el licitador se obligue a mantener las características del equipo de trabajo ofertado y objeto de la valoración introduciendo los cambios necesarios en el Anexo XV incluyendo penalizaciones, etc."

El pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente CONTR 2021 428155, para la "DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN DE UNA PLATAFORMA SMART Y LOS SUBSISTEMAS DE PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN CIUDADANA Y VIDEOVIGILANCIA EN LA PROVINCIA DE MÁLAGA", publicado en la pagina web del portal de contratación de la Junta de Andalucía, incluye en el Anexo X el siguiente criterio de adjudicación:

"5.1 Equipo de trabajo. Se valorarán la titulación y especialización técnica del equipo ofertado relacionada con la materia de los componentes que conforman el contrato."

La literalidad del criterio coincide, como expone la petición de este informe, con la que considerada excesivamente genérica y contraria a la transparencia del proceso de contratación en el párrafo reproducido. Por lo que tal consideración es aplicable a este pliego: la cláusula es excesivamente genérica, porque no refiere ninguna titulación o especialización técnica del equipo ofertado por las licitadoras que el órgano de contratación considere relacionada con la materia de los componentes que conforman el contrato, ni su ponderación relativa, lesionando el principio de igualdad que rige la contratación. La falta detectada impide que las licitadoras conformen un equipo de trabajo ajustado a los elementos que aporten calidad al contrato considerados relevantes ab initio.

Esto vicia de nulidad la cláusula, de acuerdo con los arts. 39.1 de la Ley 9/2017, y 47.1.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

SEGUNDA.- Partiendo de que el anexo del pliego contiene un criterio de adjudicación oscuro, que posibilita interpretaciones dispares de las licitadoras, contrario a los principios reguladores de la contratación administrativa, y por tanto nulo, queda por determinar el alcance de esa nulidad, si limitada a la cláusula o extensiva a la totalidad del pliego, y por ende, cual ha de ser la reacción administrativa.

Esta cuestión ha sido analizada en el Informe 10/17, de 13 de julio de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado:

"***CONSIDERACIONES JURÍDICAS.***

1. El Presidente del Instituto Nacional de Estadística plantea varias cuestiones en la presente consulta. Cuestiona, en primer lugar, la legalidad de la eliminación de un criterio de los pliegos por la decisión unilateral del órgano de contratación y, en consecuencia, si procede la nueva valoración de las ofertas presentadas en el supuesto de que el resultado de la adjudicación no se viese alterado por la eliminación del criterio. Alternativamente inquiere si sería necesario desistir del contrato para el órgano de contratación.

2. El análisis sistemático de las cuestiones incluidas en la consulta nos exige comenzar por la primera de ellas. Pues bien, a la vista del contenido de la consulta resulta oportuno determinar si, en efecto, como se da por sentado en aquella, existe una cláusula inaplicable en los pliegos,

porque de la conclusión que alcancemos depende toda la posterior respuesta que haya de ofrecerse.

Tanto la omisión de la fórmula que permitía calcular el índice medio de centros sanitarios como el hecho de que no se explicitase la información que debían aportar los licitadores en este criterio de adjudicación produjo el efecto de que la respuesta de los licitadores fuese sumamente dispar en este criterio, abarcando desde respuestas que obvian indicar si cumplen el baremo, hasta otras que afirman su cumplimiento sin prueba alguna, pasando por alguna otra en que reconoce la falta del cumplimiento del baremo.

Todo ello nos lleva a concluir que el citado criterio de adjudicación debe calificarse como oscuro, ambiguo e insuficiente, y ello no sólo por su inadecuada redacción y por la falta de identificación de los elementos básicos del mismo, sino también porque ha causado una abierta inseguridad a los licitadores, quienes o bien han prescindido del criterio, o bien lo han dado por cumplido, o bien lo han dado por incumplido sin mayores explicaciones al no ofrecérseles una base objetiva de ponderación.

3. La calificación del defecto de los pliegos como un caso de oscuridad de su redacción implica que valoremos a continuación el efecto de la meritada oscuridad. Para ello, lo primero que hay que analizar es si, en efecto, la no valoración del criterio es inocua a los efectos de la licitación.

