



Informe 3/2016, de 18 de febrero de 2016, sobre establecimiento del valor de los subcriterios en la adjudicación, consecuencias de errores de la mesa, acceso al expediente y plazo para resolver un procedimiento.

ANTECEDENTES

Por el Ayuntamiento de Fisterra se dirigió a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

Mediante el presente, y de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, por lo que se crea la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia, le remito solicitud de informe en relación con el expediente de contratación "concesión administrativa del Edificio El Semáforo y su Anexo "El Refugio", licitación que fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña, nº 29, de fecha 12 de febrero de 2015.

Los antecedentes de la referida contratación se determinan, de forma detallada, en el acta de la sesión extraordinaria del Pleno de la Corporación celebrada con fecha 7 de mayo de 2015 y cuya copia se acompaña al presente escrito como Anexo I, si bien, de forma resumida, conviene precisar lo siguiente:

I.- Tal y como establece la cláusula 4 del "Pliego de cláusulas administrativas y de explotación que regirá en la contratación, por procedimiento abierto, mediante concesión administrativa, la gestión del Edificio El Semáforo y de su Anexo " El Refugio" (BOP A Coruña, nº 29 de 12 de febrero de 2015), " ... Se tendrán en cuenta los siguientes criterios a valorar en su conjunto, recayendo la adjudicación del procedimiento en el licitador que en su conjunto haga la proposición más ventajosa, habida cuenta los criterios de adjudicación que a continuación se relacionan:

A) Precio: se valorará hasta un máximo de 20 puntos, la oferta más económica, siempre y cuando cumplan las bases presentadas y en la forma prevista en el apartado 5.1 del Anexo I y en la forma descrita en el Anexo II.

B) Abono del canon de forma anticipada: se valorará con 10 puntos a aquellos licitadores que abonen la cantidad total del canon ofertado de manera anticipada y en la forma prevista en el apartado 5.2 del Anexo I y en la forma prevista en el apartado 5.2 del Anexo I y en la forma descrita en el Anexo II.

C) Memoria de gestión del establecimiento, proyecto de explotación y equipación del establecimiento: se valorará hasta un máximo de 20 puntos en la forma prevista en el apartado 5.3 del Anexo I.

II.- El apartado 5 del Anexo I de los PCAP, relativo a los "aspectos del contrato" establece, en su apartado 3, referido a la "Memoria de gestión del establecimiento, proyecto de explotación y equipación del establecimiento: puntuación máxima 20 puntos" lo siguiente:

"A los efectos deberá presentarse una memoria de gestión de los establecimientos, un proyecto de explotación y otro de adaptación y equipación de los establecimientos afectos al contrato.

Dadas las características del espacio donde se ubica, las dimensiones del mismo, serán necesarias actuaciones de adaptación de las edificaciones a la normativa de aplicación y resulta ser una cuestión valorable siempre que estas sean autorizadas por el Ayuntamiento. De este modo se valorará la propuesta que consiga una calificación turística más elevada en ambos establecimientos de acuerdo con la normativa sectorial de aplicación.



En la valoración de las actuaciones se tendrá en cuenta aquellas que se orienten a mejorar las condiciones de accesibilidad del local, su adaptación al Código Técnico de la Edificación, las que se adapten e integren en el ambiente en el que se sitúa la edificación y las que se encaminen a mejorar las condiciones del entorno inmediato de la edificación en la que se sitúan los locales.

Para la valoración de las obras el ofertante deberá presentar documentación técnica consistente en planos y memoria de las reformas a realizar y equipos a instalar. Esta documentación será lo suficientemente explicativa y clara dado que serán valoradas a efectos de adjudicación y pasarán a formar parte del contrato y su realización será exigida por el Ayuntamiento.

Igualmente, se valorará la solvencia profesional del licitador, así como la calidad del currículum del personal asignado al servicio.

El documento a presentar constará exclusivamente de un máximo de 60 páginas (incluida la portada e índices obligatorios).

El incumplimiento de este apartado será motivo de exclusión de la licitación”.

III- Según consta en el acta de la Mesa de contratación constituida para la valoración de las ofertas presentadas en la referida licitación celebrada en fecha 26 de marzo de 2015 - y que se acompaña como Anexo II, y respeto de la valoración de la documentación integrante del sobre 3 (Documentación técnica para la valoración de los criterios cuya ponderación dependen de un juicio de valor), el referido órgano acordó repartir los 20 puntos previstos en el Pliego como puntuación máxima a otorgar por la Memoria de gestión de establecimiento, proyecto de explotación y equipación del establecimiento, de la siguiente forma: 7 puntos para la memoria de gestión, 6,5 puntos para el proyecto de explotación y 6,5 puntos para la propuesta de equipación.

IV.- Que en aplicación de los referidos criterios de puntuación no previstos en los Pliegos reguladores del concurso, se asignaron las puntuaciones que constan en referida Acta de la Mesa de Contratación, efectuándose seguidamente por el referido órgano, tras la apertura y valoración de las ofertas cuantificables mediante fórmulas (Sobre 2) la propuesta de adjudicación en favor del licitador XXXXXXXXXXXXX, al haber conseguido la mayor puntuación como resultado de la suma de las puntuaciones parciales obtenidas en cada uno de los sobres 2 y 3.

V.- Con fecha 30 de marzo de 2015, la referida licitadora fue requerida por el Ayuntamiento de Fisterra para que, en un plazo de diez días hábiles, presenta la documentación prevista en la cláusula 18 de los Pliegos; documentación previa a la formalización del contrato.

VI.- El licitador que no resultó propuesto como adjudicatario, ha manifestado su disconformidad con los criterios de reparto establecidos por la Mesa de Contratación para la valoración de la oferta técnica (Sobre 3), habiendo solicitado, asimismo, copia completa del expediente administrativo relativo a la referida licitación. Se junta escrito presentado por el referido licitador como Anexo III.

VII.- A la vista del escrito presentado por el referido licitador, en la sesión extraordinaria del Pleno municipal celebrada en fecha 7 de mayo de 2015 (vid Anexo I) se sustanció un complejo debate acerca de la correcta actuación de la mesa de contratación en la valoración de las ofertas presentadas, así como de la correcta actuación del propio órgano de contratación al no haber conferido vista del expediente al licitador infravalorado, motivos estos por los que finalmente el órgano plenario acordó no llevar a cabo, en ese preciso momento y a la espera del pronunciamiento de esa Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, la adjudicación (definitiva) del referido contrato.

A la vista del anteriormente expuesto, mediante el presente se solicita de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia la emisión de un informe sobre las siguientes particularidades relativas al expediente referenciado:

Primera.- Si los criterios de reparto de la puntuación máxima asignada a la documentación técnica (Sobre nº 3) acordados por



la Mesa de Contratación en su sesión de fecha 26 de marzo de 2015 resultan acordes con las previsiones contenidas al efecto en el Pliego de Cláusulas Administrativas y de explotación que regirá en la contratación, por procedimiento abierto, mediante concesión administrativa, de la gestión del Edificio “ El Semáforo” y de su Anexo “El Refugio”, publicados en el BOP de A Coruña, nº 29 de 12 de febrero de 2015, en particular, con el previsto en la cláusula 4 y en el apartado 5.3 de su Anexo I.

Segunda.- Si la actuación de la Mesa de Contratación no es correcta, ¿puede la Mesa de Contratación efectuar una nueva valoración de las ofertas técnicas presentadas y una nueva propuesta de adjudicación o procedería, en su caso, el desistimiento previsto en el artículo 155 del TRLCSP?

Tercera.- Si los licitadores que así lo soliciten, tienen derecho, con carácter previo a la adjudicación del contrato, a la documentación integrante del expediente de contratación y, en su caso, a obtener copia de los documentos que figuren en el mismo.

Cuarta.- A ser posible, a la vista de las consideraciones que en su caso se efectúen por esa Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, proceder a la adjudicación del contrato a la entidad propuesta por la Mesa de Contratación aún habiéndose superado los plazos legalmente establecidos para la adjudicación en el TRLCSP (artículo 151 y 156).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.- Segundo el dispuesto en el artículo 2.1 del Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, por el que se crea la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa le corresponde a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquellas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, sometan a su consideración las entidades enumeradas en su artículo 1 entre las que figuran las entidades locales de Galicia.

2.- Por el Alcalde del ayuntamiento de Fisterra se solicita informe relativo a un procedimiento de contratación y presenta escrito acompañado de los pliegos de la licitación, actas, reclamaciones y otra documentación del expediente. Sobre este aspecto cabe indicar que no es competencia de esta Xunta Consultiva emitir informes a propósito de cuestiones específicas y concretas de una relación contractual, ni suplir las funciones que, en virtud de la legislación vigente en la materia, competen a otros órganos en virtud de la prerrogativa de interpretación de los contratos establecida en el artículo 210 del Texto Refundido de la ley de contratos del sector público (en adelante TRLCSP). Tampoco debe resolver la Xunta Consultiva, tal y como dispone el punto 8 de la Disposición Adicional 2ª de la citada norma legal, sobre cuestiones que deben ser atendidas por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación ni actuar como órgano fiscalizador de los actos por ella acordados.

No obstante lo anterior, el asunto abordado permite emitir un informe con un pronunciamiento genérico que este órgano entiende de interés habida cuenta de las dudas interpretativas que las cuestiones de referencia suscitan.

3.- La primera de las cuestiones formuladas por el Ayuntamiento hace referencia al establecimiento de subcriterios de adjudicación en un momento posterior a la presentación de ofertas. Por lo que se deduce del acta de la Mesa de contratación de 26/03/2015, esta acuerda por unanimidad repartir los 20 puntos, previstos en el pliego para la documentación técnica, de la siguiente manera: 7 para la memoria de gestión, 6,5 para el proyecto de explotación y 6,5 para la propuesta de equipación. La distribución trata de resultar equitativa entre los tres subcriterios que habían figurado en el pliego y se realizó antes de la apertura de los sobres de los licitadores. Requiere el Ayuntamiento se informe sobre sí resultan acordes con las previsiones contenidas al efecto en el pliego de cláusulas administrativas y de explotación que rige la contratación.

Respeto de esto debemos comenzar señalando que el art. 150.2 del TRLCSP establece que “los criterios que van a 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” y en el párrafo 4 del mismo artículo encontramos que “Cuándo 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. En 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”.

El tema de los subcriterios o criterios secundarios, englobados dentro de los criterios de adjudicación principales, está directamente vinculado con el principio de transparencia y no podemos olvidar que, segundo indica la COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE La COMISIÓN sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado de la Unión Europea y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

El principio de transparencia implica que todos los potenciales licitadores deban conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que se van a tener en cuenta para elegir la oferta económicamente más ventajosa. Esos datos relevantes (criterios o subcriterios de adjudicación, solvencia o cualquier otro) deben ser lo bastante claros como para ser interpretados de la misma forma por todos los licitadores normalmente diligentes. Es razonable pensar que si los licitadores hubieran conocido la importancia del subcriterio que será más valorado, sus ofertas serían quizás distintas, incrementando el esfuerzo en mejorar ese aspecto y quitando importancia a otros, que el licitador considere más o menos importante.

El tema se trató en la jurisprudencia europea en varias sentencias, entre otras, la STJUE de 24/11/2005 (Sentencia ATI EAC y Viaggi di maio C-331/04), la de 24/01/2008 (Sentencia Lianakis. C-532/06), o, como una de las más recientes, la de 12 de marzo de 2015 (Asunto C-538/2013).

En este caso estamos ante el mismo supuesto que se menciona en la sentencia ATI EAC y Viaggi di maio C-331/04 ya que en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego. No obstante, la entidad adjudicadora fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las pliegos, los coeficientes de ponderación de los subcriterios.

El Tribunal de Justicia declaró en dicha sentencia que la normativa comunitaria no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, a saber:

- Que no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación.
- Que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habían podido influir en tal preparación;
- No se adoptara teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

La STJUE del 24/11/2005 (apartado 32) entiende que el derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuirlos entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en el que elaboró el pliego o el anuncio, siempre que tal decisión cumpla con las condiciones señaladas anteriormente.

Por lo tanto, el momento de determinación de la atribución de puntuación a los subcriterios prefijados y conocidos por todos es, básico. El reparto de los puntos entra dentro de lo que se denomina en nuestro derecho “discrecionalidad técnica”, siempre y cuando se respeten los requisitos marcados por la sentencia, que operan como límite de esta discrecionalidad.

4.- La segunda de las cuestiones presentadas por el Ayuntamiento en su escrito de solicitud de informe hace referencia a forma de actuar en caso de que se constate una incorrecta actuación de las mesas de contratación antes de la adjudicación.

Al respeto cabe indicar que la Mesa de contratación se configura en el procedimiento administrativo de contratación como un órgano de asistencia (artículos 160 y 320 del TRLCSP) al órgano competente para resolver que es el órgano de contratación. La función de la Mesa de contratación es la valoración de las ofertas de los licitadores y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Este es el único competente para la adjudicación del contrato y, consecuentemente, no está vinculado por la propuesta de adjudicación, estando, eso sí, sujeto a adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, tal y como aclara el artículo 160.2 del TRLCSP, según lo cual: “La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. Con todo, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.”.

De acuerdo con el deber que tiene el órgano de contratación de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, nada impide que se aparte de la propuesta realizada por la mesa de contratación cuando aprecia que la evaluación de la propuesta no responde a este principio, con el deber de expresar en la adjudicación el motivo que le lleva a adjudicar el contrato a un licitador diferente al propuesto por la Mesa..

La otra opción señalada por el Ayuntamiento, el desistimiento, viene regulada por el artículo 155 del TRLCSP y se reserva, por su gravedad y trascendencia, a la comisión de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de la adjudicación, debiendo justificarse en el expediente a concurrencia de la causa (Artículo 155.4 TRLCSP).

5.- Otra de las cuestiones presentadas por el ayuntamiento atañe al derecho de acceso de los interesados al expediente: si los licitadores que así lo soliciten, tienen derecho, con carácter previo a la adjudicación del contrato, a la documentación integrante del expediente de contratación y, en su caso, a obtener copia de los documentos que figuren en el mismo.

Sobre el alcance del acceso a un expediente de contratación ya se pronunció la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 15/2012, de 19 de septiembre, en el que señala que el derecho de los ciudadanos al acceso a expedientes administrativos tiene su reconocimiento constitucional en el art. 105 CE. La remisión constitucional se encuentra implementada en el art. 37.1 LRJPAC. El carácter limitado del derecho queda reflejado en los siguientes apartados del precepto, encaminados a fijar límites y condiciones al ejercicio del mismo, habida cuenta de que el derecho puede colisionar con intereses de terceros o, incluso, con el interés general.

No se puede olvidar tampoco que el procedimiento de contratación es un procedimiento especial y que, como expresamente recoge la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, su informe 40/1996, de 22 de julio, sobre recurso común y vista de un expediente, prima la aplicación del artículo 93 de la LCAP (actual 151 TRLCSP: clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación) sobre el artículo 35 la) de la LRJPAC, por su carácter supletorio.

Esta misma Junta estatal, en su Informe 46/2009, de 26 de febrero, señala que «si alguno de los licitadores o candidatos había deseado conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que lleva consigo la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él, pero en absoluto puede ser interpretado en el sentido de que se entregue copia de todo lo presentado por los otros licitadores, especialmente tratándose de proyectos u otros documentos similares respecto de los cuales pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador», y concluye manifestando que «el deber de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de esta a los interesados no implica el deber de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las



distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella».

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mantuvo en alguna de sus Resoluciones (entre otras, la nº 199/2011 y nº 233/2011) — sobre la base del Informe 40/1996 de la Junta Consultiva del Estado —, *“que el órgano de contratación no ven obligado a dar vista del expediente a los licitadores que lo soliciten, pero sí a notificar adecuadamente los extremos relativos a la adjudicación. En la actualidad, este Tribunal recondujo esta interpretación, y en Resoluciones como la nº 272/2011 sostiene que «si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quien tengan la condición de interesado en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente lo cual se encuentra amparado por el artículo 35 de la LRJPAC, que en su apartado a) reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos “a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”, concluyendo que: «A la vista de lo anterior órgano de contratación deberá conceder el correspondiente acceso al expediente a la empresa recurrente, si bien deberá tener en cuenta la obligación que incumbe al citado órgano de contratación de respetar la debida confidencialidad».*

Este criterio favorable a reconocer el deber de dar vista del expediente a los licitadores, si así lo solicitan, se mantiene también por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (entre otras, Resolución nº 52/2011) y por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Resolución 5/2011 y Acuerdo 20/2012), con argumentaciones en todos los casos compartidas por esta Junta.

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

En este mismo informe, también por parte de la Junta consultiva de Aragón, se hace una recomendación a las unidades gestoras de la contratación de que se expida una diligencia en la que se recojan las circunstancias relevantes del derecho de acceso ejercido: identificando de quien examina el expediente, fecha y hora de ejercicio del derecho, documentos a lo que no se haya permitido el acceso, etc.

Sin embargo, la consulta que se hace por parte del Ayuntamiento no sólo se refiere al acceso al expediente sino que señala si con carácter previo a la adjudicación del contrato, tienen derecho a la documentación integrante del expediente de contratación y, en su caso, a obtener copia de los documentos que figuren en el mismo.

Respecto de la posibilidad de obtener copia ya quedó resuelto anteriormente, en el sentido que señaló el Tribunal Supremo: se puede tomar notas del expediente pero no obtener copias del presentado por otros licitadores.

El mismo informe 15/2012, de la Junta consultiva de Aragón en su punto III, sobre el alcance del carácter secreto de las proposiciones, señala que “a partir de la licitación pública las proposiciones presentadas, tanta la parte evaluable con criterios sometidos la evaluación previa como la valorada posteriormente, dejan de ser secretas, respetando lo estrictamente confidencial”.

Esta afirmación debe ser matizada en cuanto al punto del ejercicio de acceso a las proposiciones, interesados legitimados y alcance del derecho:

El art. 35 la) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común señala que los ciudadanos tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesados, y obtener copias de los documentos contenidos en ellos. También el art. 37 de dicha ley, establece que el derecho de acceso a archivos y registros se limita a expedientes que corresponden a procedimientos terminados en la fecha de solicitud.

La interpretación sobre “procedimientos terminados” en el ámbito de la contratación pública, debe realizarse desde la óptica de los diferentes actos que integran el expediente de contratación y su trascendencia. Así lo habitual será considerar “terminado” el procedimiento – y proceder al acceso a las proposiciones por parte de los interesados – cuando se adopte y notifique el acto de adjudicación, como señalan los arts. 151.3 y 153 del TRLCSP, que aluden a este concreto momento de la contratación. Pero también será posible dar acceso a la documentación “administrativa” del resto de licitadores sobre los que hayan recaído actos de trámite que determinen su imposibilidad de continuar en el procedimiento, respetando en este supuesto, además, la previsión contenida en el art. 12 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que establece el deber para el órgano de contratación de respetar el carácter confidencial de la documentación aportada por los licitadores para acreditar su solvencia económica financiera y técnica.

El tema del acceso al expediente por parte de los licitadores tenemos que decir que fue cambiando paulatinamente y ampliándose poco a poco su posibilidad. Así, inicialmente sólo los interesados en el procedimiento de adjudicación (candidatos rechazados y licitadores admitidos) podían solicitar información sobre las características de la oferta que fueran determinantes para su elección como adjudicataria del contrato. Hoy en día debe matizarse ya que siguiendo los criterios adoptados por los tribunales comunitarios y el Tribunal Supremo también tendrán acceso al expediente todos aquellos a los que se le reconozca legitimación para recurrir. De este modo se reconoce legitimación no sólo a los que participen en la licitación sino también a otras personas que acreditan la titularidad de derechos e intereses legítimos que sean perjudicados o puedan resultar afectados, como asociaciones y colegios profesionales, empresas que no habían sido invitadas en un procedimiento negociado singular, etc.

