

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de mayo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don J.S.G., en nombre y representación de Eneas Sector Público, S.L., contra la Resolución del Secretario General de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), de fecha 26 de diciembre de 2012, por la que se adjudica la “Contratación de un servicio integral de asesoramiento a las entidades locales para la optimización del gasto y reducción de costes de determinados servicios y suministros”, número de expediente: 5/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el DOUE de 21 de septiembre de 2012 se publicó la convocatoria para la adjudicación del contrato mencionado, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. No se hace constar el valor estimado del contrato.

El 27 de noviembre se procede a la apertura de los sobres A que contienen la documentación administrativa de las empresas licitadoras. Seguidamente se procede a la apertura de los sobres B en que se contienen las ofertas técnica y económica.

El 26 de diciembre de 2012, el Secretario General de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), como órgano de contratación, dicta resolución adjudicando el contrato mencionado, conforme a la propuesta de la Mesa de Valoración, a la UTE formada por Afi Consultores de las Administraciones Públicas, S.A. y Fullstep Networks, S.L., procediendo en la misma fecha a notificar dicha resolución al adjudicatario y al resto de los licitadores y a publicarla en el Perfil de Contratante de la FEMP y en la Plataforma de Contratación del Estado.

Segundo.- El 28 de enero de 2013 se procede a la formalización del correspondiente contrato entre la FEMP y la UTE formada por Afi Consultores de las Administraciones Públicas, S.A. y Fullstep Networks, S.L.

Con esa misma fecha tiene entrada en el Registro de la FEMP escrito presentado por Eneas Sector Público, S.L., anunciando la interposición de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de dicho contrato, acompañando el propio escrito de interposición del recurso.

El recurso formulado el 28 de enero de 2013 ante la FEMP solicita *“la anulación de la adjudicación del contrato licitado por resultar la misma contraria a Derecho, señalando los efectos derivados de ello con arreglo a lo establecido en la legislación vigente. En el supuesto de que se aprecie la existencia de una infracción procedimental que se ordene la retroacción del expediente al momento anterior a la comisión de la misma.*

Subsidiariamente a lo anterior, que se proceda a la remisión a ENEAS de los informes técnicos en los que se ha llevado a cabo la valoración de las ofertas presentadas en este concurso y de las restante documentación necesaria para poder formular este recurso especial, dando nuevo plazo a esta parte para formular las oportunas alegaciones vista de esta documentación”.

Tercero.- El recurso es inadmitido mediante resolución del Secretario General de 11 de febrero de 2013, por considerar que el recurso se había interpuesto fuera de plazo y, además, no se había anunciado previamente su interposición.

Cuarto.- El 12 de abril de 2013, Eneas Sector Público, S.L. interpone recurso Contencioso-Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que fue resuelto por el citado Tribunal mediante Sentencia de 29 de enero de 2016, estimándolo en parte al considerar que el recurso especial en materia de contratación debió ser admitido, pues la notificación era defectuosa al no indicar correctamente el recurso procedente, órgano y plazo de interposición.

El fallo de la mencionada Sentencia es el siguiente:

“Que en el Recurso contencioso-administrativo promovido por la mercantil Eneas Sector Público, S.L., contra las tres Resoluciones del Secretario General de la Federación Española de Municipios y Provincias reseñadas en el Fundamento de Derecho Primero, hemos decidido:

1º.- Estimar en parte el Recurso contencioso-administrativo.

2º.- Anular la Resolución del Secretario General de la FEMP de 11 de febrero del año 2013, por la que se inadmite el Recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ahora demandante contra la anterior Resolución de 26 de diciembre del año 2012 por la que se adjudicaba el contrato, por ser contraria a Derecho, y se declara por esta Sala que el referido recurso especial se ha interpuesto por aquella en tiempo y forma, por lo que el órgano competente para ello conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la LCSP, debe proceder a su resolución en cuanto al fondo, conforme a lo expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto.

3º.- Anular la Resolución del Secretario General de la FEMP de 11 de abril del año 2013, por ser contraria a Derecho, quedando sin efecto el acto de formalización del contrato y todos los actos posteriores, con los efectos que se recogen en el Fundamento de Derecho Sexto.

4º.- Desestimar el resto de las pretensiones de la demandante, conforme a lo expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo”.

Quinto.- El 8 de marzo de 2016 fueron remitidos a este Tribunal por la FEMP, a efectos de su cumplimiento, la Sentencia, el expediente de contratación y el informe del órgano de contratación.

