



III. ADMINISTRACIÓN LOCAL

AYUNTAMIENTO DE BURGOS

SERVICIO MUNICIPALIZADO DE DEPORTES

La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 4 de septiembre de 2014, adoptó acuerdo de aprobar la siguiente propuesta:

ANTECEDENTES DE HECHO. –

Primero. – Por acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 18 de junio de 2014, se dispuso la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares que sirven de base para contratar, por procedimiento abierto, a través de varios criterios, la ejecución de las obras definidas en el proyecto de rehabilitación del Coso Taurino «El Plantío» como espacio cultural y deportivo.

Segundo. – Una vez publicado en el Boletín Oficial de la Provincia número 115, de 19 de junio de 2014, se interpone recurso de reposición por el Grupo Municipal Socialista el día 17 de julio de 2014, y por tanto, en tiempo y forma, frente al acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 18 de junio de 2014. Instando en la solicitud a la anulación del pliego.

Tercero. – Se analizan en el presente informe las alegaciones formuladas en el recurso interpuesto por el Grupo Socialista citado en el párrafo anterior.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS. –

1.^a – Sobre la alegación primera del recurso.

Señala el recurrente que en la cláusula séptima del pliego de condiciones, en su punto primero «Propuesta Técnica para el desarrollo de la Obra», se conceden un máximo de 13 puntos por diferentes conceptos cuya asignación se «concederá al libre albedrío de quien haga la valoración ya que no establece con claridad en base a qué se concede una puntuación u otra», y que se utilizan expresiones impersonales como «se valorará», sin señalar con qué puntuación y que solo aquellos licitadores que conozcan las preferencias personales del Técnico que valore, tendrá asegurada una buena puntuación en este apartado.

Ante ello, procede manifestar lo siguiente:

1.º – En el punto 1.º de la cláusula séptima, apartado B) se establece de forma detallada los conceptos susceptibles de valoración, tanto en lo que respecta a su cuantía numérica como a los aspectos materiales cuantificables. Razón por la cual, no cabe añadir más al respecto.

2.º – Al respecto de lo señalado en el párrafo que precede, establece el artículo 150.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), que en el supuesto de que se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una



amplitud adecuada. Sigue añadiendo dicho artículo que en el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

En este mismo orden de ideas y antes de continuar, debemos de partir de un hecho, que la potestad discrecional es precisamente fruto de la imposibilidad de la Ley de regular cada caso concreto en el espectro amplio y rico de la vida en sociedad, a partir de sus características de generalidad y, por ende, de efectuar a priori por la Administración Pública una absoluta objetivación de los criterios subjetivos. Ahora bien, no debemos olvidar que la discrecional ha de ser resultado de una normativa autorizante de cobertura que deja a su decisión la solución de un determinado asunto sobre la base de la valoración de ciertas categorías también precisadas en Ley, y mucho más si tenemos en cuenta que la Administración está compuesta por personal técnico cualificado, y como tal, está capacitado para discernir, interpretar y subsumir cada norma en el supuesto concreto, partiendo de la razón de ser de dicha discrecionalidad, cual es el interés general que la Norma protege y ampara. Por ello, en la valoración subjetiva, en ningún caso la Administración debe escudarse en la discrecionalidad para justificar una actuación contraria a los intereses generales, por cuanto que cualquier potestad discrecional debe fundamentarse en la presunción de racionalidad con que aquélla ha manifestado su voluntad en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión, de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue.

La exigencia reflejada en el párrafo que antecede, pretende conseguir la armonización de dos principios básicos, como son el respeto a la competencia exclusiva de las entidades contratantes para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato, que, en ambos casos, está recogida con profusión en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación por el poder adjudicador puede y debe ser controlada por los órganos jurisdiccionales para evitar que la resolución que se haya dictado incurra en arbitrariedad. Resulta oportuno acudir, en este punto, a la Jurisprudencia en la materia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2000, y más recientemente la de 27 de mayo de 2009, sientan la doctrina de que los poderes adjudicadores ostentan necesariamente un margen de discrecionalidad tanto en la fijación de los criterios objetivos de adjudicación como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de los subjetivos, siempre que el margen de discrecionalidad de que goza la Administración no caiga de lleno en la arbitrariedad, pues ambos conceptos son antagónicos, porque como señala la STS de 13 de julio de 1984, lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable o es puramente



indefendible. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte, de tal manera que la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión. En definitiva, cuando hablamos de una función administrativa no podemos circunscribirla a la mera ejecución de la ley, porque ello resultaría imposible en su concepción, sino que hablamos de una función que, por las potestades que se le han otorgado, integra el medio que le permite intervenir intensamente en la vida social para garantizar el interés de todo el conjunto de la ciudadanía.

3.º – Pues bien, se puede observar que el pliego de condiciones establece en la cláusula séptima, apartado B, punto primero, unos criterios de valoración razonables y suficientemente precisos como para reducir al máximo posible la subjetividad. Lo que no obsta para que, tal y como ya se ha puesto de relieve, existan elementos discrecionales que al efectuar el examen de las distintas propuestas se hagan depender de un juicio de valor técnico, y que, lejos de conducir a una posible arbitrariedad, deben de sustentarse en argumentos racionales. A este respecto, y una vez analizado el informe técnico que obra en el expediente de valoración de los criterios subjetivos, se puede comprobar que se están motivando suficientemente las razones por las que se otorga una u otra puntuación. Razón por la cual, nada se puede reprochar jurídicamente respecto de la valoración realizada, sin perjuicio del hecho de que, probablemente, si fuera examinada por otro experto, se pudiera llegar a conclusiones distintas.

2.ª – Sobre la alegación segunda del recurso.

Indica el recurrente que la cláusula séptima del pliego recoge en su punto segundo las mejoras distribuyendo la totalidad de la puntuación sobre unidades de obra que no fueron incluidas en el proyecto para no elevar el coste del mismo y que al ser unidades que son necesarias realizar para la finalidad que la obra pretende, deberían estar integradas en el correspondiente Proyecto Técnico y formar parte del Presupuesto de ejecución material y no forzar así a los licitadores a ejecutar las mismas para obtener la adjudicación del contrato, no siendo admisible que se aprovechen para ejecutar nuevas unidades que no están recogidas en el proyecto ni en el Presupuesto. Refiriendo al respecto que se vulnera así lo establecido en el artículo 147 del TRLCSP.

En relación con lo manifestado en la alegación de referencia, cabe indicar lo siguiente:

1.º – El artículo 147 citado establece precisamente que cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas hayan previsto expresamente tal posibilidad.

A la vista de lo recogido en el pliego, se puede observar que, precisamente, se está regulando de forma detallada cada una de las mejoras. Y en este sentido, manifestar que la finalidad del artículo en cuestión no es otra que la de posibilitar que todos los licitadores concurren en condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar. Para ello el proyecto y los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten



variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas u otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas. Así, no se cumple tal requisito cuando se pretende valorar la ejecución adicional y gratuita de obras adicionales por parte del contratista, sin que previamente hayan sido especificadas en los pliegos y concretada la forma en que deberán valorarse a efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. De igual modo, no se cumple el requisito mencionado cuando las obras adicionales exigidas no guarden la debida relación con la prestación objeto del contrato. Como consecuencia de todo ello, cabe indicar que se considerarán variantes o mejoras admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos, guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga. En este sentido se pronuncia, entre otros, el Informe 59/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado o Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por otra parte, señala el Acuerdo 8/2012, de Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que la propia indeterminación en las mejoras requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación.

Por otra parte, se puede añadir a mayor abundamiento que el artículo 123 del TRLCSP no establece la obligación de incluir las mejoras en el proyecto de obras, razón por la cual, y en una interpretación a "sensu contrario", podemos deducir que si el Legislador hubiera tenido la voluntad de incluir las mejoras como contenido del proyecto lo hubiera plasmado. Como quiera que no ha sido así, no debemos de entender una interpretación más allá de los términos que se establecen en la Ley.

2.º – Se analizan a continuación cada una de las mejoras incluidas en el pliego de Condiciones, todo ello en base al informe técnico que obra en el expediente:

a) Barrera, losa y barandilla:

– El artículo 2 del Código Técnico de Edificación no establece la obligación de aplicar esta actuación a una instalación existente.

– Por otro lado, los tres elementos se encuentran en la unidad constructiva y en el proyecto, y la mejora plantea su sustitución por otros distintos.

b) Acondicionamiento del espacio destinado a plazas reservadas:

– El artículo 2 del Código Técnico de Edificación no impone la obligación de aplicar esta actuación a una instalación existente.

– El propio proyecto contempla la creación de un espacio destinado a plazas reservadas, y la mejora que se propone es el acondicionamiento de ese espacio. En definitiva, se está proponiendo el acondicionamiento de un espacio existente.

c) Iluminación adicional:

– En la actualidad el edificio tiene una iluminación adecuada al uso y el proyecto contempla la dotación.



– La mejora planteada consiste en dotarlo de iluminación que permita la celebración de determinados eventos.

d) Renovación de la cubierta de las cuadras:

– Ciertamente esta actuación no está contemplada en el proyecto, ya que la finalidad de la obra no es otra que actuar sobre el Coso Taurino propiamente dicho.

– Ahora bien, el hecho de que no esté configurada previamente en el proyecto no debe suponer obstáculo alguno para que, con posterioridad, se refleje en el pliego de condiciones, y como tal obligue a las partes en virtud de la aplicación a la contratación del principio «pacta sunt servanda» y de lo establecido en los propios artículos 123 y 147 del TRLCSP. Ahora bien, lo que realmente debe de importar en este punto es si la mejora ofertada está incluida o no dentro del objeto del contrato. Pues bien, a la vista de lo definido en la cláusula primera del pliego de condiciones que regula la adjudicación, constituye el objeto del contrato, la ejecución de las obras definidas en el Proyecto de Rehabilitación del Coso Taurino «El Plantío» como espacio cultural y deportivo. En este sentido, y como quiera que el objeto del contrato se circunscribe exclusivamente a las actuaciones contempladas en el proyecto, se desprende que la renovación de la cubierta de las cuadras, por no estar incluido en el mismo, no debe ser incluida como mejora, aun cuando se esté actuando sobre un elemento que sirve para mejorar el uso del edificio contemplado en su totalidad. A este respecto existe unanimidad, así entre otros, el Informe 59/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Resolución número 43, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 28 de julio de 2011, dictada en el recurso número 40 de 2011.

3.^a – *Sobre la anulación del procedimiento:*

El artículo 33 del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) define la anulabilidad mediante una cláusula abierta y residual consistente en considerar como tal a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que no sea constitutiva de nulidad de pleno derecho y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC). A este respecto, señala este último artículo que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Sigue indicando dicho artículo, que, no obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

En este mismo sentido, conviene traer a colación la doctrina jurisprudencial sentada por nuestro Tribunal Supremo en Sentencias como las de 9 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4615) y 17 de marzo de 1982 (RJ 1982, 2132), la cual sólo reconoce fuerza anulatoria a los vicios del procedimiento cuando el acto carezca de los requisitos esenciales para alcanzar su fin, produzcan indefensión a la parte que la alegue o se dicten fuera del plazo previsto, cuando éste esté esencialmente impuesto para su validez.



Asimismo, en Sentencia de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5824), el TS concluye que la consecuencia anulativa que por regla general puede derivarse del incumplimiento de las formalidades impuestas a la contratación administrativa, debe evitarse en aquellos supuestos en que la infracción formal es meramente «rituaria», por aparecer acreditado en el expediente, de forma notoria e incuestionable, que la específica finalidad de la forma incumplida ha sido realmente satisfecha.

De este modo, y frente a la técnica de la enumeración tasada que se emplea para delimitar los casos de nulidad absoluta (artículos 32 y 37 del TRLCSP y 62 de la LRJ-PAC), el legislador ha optado aquí por contemplar un número abierto de supuestos de anulabilidad. No obstante, y sin la más mínima pretensión de resultar exhaustivo, el artículo 63 de la LRJ-PAC cita expresamente tres supuestos que conllevan dicho vicio:

- El defecto de forma que haga que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión.
- Las actuaciones realizadas fuera del tiempo establecido para ellas cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.
- La desviación de poder.

Se analizan a continuación cada una de ellas:

1.º - El defecto de forma que haga que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión:

En relación con lo anterior, cabe afirmar que en cada supuesto concreto se deberá determinar si se ha producido o no una infracción del ordenamiento jurídico, partiendo del hecho de que solo estaríamos ante tal cuando no se trate de una mera irregularidad, es decir, que los defectos formales no produzcan la imposibilidad de alcanzar el fin y no provoquen indefensión.

En el sentido indicado, y con el fin de precisar el concepto de anulabilidad, conviene estudiar aquí diversos pronunciamientos efectuados por la jurisprudencia que nos permiten comprender mejor este vicio invalidante:

a) La STS de 20 de julio de 2000 entiende que es causa de anulabilidad la vulneración de la exigencia de motivación en un procedimiento de adjudicación, por cuanto que no cabe sostener que la elección de la proposición más ventajosa sea una actuación enteramente libre y que pueda decidirse sin dar cuenta alguna de las razones empleadas.

b) Las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 26 y 30 de enero de 1980, 4 de julio y 12 de noviembre de 1984, 10 de noviembre de 1987, 23 de abril de 1996 y 17 de julio de 2001, consideran que solo cabe entender como anulable aquel defecto de forma que esté provisto de una entidad importante, y no de meras irregularidades, y siempre que el acto administrativo carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar el fin pretendido con el mismo y no provoque indefensión.

Pues bien, a la vista de la documentación obrante en el expediente, se puede aseverar lo siguiente:



a) Las actuaciones relativas a la barrera, losa y barandilla, Acondicionamiento del espacio destinado a plazas reservadas e Iluminación adicional están incluidas dentro del objeto del contrato, por estar previstas, a su vez, dentro del Proyecto de Rehabilitación del Coso Taurino «El Plantío» como espacio cultural y deportivo. Razón por la cual, no se observa ningún tipo de irregularidad invalidante de los supuestos contemplados en el artículo 63 de la LRJ-PAC.

b) La actuación relativa a la renovación de la cubierta de las cuadras, si bien no está prevista en el proyecto de referencia, y por ende en el objeto del contrato, no supone que debamos considerar que nos encontremos ante alguno de los supuestos de anulabilidad previstos en el artículo 63 de la LRJPAC.