Desde el año 2010, tras la reforma de la LCSP por la Ley 34/2010, de 9 de agosto se introdujo lo que hoy es el art. 151.4 respecto del contenido de la notificación de la adjudicación a los licitadores, que deberá expresar los extremos suficientes para permitir la interposición del recurso suficientemente fundado. De este modo, como señala el referido informe 15/2012, de 19 de septiembre de la Junta consultiva de contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, “es cierto que una correcta notificación de la adjudicación y sus razones, pueden hacer innecesario el acceso al expediente por los interesados, pero ello no exime al órgano de contratación de conceder el derecho de acceso a las proposiciones de todos los admitidos, si así se solicita, y no sólo del adjudicatario, ya que la motivación debe realizarse mediante la comparación de las propuestas de todos los licitadores.”

Este derecho de acceso al expediente y, por ende, de la documentación de los licitadores debe ser compatible con el alcance de la confidencialidad que no está claramente resuelta en la normativa contractual por lo que debe de resolverse acudiendo a criterios interpretativos. En la práctica, ya en las declaraciones responsables, se indica que señalen la documentación que consideran confidencial en los sobres A y B que, en cualquiera caso, no serán mostradas.

6.- La última de las cuestiones requeridas por el Ayuntamiento si es posible proceder a la adjudicación del contrato a la entidad propuesta por la Mesa de contratación aún habiéndose superado los plazos legalmente establecidos para la adjudicación en el TRLCSP (art. 151 y 156).

La misma Junta Consultiva de Aragón en su informe 11/2011, de 4 de mayo señala al respecto que “La regla general es que, la infracción por la Administración de los plazos establecidos en las normas, no constituye más que una irregularidad no invalidante. En este sentido, el artículo 63.3 LRJPAC establece que: «La realización de actuaciones administrativas, fuera del tiempo establecido para ellas, sólo implicará la anulabilidad del acto, cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo»

.La misma regla, se aplica a las actuaciones judiciales realizadas fuera de tiempo, que sólo podrán anularse si lo había impuesto la naturaleza del término o plazo —artículo 242 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y artículo 229 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil—.

CONCLUSIONES

1. El derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuirlos entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en el que elaboró el pliego o el anuncio, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación.
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habían podido influir en tal preparación;
- no se adoptara teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

2.- De acuerdo con el deber que tiene el órgano de contratación de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, nada impide que se aparte de la propuesta realizada por la mesa de contratación cuando aprecia que la evaluación de la propuesta no responde a este principio, con el deber de expresar en la adjudicación el motivo que le lleva a adjudicar el contrato a un licitador diferente al propuesto por la Mesa.

El desistimiento, se reserva, por su gravedad y trascendencia, a la comisión de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de la adjudicación, debiendo justificarse en el expediente a concurrencia de la causa (Artículo 155.4 *TRLCSP).

3.- Una vez celebrados los actos públicos pertinentes, para ejercer el derecho de vista del expediente, los interesados deberán solicitarlo previamente y concretar los documentos que se desea analizar, podrán tomar notas respecto del expediente, pero no se entregará copia del presentado por otros licitadores. El órgano de contratación deberá identificar y retirar los documentos declarados confidenciales en los términos exigidos en el Pliego, a los que no podrá tener acceso ningún licitador.

También sería recomendable que por las unidades gestoras de la contratación se expida una diligencia en la que se recojan las circunstancias relevantes del derecho de acceso ejercido: identificando de quien examina el expediente, fecha y hora de ejercicio del derecho, documentos a lo que no se haya permitido el acceso, etc.

Sobre si el derecho de acceso a archivos y registros se limita a expedientes que corresponden a procedimientos terminados en la fecha de solicitud, considerara “terminado” el procedimiento cuando se adopte y notifique el acto de adjudicación. Pero también será posible dar acceso a la documentación “administrativa” del resto de licitadores sobre los que hayan recaído actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar en el procedimiento, respetando el carácter confidencial de la documentación aportada.

4. La potestad de adjudicación del contrato no está sometida a ningún tipo de plazo preclusivo, o régimen de caducidad, por ello el transcurso del plazo de su ejercicio no implica la invalidez de su actuación, sino una irregularidad no invalidante, sin perjuicio del derecho de los licitadores a retirar su proposición si no se produce la adjudicación dentro de los plazos señalados.

En Santiago de Compostela, a 18 de febrero de 2016