Con fecha 31 de marzo de 2016, se ha recibido en este Tribunal escrito de don J.S.G., en nombre y representación de Eneas Sector Público, S.L., manifestando que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 41.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), sea este Tribunal quien para la ejecución de la Sentencia número 22/2016, de 29 de enero, del TSJ de Madrid, resuelva el recurso especial en materia de contratación interpuesto ante la FEMP, el día 28 de enero de 2013, contra la Resolución del Secretario General de la misma, de fecha 26 de diciembre de 2012, por la que se adjudica el mencionado expediente. En la citada Sentencia se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la inadmisión del recurso especial y se ordena la resolución del fondo del mismo, por el órgano competente para ello de conformidad con el artículo 41 del TRLCSP.

Sexto.- Con fecha 6 de abril de 2016 el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo.- El 20 de abril de 2016 este Tribunal acordó conceder acceso al expediente de contratación a la recurrente y conceder plazo para la ampliación del recurso, que fue presentada el 3 de mayo. En este escrito Eneas Sector Público se ratifica en los motivos del recurso y en particular en lo relativo a considerar que la resolución impugnada infringe el artículo 151.4 del TRLCSP al no constar debidamente fundada la adjudicación del contrato. Se añade que el órgano de contratación ha contravenido la obligación de mantener la suspensión del expediente como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP y de conformidad con lo resuelto por este Tribunal, en la medida en que en la página web de la FEMP sigue anunciando la contratación del servicio, lo que pone en conocimiento del Tribunal a los efectos legales oportunos.

Octavo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP,

concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En la Sentencia 22/2016, de la que trae causa la tramitación de este expediente de recurso, se hace constar, en el fundamento de derecho cuarto, que es competente la jurisdicción contencioso administrativa para la resolución del recurso, dado que se trata de un contrato privado de servicios de la categoría 27, cuyo valor estimado supera los 200.000 euros, adjudicado por una entidad que sin ser una Administración Pública tiene la condición de poder adjudicador. Las notas del contrato mencionado determinan que las cuestiones litigiosas suscitadas por la adjudicación y los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas en sede de recurso especial en materia de contratación regulado en los artículos 40 y siguientes de la LCSP, correspondan a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como parte integrante del sector público la FEMP tiene la consideración de poder adjudicador distinto de las Administraciones Públicas, en virtud del artículo 3.3.b) del TRLCSP, lo que viene a determinar el marco jurídico aplicable a sus procedimientos de contratación, así como la necesidad de dotarse de unas instrucciones de contratación. Por tanto, el marco normativo aplicable a la resolución del presente recurso está constituido por el artículo 191 del TRLCSP, aplicable a la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada tramitados por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas.

Las cuestiones de admisibilidad del recurso en cuanto a plazo, legitimación, representación, acto y tipo contractual susceptible de recurso especial en materia de contratación vienen determinadas por la ejecución de la citada Sentencia 22/2016.

Eneas Sector Público, S.L., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 41.5 del TRLCSP ha manifestado que para la ejecución de la Sentencia número 22/2016, de 29 de enero, del TSJ de Madrid, sea este Tribunal quien resuelva el recurso

especial en materia de contratación interpuesto ante la FEMP, el día 28 de enero de 2013.

Segundo.- Alega el recurso en primer lugar que la adjudicación ha sido dictada infringiendo manifiestamente lo establecido en el artículo 151.4 de la LCSP, careciendo de motivación alguna y privando a Eneas Sector Público de la información necesaria que permita interponer recurso fundado.

Al efecto, el órgano de contratación en su informe alega que la citada Resolución adjudicaba el contrato a la oferta mejor valorada por la Comisión de Valoración (Mesa de Contratación) constituida específicamente para la valoración de las ofertas presentadas en este procedimiento de contratación tal como dispone la Cláusula 16 del Documento de Cláusulas Administrativas y Bases para la contratación, por el que se rigió este procedimiento. Por tanto, la resolución se fundamentó en la valoración de las ofertas efectuada por esa Comisión, por lo que, no apartándose de ella, tal valoración es motivación suficiente para la resolución de adjudicación. Además, la notificación de la adjudicación que se cursó a todos los licitadores, no sólo contenía la puntuación total obtenida por todos los ellos, sino que se acompañaba del cuadro-resumen de la valoración efectuada, con expresión de la puntuación obtenida por cada uno de los licitadores por aplicación de cada uno de los criterios de valoración establecidos en la Cláusula 16 del Documento de Cláusulas Administrativas y Bases, tanto de la oferta técnica como de la económica. Si el recurrente consideraba que no disponía de información suficiente para interponer el recurso, podía haber solicitado al órgano de contratación el acceso al expediente, cosa que tal como viene sosteniendo este Tribunal Administrativo (Resolución nº 78/2013, de 21 de mayo, entre otras) hubiera suspendido el inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso y, consecuentemente, la FEMP no hubiera procedido a la formalización del contrato.

La Resolución de 26 de diciembre de 2012 de la Secretaría General de la FEMP se limita a señalar que *“Tras el análisis de las ofertas presentadas, y en función de la valoración de las mismas de conformidad con lo dispuesto en el pliego*

de condiciones que rige dicho concurso, se ha acordado adjudicar dicho contrato al compromiso de UTE formado por las mercantiles Afi, Consultores de las Administraciones Públicas, S.A. y Fullsfep Networks, S.L. las ofertas presentadas a esta licitación y la puntuación obtenida por cada una de ellas son las siguientes: (...)”.

Se adjunta seguidamente, un cuadro en el que únicamente figuran la identidad de las empresas que concurrieron al concurso y la valoración, obtenida por cada una de ellas.

La genérica referencia de la notificación al análisis de las ofertas presentadas, “(...) *de conformidad con lo dispuesto en el pliego de condiciones (...)*” -a modo de cláusula de estilo-, así como la simple referencia de la puntuación obtenida por cada empresa, no permiten justificar en absoluto las puntuaciones obtenidas ni la valoración de los criterios evaluables para la adjudicación del contrato. Ello vulnera la exigencia de motivación del artículo 151.4 del texto refundido de la LCSP, que exige que *“La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descarta o interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”*.

El poder adjudicador ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

Es por ello que el contenido de la notificación no permite realizar una comparación entre las ofertas de la adjudicataria y las demás, al existir elementos con influencia en la decisión que no quedan adecuadamente reflejados. Por tanto, el contenido de la notificación no permitía a la ahora recurrente interponer, conforme al

artículo 40 del TRLCSP, recurso suficientemente fundado, de ahí que el contenido de la misma no resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP.

La recurrente, a pesar de los alegados defectos de la notificación, ha tenido acceso al expediente en sede judicial y en sede de este Tribunal que le reconoció el derecho de acceso para fundar su recurso, conociendo el contenido del informe de valoración técnica de las ofertas, lo cual enerva toda posible indefensión por el contenido de la notificación. En consecuencia ningún beneficio podría obtener de una posible estimación del recurso ordenando una adecuada notificación. No se aprecia indefensión alguna que pudiera fundar la anulación de la notificación de la Resolución de adjudicación.

Ahora bien, una vez concedido acceso al expediente en sede del Tribunal la recurrente mantiene el motivo de recurso. Ha de entenderse que se dirige contra la motivación de la adjudicación y no meramente contra la notificación que es el acto instrumental para poner en conocimiento la misma. Así, expone que la FEMP en la citada Resolución (de adjudicación) se limitó a *“(...) la simple fijación de puntuaciones (...)”*, y que *“del examen del expediente de contratación no viene sino a corroborar la falta de motivación de la adjudicación realizada por la Resolución impugnada, pues no consta en el mismo informe técnico alguno que respalde el criterio seguido por el órgano de contratación, teniendo en cuenta que la debida motivación de la adjudicación de un contrato requiere expresar 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”*.

Es obvio que la adjudicación impugnada carece de motivación al limitarse a la simple fijación de puntuaciones.

En cuanto a la necesidad de motivación de la adjudicación, y en consecuencia la de su notificación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato,

constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquellos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. La Administración ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

El primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación. La motivación debe mostrar de modo claro e inequívoco el razonamiento del autor del acto. Una adecuada motivación requeriría en este caso la exposición de la concreta causa que lleva a otorgar determinada puntuación y no otra, que según comprueba este Tribunal no se refleja en ningún momento en el expediente administrativo.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de enero de 2010 (Asunto C-406/08 Uniplex):

“30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”.

Los criterios que figuran en los pliegos serán los que determinen la adjudicación, por ello, la posibilidad de recurso contra este acto de finalización del procedimiento de contratación requiere tener conocimiento cabal de las puntuaciones asignadas a cada uno de dichos criterios y las causas de la misma, a fin de facilitar, en su caso, su control. Se trata, en suma, de que el candidato conozca no sólo las puntuaciones respectivas, sino también que tenga una información de la causa de la atribución de las mismas, como ya se señaló por este Tribunal, entre otras, en la Resolución 177/2014, de 15 de octubre o la 156/2015 de 30 de septiembre.

El poder adjudicador ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto, y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos. Esto obliga a un esfuerzo de razonar las puntuaciones otorgadas a los criterios sujetos a juicio de valor que se utilizan para la adjudicación de los contratos.

A la vista de los documentos obrantes en el expediente remitido se concluye que el Acta de valoración de las ofertas presentadas, de fecha 13 de diciembre de

2012, únicamente contiene la mención de que las ofertas económicas presentadas son las recogidas en el acta de apertura de plicas que tuvo lugar el 27 de noviembre a tenor de las cuales la valoración resultante es la que sigue, y en cuanto a la oferta técnica, el acta de 26 de diciembre explica que *“estudiado pormenorizadamente el proyecto de servicio propuesto por cada una de ellas, la mesa acuerda la siguiente valoración, conforme a los criterios publicados en el Pliego que rige el presente procedimiento”* indicando a continuación la puntuación obtenida en cada uno de los criterios técnicos y la puntuación total, pero sin realizar siquiera una sucinta motivación de las causas de otorgar tal puntuación o referir la misma a los informes de valoración realizados en el supuesto de existir.

Por lo expuesto, la falta de motivación producida es contraria a los principios generales de la contratación pública como son la publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato, recogidos en el artículo 1 del TRLCSP y supone la vulneración de la legislación de contratación del sector público determinando la nulidad de la adjudicación. Como consecuencia, debería acordarse la retroacción de actuaciones y procederse a una nueva valoración debidamente motivada.

No obstante cabe recordar que el contrato se adjudica en base a una pluralidad de criterios entre los que figuran algunos sujetos a juicio de valor (definición del servicio, metodología propuesta y del proyecto para la optimización del gasto del sector público de la entidades locales; recursos destinados a la prestación del servicio e implantación geográfica) y otros valorables de forma automática, aunque no se indica la fórmula (magnitud que las entidades locales deben abonar al adjudicatario -máximo 30%-, expresada en un porcentaje del gasto efectivamente reducido por el asesoramiento; y mejora en el porcentaje económico a percibir por la FEMP -mínimo del 3%- respecto del gasto efectivamente reducido), por lo que debemos plantearnos si en este momento del procedimiento es posible ordenar la retroacción y realizar una nueva valoración pues no bastaría con justificar a posteriori la puntuación otorgada.

Con carácter general, en cuanto al procedimiento y orden de apertura de ofertas, el artículo 150 del TRLCSP y el 26 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 (en adelante RD 817/2009), regulan con detalle todo lo relativo a la presentación de proposiciones, el orden de apertura y valoración de ofertas, cuestiones de especial trascendencia en el procedimiento de contratación del sector público. En concreto, por lo que se refiere al orden de apertura de las proposiciones de los licitadores, el apartado 2 del artículo 150 TRLCSP establece lo siguiente:

“Artículo 150. Criterios de valoración de las ofertas.

2. (...) 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. (...).”

Por su parte, el artículo 26 del RD 817/2009 establece que *“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 aquellos”*. Y el apartado 2 del artículo 30 del RD 817/2009 que: *“2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.*

3. La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública”.

Es decir, la normativa establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, todo ello con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor.

La previsión del artículo 151 del TRLCSP trata de evitar que se conozca la parte de la proposición cuya evaluación depende de criterios automáticos hasta que se ha efectuado y hecho pública la de los evaluables mediante juicio de valor, con el fin de que los técnicos encargados de dicha valoración no puedan verse influidos o mediatizados por el conocimiento de los elementos que no dejan margen a la discrecionalidad con lo que se podría vulnerar el respeto a la igualdad de los licitadores, la prohibición de cualquier posible discriminación y se resta transparencia al procedimiento de selección de la oferta económicamente más ventajosa.

El hecho de que la legislación de contratación pública establezca que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del órgano de contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor *“mediatizado”*, o, si se prefiere, *“contaminado”* por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes.

Los criterios que figuran en el Pliego de Cláusulas Jurídicas evaluables mediante un juicio de valor tienen una formulación excesivamente genérica e imprecisa que permite una valoración sin que se determinen reglas de ponderación o atribución de importancia a alguno de los elementos evaluables.

En el caso que nos ocupa no se ha separado la valoración de los criterios no susceptibles de valoración objetiva de forma que se lleve a cabo antes de la apertura del sobre conteniendo la oferta económica y demás elementos valorables mediante fórmula y que el resultado se dé a conocer públicamente en el acto de apertura del último sobre. Tras calificar la documentación administrativa se ha procedido en acto público a la apertura del sobre B que contiene la documentación económica y la técnica.

La valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor se realizó el 26 de diciembre de 2012 con posterioridad a la apertura de las ofertas económicas y su valoración que se conocía desde el 13 de diciembre, lo cual no es conforme con el artículo 150 del TRLCSP ni con los principios de transparencia, igualdad y no discriminación recogidos en los artículos 1 del TRLCSP.

Las instrucciones internas de contratación aprobadas por la FEMP no hacen referencia al orden de apertura de los sobre y el documento de cláusulas Administrativas y Bases para la contratación del servicio establece la presentación de un único sobre con la documentación económica y técnica y tampoco establece la separación en fases para la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor respecto de los evaluables mediante fórmula.

Aunque el procedimiento de contratación de los contratos no sujetos a regulación armonizada sea menos rígido que el de los armonizados (el PCAP lo clasifica en la categoría 27 del anexo I del TRLCSP), no por ello se deja de garantizar los principios generales aplicables a toda la contratación pública, a los que son de aplicación también los mismos criterios interpretativos de las directivas de la Unión Europea.

La adjudicación del contrato debe efectuarse con arreglo a criterios que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato y la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios para la adjudicación del contrato

deben hacer posible la comparación y evaluación objetiva de las ofertas. Es decir, no es suficiente con el establecimiento de criterios objetivos que cumplan los requisitos enunciados en el artículo 150 del TRLCSP, sino que también el proceso de comparación y evaluación ha de ser objetivo y ha de realizarse conforme a los mismos criterios que para la contratación sujeta a regulación armonizada, la cual exige la separación en la evaluación de los criterios objetivos y subjetivos.

Por tanto, se hace inviable la procedente retroacción del procedimiento para realizar una valoración motivada de los criterios de adjudicación de manera objetiva una vez conocidas todas las ofertas y además el proceso de evaluación se ha llevado a cabo con vulneración de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, lo que determina la nulidad de todo el procedimiento.

Tercero.- El recurso alega que la resolución de adjudicación es contraria a derecho al *“haberse desarrollado el procedimiento de adjudicación con irregularidades graves. Particularmente, la alteración esencial de los criterios de valoración de las ofertas contenidos en el Documento de Cláusulas Administrativas”*.

Basa tal afirmación la recurrente en que en el anuncio de licitación (tras la modificación de 16 de octubre de 2012) publicado en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Estado, se hace referencia a una serie de criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas (la definición del servicio, metodología propuesta y proyecto de optimización del gasto (...), medios para dar cobertura geográfica y recursos destinados a la prestación del servicio) cuando, sin embargo, ni estos criterios ni tampoco los otros establecidos en el Documento de Cláusulas Administrativas están sustentados sobre fórmula alguna. Además, alega como irregularidades graves en el procedimiento, la modificación de la fecha límite para la presentación de proposiciones sin respetar los plazos mínimos derivados del artículo 159 del TRLCSP y la mención en el anuncio de licitación de supuestas fórmulas para la cuantificación de los criterios de valoración que sin embargo no existen en el pliego.

Por lo que se refiere a las irregularidades en el Documento de Cláusulas Administrativas, los criterios de adjudicación, la publicidad y plazo de presentación de ofertas, hay que tener en cuenta que estas irregularidades, de haberlas, afectarían a la fase de licitación del contrato, no al acto de adjudicación, acto contra el que se interpone el recurso y respecto del que se ha reconocido la interposición en plazo. Aunque formalmente el recurso dice dirigirse contra la adjudicación, y la pretensión del recurso es la anulación de la misma, realmente el motivo de recurso se refiere a actos de una fase previa del procedimiento.

Lo que achaca la recurrente es en realidad una discordancia entre el anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Estado y el Documento de Cláusulas Administrativas, ya que en el primero los criterios de evaluación a los que alude la recurrente se relacionan en el espacio que esa Plataforma reserva para los criterios evaluables mediante fórmulas (discordancia que no se produce con el anuncio publicado en el DOUE -en el apartado IV.2.1 se relacionan los criterios de adjudicación sin que en ningún momento se diga que son evaluables mediante fórmulas- y en el perfil de contratante de la FEMP, en el que no se alude a los criterios de adjudicación).

