

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ADJUDICACIÓN

5/09 APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES ESTATALES DEL ARTÍCULO 27 DEL REAL DECRETO 817/2009, DE 8 DE MAYO

Aplicación a las sociedades estatales del artículo 27 del RD 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, que exige la celebración de un acto público para la apertura de la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor (criterios e adjudicación subjetivos). Conclusión favorable a dicha aplicación¹.

ANTECEDENTES

Solicitado informe, al amparo del convenio de asistencia jurídica suscrito el 1 de diciembre de 2005 entre la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, Sociedad Anónima (SEITTSA) y el Ministerio de Justicia (Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado), sobre la aplicación a dicha Sociedad Estatal del artículo 27 del 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, se emite el mismo en los siguientes términos:

I. Se formula consulta sobre la sujeción de SEITT, S.A. a lo dispuesto en el artículo 27 de Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), que exige la celebración de un acto público para la apertura de la documentación relativa a criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor.

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 31 de julio de 2009 (ref.:A.G. Entes Públicos 105/09). Ponente: Raquel Ramos Vallés.

En concreto, bajo la rúbrica «aplicación de criterios que dependan de un juicio de valor», el Capítulo IV del Real Decreto 817/2009 establece lo siguiente:

«Artículo 26. Presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor.

La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.

Artículo 27. Apertura de los sobres.

1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.

2. En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado.»

El artículo 27 del Real Decreto 817/2009 establece un mandato de extraordinaria trascendencia práctica, consistente en la introducción de un nuevo acto público (adicional y previo al tradicional acto público de apertura de las proposiciones económicas), para la apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya valoración exija un juicio de valor (criterios de adjudicación subjetivos, por contraposición a aquéllos que puedan valorarse de forma automática, mediante cifras o porcentajes obtenidos mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los propios pliegos).

Se suscita la cuestión de si el acto público introducido en el artículo 27 del Real Decreto 817/2009 resulta aplicable sólo a los contratos que celebren las Administraciones Públicas, o también a los contratos armonizados que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas.

La cuestión exige un examen detallado, pues la normativa aplicable permite aducir argumentos en favor y en contra de ambas soluciones.

II. 1.º Aproximación general a la cuestión formulada: argumentos a favor de la aplicación del artículo 27 del Real Decreto 817/2009 a los contratos armonizados que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas.

El artículo 174.1 de la LCSP establece que los contratos armonizados que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas se adjudicarán por las normas de la propia Ley (Capítulo I del Título I del Libro III de la LCSP), con una serie de adaptaciones, entre las que se incluye la no aplicación «...de las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134, sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos...».

El apartado 2 del artículo 134 de la LCSP, al que remite el artículo 174.1.a) de dicho texto legal, establece lo siguiente:

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un 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.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada».

Interesa destacar que la remisión que el artículo 174.1.a) de la LCSP efectúa al artículo 134 del mismo texto legal alcanza únicamente a «las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de los criterios subjetivos», siendo así que el apartado 2 del artículo 134 cuenta con un párrafo tercero, al que no se extiende la mención del artículo 174.1.a) y que, por tal motivo, sí resulta aplicable a los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, entre los que se incluyen las sociedades

estatales que persigan fines que no tengan carácter industrial o mercantil (art. 3.2.a) de la LCSP). **5/09**

En consecuencia, resulta aplicable a la adjudicación de los contratos armonizados que celebren los referidos poderes adjudicadores el párrafo tercero del artículo 134.2 de la LCSP, que impone que la evaluación de los criterios subjetivos se realice antes que la de los que puedan aplicarse de forma automática, y que remite al desarrollo reglamentario de la Ley la concreción de los supuestos y condiciones en los que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deba presentarse la documentación para hacer posible esa valoración separada.

Así las cosas, una primera aproximación al texto legal permitiría concluir la aplicación a los contratos armonizados celebrados por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas de los artículos 26 y 27 del Real Decreto 817/2009 que, por su contenido, responderían precisamente al mandato legal establecido en el artículo 134.2, párrafo tercero, de la LCSP.

Pero existe un segundo y fundamental argumento en favor de la aplicación del artículo 27 a los contratos armonizados celebrados por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, argumento vinculado a los principios rectores de la propia contratación pública. Efectivamente, si con el artículo 27 del Real Decreto 817/2009 el legislador pretende potenciar, mediante la exigencia de un acto público de apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación subjetivos, los principios de transparencia, publicidad y objetividad en la adjudicación, y si, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la LCSP, tales principios son aplicables a la contratación de todo el sector público, resulta difícilmente admisible una interpretación del citado artículo 27 que excluya de su ámbito de aplicación subjetiva a una determinada categoría de entes de dicho sector público (los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas).