En este punto cabe destacar en primer lugar que, frente a lo expuesto en la consulta, el criterio sí se ha valorado de forma efectiva, pues en la consulta consta que se ha dado la misma puntuación (1 punto) a todos los licitadores. Sea como fuere, lo cierto es que de haberse preterido el citado criterio de valoración se habría infringido el pliego de cláusulas administrativas particulares por parte del órgano de contratación. Recordemos que el pliego es ley entre las partes contratantes y que su cumplimiento es obligatorio no sólo para los licitadores sino, por descontado, también para el órgano de contratación. Con una conducta como la descrita en la consulta, el órgano de contratación impide voluntariamente el cumplimiento de una de las condiciones descritas en el pliego, actividad que está vedada por los principios básicos de la contratación.

Por tanto, la inaplicación del criterio de adjudicación oscuro no es correcta jurídicamente hablando. Por el contrario, representa un incumplimiento del pliego de cláusulas administrativas particulares y, en consecuencia, no es inocuo. A ello debe añadirse una consideración de importancia pues, como hemos señalado, alguno de los licitadores alegaba cumplir con la mejor de las condiciones definidas en este criterio de adjudicación, por lo que hubiera podido merecer la máxima puntuación en el mismo y no una puntuación igual al resto de los licitadores o que no se le puntuase en absoluto.

4. La oscuridad de uno de los criterios de adjudicación contenidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares constituye una infracción de los principios de la contratación pública y debe conllevar, por tanto, una consecuencia jurídica en casos como el descrito en la consulta. Existe una jurisprudencia constante en este punto amén de una continua doctrina de nuestros tribunales contractuales. Por ejemplo, en la Resolución nº 049/2011, de 24 de febrero, del Tribunal

Administrativo Central de Recursos Contractuales se afirma lo siguiente:

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

En este sentido es menester recordar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982).

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En el supuesto que venimos examinando y, conjugando los criterios interpretativos expuestos, existe por una parte oscuridad o cuanto menos ambigüedad en las cláusulas del pliego a las que se ha venido haciendo referencia, lo que implica que no podamos atender a una interpretación literal de las mismas y que la referida oscuridad en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado, esto es, el órgano de contratación."

En estos casos de patente oscuridad de los pliegos se produce una vulneración del principio de transparencia en perjuicio de los licitadores. Este principio descrito en el artículo 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público implica conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que toda la información necesaria para la buena comprensión del pliego de condiciones se debe poner, en cuanto sea posible, a disposición de

todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlo de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (Sentencia de 19 de marzo de 2010, Asunto Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-50/05).

5. Obviamente, la infracción de un principio tan importante en la contratación pública debe tener sus consecuencias respecto de la licitación. Tales consecuencias no deben limitarse, como ya hemos dicho, a la simple inaplicación de la parte oscura, solución que es claramente perjudicial para los licitadores en casos como el analizado. Aunque el órgano de contratación advierta una cláusula oscura en el pliego no puede alterarlo a su capricho. Los pliegos que rigen la licitación no pueden, con carácter general, ser modificados por el órgano de contratación una vez aprobados si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello y que serían los siguientes:

• La rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas;

• La revisión de actos nulos previsto en el artículo 106 de la citada ley;

• La declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables prevista en el artículo 107.

Por tanto, salvo en caso de error material, de hecho o aritmético, el órgano de contratación no puede modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados. Si la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto. Ninguna de estas soluciones se ha tomado en el presente caso, lo que denota una errónea interpretación del órgano de contratación, quien no ostenta la potestad de modificación unilateral de los pliegos inicialmente aprobados.

6. Constituyendo los pliegos la Ley del contrato, no sólo deben ajustarse a la normativa vigente en la materia sino que su aplicación debe ser coherente con su contenido, en cuanto que este define los derechos y obligaciones de las partes. Por ello, cuando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha estimado la alegación referida a la oscuridad en los pliegos ha señalado que habrán de retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la redacción de los pliegos a fin de que estos se redacten correctamente. También ha señalado que esta solución no supone perjuicio alguno para ninguno de los licitadores, ya que volverán a ser valorados de acuerdo con las estrictas condiciones establecidas en los pliegos, plasmándose dicha valoración en una nueva adjudicación.