Aunque sin duda se trata de una irregularidad, esta no es sino un error en la cumplimentación del anuncio en la Plataforma de Contratación del Estado, error que no tiene mayor relevancia en tanto que ni en el Documento de Cláusulas Administrativas -Cláusula 16- (que es el que establece los criterios de adjudicación), ni los anuncios de licitación publicados en el DOUE y en el perfil de contratante de la FEMP, califican los criterios de adjudicación como evaluables mediante fórmulas. En todo caso, las irregularidades a las que alude la recurrente (irregularidades que no le impidieron presentar su oferta en tiempo y forma) se refieren al Documento de Cláusulas Administrativas o al anuncio de licitación (o a ambos), lo que nos sitúa en un momento procedimental anterior a la apertura de las plicas, y por tanto anterior al proceso de selección del contratista.

Al efecto cabe recordar que tal como establece el artículo 40.2.a) del TRLCSP, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

El artículo 44.2 establece en quince días hábiles el plazo para interponer ese recurso, que en el caso de que lo recurrido sea el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley. Pues bien, los licitadores tuvieron acceso por medios electrónicos, al documento de Cláusulas Administrativas desde el mismo momento en el que se publicó el anuncio de licitación y no existía documentación complementaria a la que se refiere el artículo 158 del TRLCSP, por lo que en este caso tanto si lo que se recurre es ese Documento como si lo es el anuncio de licitación, el plazo empezó a contar desde el día en el que se publicó este anuncio. Considerando como fecha de publicación del anuncio en el DOUE la del 20 de octubre de 2012 (fecha de publicación de la rectificación del Documento de Cláusulas Administrativas, que es cuatro días posterior a la de la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado), el plazo para recurrir tanto del Documento como el anuncio concluyó el 8 de noviembre de 2012.

De lo anterior se deduce que las alegaciones de la recurrente al Documento de Cláusulas Administrativas y al anuncio de licitación, incluidas en el escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación contra la resolución del Secretario General de 26 de diciembre del año 2012 por la que se adjudicaba el contrato, son totalmente extemporáneas, ya que dicho escrito se presentó el 28 de enero de 2013. No procede, por tanto, que a través del recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato puedan recurrirse, indirectamente, el documento de Cláusulas Administrativas y el anuncio de licitación cuando la recurrente dejó expirar el plazo establecido para interponer el recurso especial contra ellos, siendo además que las irregularidades denunciadas no impidieron que la recurrente pudiera

presentar su oferta en tiempo y forma y que tal oferta fuera admitida para el proceso de selección del contratista. En virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. Los pliegos una vez aprobados constituyen la ley del contrato y vinculan tanto al licitador como a la entidad contratante. Ni los pliegos que rigen la licitación ni los anuncios fueron impugnados en tiempo y forma por lo que devienen firmes y consentidos. Por esta razón, la impugnación de su contenido cuando se ha presentado oferta aceptando su contenido, cuando el expediente se encuentra ya en fase de adjudicación va contra los propios actos y el motivo de recurso debe ser inadmitido no entrando a analizar las cuestiones de fondo relativas a esta fase procedimental.

Si el contenido de los anuncios o de los pliegos impide la licitación de un interesado, debe recurrir en cuanto tenga conocimiento de la posible infracción sin que quepa el recurso ante el acto de adjudicación alegando esas irregularidades en el caso de no resultar beneficiario del resultado final o callando en caso contrario. El plazo de interposición del recurso es preclusivo y el licitador debe reaccionar inmediatamente y no hacerlo solo puede ser calificado como consentimiento o aquietamiento a la situación y pretender recurrirlo en un momento posterior puede ser calificado como contrario a los principios de buena fe y confianza legítima pues perjudica el procedimiento de contratación, su tramitación e introduce inseguridad jurídica para el resto de licitadores y el propio órgano de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.5 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por don J.S.G., en nombre y representación de Eneas Sector Público, S.L., contra la Resolución del Secretario General de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), de fecha 26 de diciembre de 2012, por la que se adjudica la “Contratación de un servicio integral de asesoramiento a las entidades locales para la optimización del gasto y reducción de costes de determinados servicios y suministros”, número de expediente: 5/2012, en cuanto se refiere a infracciones de los pliegos o del procedimiento de licitación que no fueron recurridas en tiempo.

Segundo.- Estimarlo en cuanto pretende la declaración de nulidad de la adjudicación recaída, procediendo la anulación del procedimiento de adjudicación.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 6 de abril.

Quinto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.