Lo que no es óbice para entender de forma inequívoca que no debe ser valorada esta última mejora. Ahora bien, resulta intrascendente se valore, pues, aun cuando cambia la puntuación máxima, resultaría adjudicataria la misma empresa y no se alteraría el orden de clasificación de las concurrentes. En este sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución n.º 189/2011.

2.º – Las actuaciones realizadas fuera del tiempo establecido para ellas cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo:

No es objeto del recurso y tampoco se deduce del expediente el supuesto de referencia.

3.º – Desviación de poder:

Mención aparte merece la anulación causada por la desviación de poder que figura expresamente citada en el artículo 63 de la LRJ-PAC y cuya definición legal podemos encontrar en el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en donde aparece conceptualizada como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

En la STS de 7 de noviembre de 1985, se define la desviación de poder como la existencia de un acto ajustado a la legalidad intrínseca pero con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público. Asimismo, se afirma en esta resolución judicial que quien alegue que en órgano administrativo se ha apartado del cauce jurídico, ético o moral que está obligado a seguir, deberá proporcionar una prueba suficiente para crear en el Tribunal una razonable convicción de que aun cuando la Administración se haya acomodado externamente en su actuación a la legalidad formal, sin embargo, el fin perseguido por los actos impugnados se aparta del interés público.

Una vez analizado el contenido del expediente, no se observa que nos encontremos ante el supuesto de desviación de poder.

4.ª – *Sobre el contenido del informe de fecha 18 de agosto de 2014 de la Gerencia Municipal de Fomento, que obra en el expediente:*

Refiere el informe de la Arquitecta Municipal de fecha 18 de agosto de 2014, que el objeto del proyecto es la definición y valoración de las obras de rehabilitación de la edificación principal en relación con las obras que expresamente se indican en la memoria.



y que el proyecto está completo sin las mejoras que se incluyen en el pliego, dado que su contenido responde al alcance que pretende la intervención.

Siendo cierto que el contenido del proyecto estaría completo tal y como ha sido redactado y aprobado, cualesquiera de las tres mejoras relativas a la barrera, losa y barandilla, acondicionamiento del espacio destinado a plazas reservadas e Iluminación adicional, tendrían cobertura jurídica al amparo de lo señalado en el artículo 150.4 del TRLCSP, no solo por el mero hecho de estar vinculadas al objeto del contrato, sino también porque lo que se formula en la oferta de mejora es sustituir los tres elementos que se encuentran en la unidad constructiva y en el proyecto por otros distintos.

El Presidente del Consejo de Administración del Servicio Municipalizado de Deportes en representación de este, de conformidad con lo manifestado en la parte expositiva, propone a V.E. adopte el siguiente acuerdo:

1.º – Excluir del procedimiento abierto de licitación la oferta presentada por la mercantiles FCC Construcción, S.A., por cuanto que no han justificado convenientemente la oferta anormal o desproporcionada formulada.

2.º – Estimar parcialmente el recurso formulado por el Grupo Socialista en lo que respecta a que no deber ser valorada la mejora relativa a la renovación de la cubierta de las cuadras, por no estar circunscrita al objeto del contrato, y desestimar el resto de su contenido, habida cuenta que citadas mejoras están recogidas en el objeto del contrato.

3.º – Aprobar la validez del acto licitatorio del procedimiento abierto convocado y, en su consecuencia, adjudicar a la U.T.E. Sacyr Construcción, S.A. e Inmobiliaria Río Vena, S.A. el contrato relativo a las obras definidas en el Proyecto de rehabilitación del Coso Taurino «El Plantío» como espacio cultural y deportivo, por un precio de 5.573.712,14 euros, I.V.A. incluido.

4.º – La U.T.E. Sacyr Construcción, S.A. e Inmobiliaria Río Vena, S.A. ha presentado fianza definitiva por importe de 230.318,68 euros en la Tesorería Municipal.

5.º – Para hacer frente a este gasto existe habilitado crédito por Intervención General de Fondos Municipal número 1937/2014 con cargo a las Partidas del Presupuesto General vigente siguientes, condicionado al informe de fiscalización así como a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el Presupuesto del ejercicio 2015.

06.342.632 1.400.000,00 € PY: 14A00040 A: 40889

06.342.632 4.861.116,00 € PY: 14A00040 RCFUT:40890

6.º – Facultar al Sr. Presidente para la firma de cuantos documentos sean precisos para la plena efectividad de este acuerdo.

No obstante V.E. acordará.

Burgos, 2 de septiembre de 2014.

El Presidente,
Ángel Ibáñez Hernando