En este sentido se pronuncia la Resolución nº 117/2017 de 27 de enero, en la que se añade que es doctrina del Tribunal la de que queda prohibida la interpretación contra preferentem de los pliegos, con la consecuencia de que de concluirse por el Tribunal que la oscuridad en los pliegos

imposibilita una lectura unívoca de los mismos, han de retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la formulación de los pliegos a fin de que éstos se redacten correctamente.

Esta solución es la única que permite respetar el principio de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores, basando su selección en criterios realmente objetivables y sólidos. Para hacerla efectiva, la fórmula que en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público mejor se adapta a estos supuestos es el desistimiento. El artículo 155 de la norma expone que el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. En este caso la nulidad del pliego es una infracción no subsanable y exige, como acontece en caso de desistimiento, la iniciación de un nuevo procedimiento de licitación con una nueva redacción del pliego de cláusulas administrativas particulares, nueva redacción que ha de ser ajustada a derecho. Además, según lo que expone el órgano de contratación tampoco se supera el límite temporal de la adjudicación que impone el precepto. Cabe recordar que el desistimiento supondría la compensación a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

CONCLUSIONES.

Con base en lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sienta las siguientes conclusiones:

• La cláusula sobre la que versa la consulta debe considerarse oscura, habiendo generado una patente inseguridad jurídica en los licitadores y una disparidad de interpretaciones por su parte.

• Tal circunstancia supone una infracción del principio de transparencia. Tal infracción no puede ser resuelta mediante la mera inaplicación parcial del pliego de cláusulas administrativas particulares.

• La consecuencia que se extrae de tal infracción es la necesidad de retrotraer las actuaciones para proceder a una nueva redacción de los pliegos.

• El desistimiento del contrato es adecuado en el presente supuesto al existir una infracción no subsanable de las normas de preparación y adjudicación del contrato y no haberse producido todavía el acto de adjudicación."

El defecto de la cláusula incluida en el pliego del expediente CONTR 2021 428155 es de nulidad; es insubsanable sin modificación de los pliegos, y no tiene la Administración la potestad para hacerlo unilateralmente después de presentadas las ofertas e incluso abierto el sobre 2.

A pesar de que no consta la impugnación del pliego, no puede ser ignorado, porque la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Las vías legales de reacción son, como expone el reproducido informe de la Junta Consultiva, la revisión de oficio, al ser un vicio de nulidad, o el desistimiento del procedimiento (arts. 41 y 152 de la Ley 9/2017).

Aunque el informe de la Junta Consultiva se haya emitido en relación a la normativa del hoy derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Decreto legislativo 3/2011, su art. 155 es equiparable al art. 152 de la Ley 9/2017:

> *"1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».*
>
> *2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.*
>
> *(...)*
>
> *4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.*
>
> (...)"

Concurren en la cláusula que examinamos los requisitos para el desistimiento, porque es defectuosa; el vicio afecta a la adjudicación del contrato; no es subsanable.

Por lo que es posible desistir del procedimiento, observando la tramitación prevista en el propio art. 152 de la Ley.

Expuesto lo anterior, llegamos a las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. A la pregunta de "*si se puede continuar con la tramitación del expediente*", respondemos que, una vez detectada en el pliego una cláusula oscura, que afecta a la transparencia del procedimiento de contratación, determinante de su nulidad, la sujeción de la Administración al imperio de la Ley impide continuar la tramitación del expediente sin adoptar algún tipo de medida correctora.

SEGUNDA. A la pregunta de "*si por el contrario la causa de nulidad señalada en el citado informe podría ser motivo suficiente para desistir del expediente, en los términos del artículo 152 de la Ley 9/2017*", respondemos afirmativamente, sin perjuicio de su debida tramitación.

Es cuanto tengo el honor de someter a la consideración de V.I. sin perjuicio de mejor criterio fundado en Derecho.

En Sevilla, a la fecha de la diligencia de verificación de firma electrónica.

LA LETRADA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA