

Informe 3/2016, de 18 de febreiro de 2016, sobre establecemento do valor dos subcriterios na adxudicación, consecuencias de erros da mesa, acceso ao expediente e prazo para resolver un procedemento.

ANTECEDENTES

Polo Concello de Fisterra dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Mediante o presente, e de conformidade co previsto no artigo 11 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia, remítolle solicitude de informe en relación co expediente de contratación “concesión administrativa do Edificio O Semáforo e o seu Anexo “O Refuxio”, licitación que foi publicada no Boletín Oficial da Provincia da Coruña, nº 29, de data 12 de febreiro de 2015.

Os antecedentes da referida contratación determínanse, de forma detallada, na Acta da sesión extraordinaria do Pleno da Corporación celebrada con data 7 de maio de 2015 e cuxa copia se acompaña ao presente escrito como Anexo I, se ben, de forma resumida, compre precisar o seguintes:

I.- Tal e como establece a cláusula 4 do “Prego de cláusulas administrativas e de explotación que rexerá na contratación, por procedemento aberto, mediante concesión administrativa, da xestión do Edificio O Semáforo e do seu Anexo “ O Refuxio” (BOP A Coruña, nº 29 de 12 de febreiro de 2015), “ ... Teranse en conta os seguintes criterios a valorar no seu conxunto, recaendo a adxudicación do procedemento no licitador que no seu conxunto faga a proposición máis vantaxosa, tendo en conta os criterios de adxudicación que a continuación se relacionan:

A) Prezo: valorarase ata un máximo de 20 puntos, a oferta máis económica, sempre e cando cumpra as bases presentadas e na forma prevista no apartado 5.1 do Anexo I e na forma descrita no Anexo II.

B) Abono do canon de forma anticipada: valorarase con 10 puntos a aqueles licitadores que abonen a cantidade total do canon ofertado de xeito anticipado e na forma prevista no apartado 5.2 do Anexo I e na forma prevista no apartado 5.2 do Anexo I e na forma descrita no Anexo II.

C) Memoria de xestión do establecemento, proxecto de explotación e equipamento do establecemento: valorarase ata un máximo de 20 puntos na forma prevista no apartado 5.3 do Anexo I.

II.- O apartado 5 do Anexo I dos PCAP, relativo aos “aspectos do contrato” establece, no seu apartado 3, referido á “Memoria de xestión do establecemento, proxecto de explotación e equipamento do establecemento: puntuación máxima 20 puntos” o seguinte:

“Aos efectos deberá presentarse unha memoria de xestión dos establecementos, un proxecto de explotación e outro de adaptación e equipamento dos establecementos afectos ao contrato.

Dadas as características do espazo onde se ubica, as dimensións do mesmo, serán necesarias actuacións de adaptación das edificacións á normativa de aplicación e resulta ser unha cuestión valorable sempre que estas sexan autorizadas polo Concello. Deste xeito valorarase a proposta que acade unha cualificación turística máis elevada en ambos establecementos de acordo coa normativa sectorial de aplicación.

Na valoración das actuacións terase en conta aquelas que se orienten a mellorar as condicións de accesibilidade do local, a súa



adaptación ao Código Técnico da Edificación, as que se adapten e integren no ambiente no que se sitúa a edificación e as que se encamiñen a mellorar as condicións do entorno inmediato da edificación na que se sitúan os locais.

Para a valoración das obras o ofertante deberá presentar documentación técnica consistente en planos e memoria das reformas a realizar e equipos a instalar. Esta documentación será o suficientemente explicativa e clara dado que serán valoradas a efectos de adxudicación e pasarán a formar parte do contrato e a súa realización será esixida polo Concello.

Igualmente, valorarase a solvencia profesional do licitador, así como a calidade do currículo do persoal asignado ao servizo.

O documento a presentar constará exclusivamente dun máximo de 60 páxinas (incluída a portada e índices obrigatorios).