2.º Argumentos en contra de la aplicación del artículo 27 del Real Decreto 817/2009 a los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas.

Frente a los razonamientos efectuados en el apartado anterior, cabe citar los siguientes argumentos en apoyo de la tesis contraria:

1. La interpretación sistemática de los artículos 174.1.a) y 134.2., párrafo tercero, de la LCSP, no conduciría necesariamente a la aplicación del artículo 27 del Real Decreto 817/2009 a todos los poderes adjudicadores. Y ello por cuanto que el párrafo tercero del artículo 134.2 (aplicable, a contrario sensu, a los contratos armonizados de los poderes adjudicadores), remite al desarrollo reglamentario la regulación de «los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa (de los criterios de adjudicación subjetivos), así como de la forma en

5/09 que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada», siendo así que, en puridad, el artículo 27 no regula «la forma de hacer pública la evaluación previa» de los criterios subjetivos, sino, aspecto distinto, la forma de hacer pública la apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación subjetivos. En otras palabras, una cosa es la publicidad de la valoración de los criterios subjetivos (a la que se refiere el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2009), y otra la publicidad de la apertura de la documentación subjetiva que haya de ser objeto de posterior valoración (contemplada en el artículo 27 de dicho Real Decreto).

Desde esta perspectiva, podría sostenerse que la aplicación sistemática de los artículos 174.1.a) y 134.2, párrafo tercero, de la LCSP, determinaría la sujeción de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, a los artículos 26, 30.2 y 30.3 del Real Decreto 817/2009, pero no del artículo 27 de dicho Reglamento, que regula un aspecto (la apertura en acto público de la documentación relativa a los criterios subjetivos) a la que no se refiere expresamente en el párrafo tercero del artículo 134.2 de la Ley.

2. Frente al argumento que propugna la aplicación general del artículo 27 del Real Decreto 817/2009 a todos los entes del sector público, por cuanto que implica una plasmación de los principios generales de transparencia, publicidad y objetividad, podría argumentarse que el propio artículo 174.1.a) de la LCSP, al determinar los preceptos de la Ley que no resultan aplicables en la adjudicación de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, excluye expresamente «las normas establecidas... en el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación». En consecuencia, si el legislador ha establecido para los poderes adjudicadores peculiaridades en la fase previa a la apertura pública de las proposiciones económicas, resultarían igualmente admisibles excepciones a la aplicación a dichos entes de una norma reglamentaria, como el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, que temporalmente se encuadra también en la fase de examen de las proposiciones.

3. A mayor abundamiento, toda la regulación del Capítulo IV del Real Decreto 817/2009 parece, por la terminología empleada, específicamente referida a la contratación de las Administraciones Públicas: al margen de la regulación expresa del ámbito de actuación, composición, designación y funcionamiento del comité de expertos (arts. 25, 28, 29 y 30.1 del Real Decreto 817/2009), que por expresa disposición legal no resulta aplicable a los poderes adjudicadores (art. 174.1.a), se contienen en dicho Capítulo del Reglamento menciones expresas a las Administraciones Públicas (arts. 25.1), a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (arts. 29.1, 29.2, 30.1 y 30.2) que, con tal denominación, y conforme se desprende de la Instrucción de la Abogacía General del Estado 1/2008, de 5 de febrero, sólo pueden ser aprobados por las Admi-

nistraciones Públicas, y a las mesas de contratación (arts. 25 y 27.1), siendo así que su intervención, en los supuestos previstos en el artículo 295 de la LCSP, sólo es preceptiva en el ámbito de las Administraciones Públicas.

4. En fin, el hecho de que el propio artículo 27.1 del Real Decreto 817/2009 mencione en su párrafo segundo a la mesa de contratación (que, conforme a lo indicado, no tiene porqué existir en la adjudicación de los contratos de los poderes adjudicadores), y que refiera el plazo de la apertura de la documentación basada en criterios subjetivos a «la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1» de la Ley (fase incluida en el examen de las proposiciones del artículo 144 de la LCSP, que el artículo 174.1.a) de dicho texto legal considera no aplicable a los contratos armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas), serían claros indicios de que el ámbito subjetivo de aplicación de dicho precepto se circunscribe sólo a las Administraciones Públicas, dejando al margen a aquellos poderes adjudicadores que no tengan tal carácter.

Desde esta segunda perspectiva, la aplicación conjunta de los artículos 174.1.a) y 134.2, párrafo tercero, de la LCSP determinaría únicamente la sujeción de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, en los contratos armonizados que celebren, a los artículos 26, 30.2 y 30.3 del Real Decreto 817/2009, que son los que estrictamente desarrollarían las materias mencionadas en el párrafo tercero del artículo 134.2 de la LCSP (supuestos y condiciones en que deba hacerse pública la evaluación de los criterios subjetivos, y la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esa valoración separada).

III. Expuestos los argumentos que avalan cada una de las dos posiciones indicadas, se aprecia fundamento jurídico suficiente para decantarse por la primera de ellas, favorable a la aplicación del artículo 27 del Real Decreto 817/2009 a los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas. Y ello con base en los razonamientos que seguidamente se exponen:

1.º Si bien es cierto que el párrafo tercero del artículo 134.2 de la LCSP encomienda al reglamento la determinación de los supuestos y condiciones en los que haya de hacerse pública la evaluación previa de los criterios subjetivos, supuesto regulado en el artículo 30.3 del Reglamento y distinto del acto de apertura de la documentación subjetiva previsto en el artículo 27 de dicha norma reglamentaria, en su inciso final también encomienda al desarrollo reglamentario la determinación de «la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esa valoración separada», siendo así que la exigencia de apertura en acto público de la documentación relativa a los criterios de adjudicación subjetiva no deja de ser una medida adoptada por el legislador para posibilitar, con las mayores garantías de transparencia y publicidad, que la

5/09 valoración de los criterios subjetivos se efectúe de forma separada y previa a la de los criterios de adjudicación automáticos, como exige en su primer inciso el párrafo tercero del artículo 134.2 de la LCSP. En definitiva, cabe entender que el artículo 27 del Real Decreto 817/2009 desarrolla, conforme al mandato contenido en el inciso final del párrafo tercero del artículo 134.2. de la LCSP, la exigencia que en dicho párrafo se establece respecto a la valoración previa y separada de los criterios de adjudicación subjetivos.

2.º Con independencia de lo anterior, debe tenerse presente que el artículo 174.1.a) de la LCSP impone la aplicación de las normas de la Ley a la adjudicación de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores, sin más excepciones que las que en dicho apartado del precepto se mencionan, de forma que, en lo que aquí interesa, el artículo 174.1.a) sólo excepciona la aplicación de las normas relativas a la intervención del comité de expertos para la valoración de los criterios de adjudicación subjetivos, de donde se desprende el sometimiento de los poderes adjudicadores al resto de los preceptos de la Ley y, consiguientemente, a los de sus normas de desarrollo.

En consecuencia, sólo los preceptos del artículo 134.2, párrafo segundo, de la LCSP y los que, en desarrollo del mismo, se refieran en el Capítulo IV del Real Decreto 817/2009 al comité de expertos, han de considerarse no aplicables a los poderes adjudicadores.

3.º Es también cierto que la redacción del Capítulo IV del Real Decreto 817/2009 parece, por la terminología y los conceptos empleados, específicamente referida a las Administraciones Públicas. Pero no cabe entender por ello que todos sus preceptos se apliquen única y exclusivamente a éstas, y no al resto de los poderes adjudicadores. El empleo de términos y conceptos específicamente asociados a las Administraciones Públicas responde a la circunstancia de que son ellas, por tradición y por importancia cuantitativa, los principales destinatarios de las normas de contratación pública. Pero la redacción empleada en el Real Decreto 817/2009 no permite desatender el mandato legal del artículo 134.2. párrafo tercero, de la Ley, que exige un desarrollo reglamentario que, salvo en lo relativo a las normas del comité de expertos que en dicho precepto se contempla, han de resultar aplicables a los contratos armonizados de todos los poderes adjudicadores, de acuerdo con lo dispuesto en el propio artículo 174.1.a) de la Ley.

En este sentido, resulta significativo que el Preámbulo del Real Decreto 817/2009 mencione, entre los aspectos regulados en el mismo, «...la valoración de los criterios de apreciación subjetiva, especialmente cuando deba hacerse a través del comité de expertos u organismo independiente a que se refiere el artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público». Queda patente con dicha redacción que el contenido del Capítulo IV del Reglamento excede de la mera regulación de los

comités de expertos (exclusivos de las Administraciones Públicas), para extenderse a aspectos generales relacionados con la valoración de los criterios de adjudicación subjetivos (aplicables, en los aspectos mencionados en el párrafo tercero del artículo 134.2 de la LCSP, a todos los poderes adjudicadores).

4.º Por último, la adecuada protección de los principios consagrados en el artículo 1 de la LCSP (art. 1 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo) aconseja la solución que aquí se sostiene, máxime cuando la Ley consagra el principio de transparencia en la adjudicación de los contratos no armonizados que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas (art. 175.a) de la LCSP), e incluso en la adjudicación de los contratos que celebren los poderes no adjudicadores (art. 176.1 de la LCSP). Si el principio de transparencia se exige en la LCSP incluso en esos supuestos, con mayor motivo habrá de exigirse en un ámbito, como es el de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores, que queda sometido con mayor intensidad a las normas sobre contratación pública.

En consideración a todo lo expuesto, debe considerarse que el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, que impone la celebración de un acto público para la apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación subjetivos, resulta aplicable en la adjudicación de los contratos armonizados que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, sin perjuicio de las matizaciones que seguidamente se exponen.

IV. La sujeción de los poderes adjudicadores al artículo 27 del Real Decreto 817/2009 encuentra ciertas peculiaridades vinculadas a la naturaleza jurídico-privada de dichos entes y a la regulación que, en función de dicha naturaleza, establece la LCSP.

Así, en primer lugar, dado que la constitución de mesas de contratación no resulta preceptiva en la adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (art. 295 de la LCSP), es evidente que tampoco puede exigirse su existencia para el acto público del artículo 27 del Real Decreto 817/2009. Deberá estarse en este punto a los que cada poder adjudicador establezca en sus pliegos.

En segundo lugar, al declarar el artículo 174.1.a) de la LCSP que no resultan aplicables a la adjudicación de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores las normas sobre examen de proposiciones del artículo 144 de la LCSP, ha de reconocerse también cierta flexibilidad a los poderes adjudicadores en la articulación, dentro de la referida fase de examen de las proposiciones, del acto público del artículo 27 del Real Decreto 817/2009, pudiendo establecer las matizaciones que estimen pertinentes siempre que se recojan, con carácter previo y de forma general y objetiva, en los correspondientes pliegos; es por ello por lo que dichos

5/09 poderes adjudicadores no han de verse necesariamente constreñidos por el plazo que establece el citado precepto reglamentario.

En definitiva, partiendo de la necesaria exigencia de un acto público para el examen de la documentación relativa a los criterios subjetivos (exigencia ineludible derivada del artículo 27 del Real Decreto 817/2009), los pliegos que aprueben los poderes adjudicadores pueden establecer, en los aspectos indicados, las peculiaridades que consideren oportunas.

La posibilidad de celebrar, por razones prácticas u operativas, el acto público de apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación subjetivos el mismo día previsto para el examen de la documentación administrativa (una vez finalizado el examen de ésta), se supedita a la circunstancia de que toda la documentación administrativa examinada sea correcta, de forma que no resulte preciso conferir trámite de subsanación, a resultas del cual determinados licitadores puedan quedar excluidos.

En cuanto a la forma de dar publicidad previa al acto público de apertura previsto en el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, a falta de indicación expresa en el mismo cabe admitir, al efecto, la inclusión del correspondiente anuncio en el perfil de contratante del poder adjudicador.

Por último, cabe añadir que, conforme a lo establecido en la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 817/2009, el artículo 27 sólo será aplicable a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor del propio Real Decreto (a partir del 15 de junio de 2009), entendiéndose que los expedientes han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.

En consideración a todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes.

CONCLUSIONES

Primera. De acuerdo con las consideraciones efectuadas en el apartado III del presente informe, este Centro Directivo considera que el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de octubre, de desarrollo parcial de la LCSP, resulta aplicable en la adjudicación de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, por lo que la apertura de la documentación relativa a criterios de adjudicación cuya valoración exija un juicio de valor deberá efectuarse en un acto público, garantizándose que la evaluación de los criterios subjetivos se efectúa con anterioridad a la de los criterios automáticos.

Segunda. La aplicación del artículo 27 del Real Decreto 817/2009 a los contratos armonizados de los referidos poderes adjudicadores podrá matizarse, de acuerdo con las consideraciones efectuadas en el apartado IV del presente informe, atendiendo a la naturaleza jurídico-privada de estos poderes adjudicadores y a las peculiaridades que, en función de esa naturaleza jurídico-privada, establecen la normativa aplicable. **5/09**