O incumprimento deste apartado será motivo de exclusión da licitación”.

III- Segundo consta na Acta da Mesa de contratación constituída para a valoración das ofertas presentadas na referida licitación celebrada en data 26 de marzo de 2015 - e que se acompaña como Anexo II, e respecto da valoración da documentación integrante do Sobre 3 (Documentación técnica para a valoración dos criterios cuxa ponderación dependen dun xuízo de valor), o referido órgano acordou repartir os 20 puntos previstos no Prego como puntuación máxima a outorgar pola Memoria de xestión de establecemento, proxecto de explotación e equipamento do establecemento, da seguinte forma: 7 puntos para a memoria de xestión, 6,5 puntos para o proxecto de explotación e 6,5 puntos para a proposta de equipamento.

IV.- Que en aplicación dos referidos criterios de puntuación non previstos nos Pregos reguladores do concurso, asignáronse as puntuacións que constan na referida Acta da Mesa de Contratación, efectuándose seguidamente polo referido órgano, traía apertura e valoración das ofertas cuantificables mediante fórmulas (Sobre 2) a proposta de adxudicación en favor do licitador MERCEDES REDONDA MARTINEZ, ao ter acadado a maior puntuación como resultado da suma das puntuacións parciais obtidas en cada un dos sobres 2 e 3.

V.- Con data 30 de marzo de 2015, a referida licitadora foi requirida polo Concello de Fisterra para que, nun prazo de dez días hábiles, preséntase a documentación prevista na cláusula 18 dos Pregos; documentación previa á formalización do contrato.

VI.- O licitador que non resultou proposto como adxudicatario, ten manifestado a súa desconformidade cos criterios de reparto establecidos pola Mesa de Contratación para a valoración da oferta técnica (Sobre 3), tendo solicitado, así mesmo, copia completa do expediente administrativo relativo á referida licitación. Xúntase escrito presentado polo referido licitador como Anexo III.

VII.- Á vista do escrito presentado polo referido licitador, na sesión extraordinaria do Pleno municipal celebrada en data 7 de maio de 2015 (vid Anexo I) substanciouse un complexo debate acerca da correcta actuación da mesa de contratación na valoración das ofertas presentadas, así como da correcta actuación do propio órgano de contratación ao non ter conferido vista do expediente ao licitador infravalorado, motivos estes polos que finalmente o órgano plenario acordou non levar a cabo, nese preciso momento e á espera do pronunciamento desa Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, a adxudicación (definitiva) do referido contrato.

Á vista do anteriormente exposto, mediante o presente solicítase da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia a emisión dun informe sobre as seguintes particularidades relativas ao expediente referenciado:

Primeira.- Se os criterios de reparto da puntuación máxima asignada á documentación técnica (Sobre nº 3) acordados pola Mesa de Contratación na súa sesión de data 26 de marzo de 2015 resultan acordes coas previsións contidas ao efecto no Prego de Cláusulas Administrativas e de explotación que rexerá na contratación, por procedemento aberto, mediante concesión



administrativa, da xestión do Edificio “ O Semáforo” e do seu Anexo “O Refuxio”, publicados no BOP de A Coruña, nº 29 de 12 de febreiro de 2015, en particular, co previsto na cláusula 4 e no apartado 5.3 do seu Anexo I.

Segunda.- Se a actuación da Mesa de Contratación non é correcta, ¿pode a Mesa de Contratación efectuar unha nova valoración das ofertas técnicas presentadas e unha nova proposta de adxudicación ou procedería, no seu caso, o desistimento previsto no artigo 155 do TRLCSP?

Terceira.- Se os licitadores que así o soliciten, teñen dereito, con carácter previo á adxudicación do contrato, á documentación integrante do expediente de contratación e, no seu caso, a obter copia dos documentos que figuren no mesmo.

Cuarta.- Se é posible, á vista das consideracións que no seu caso se efectúen por esa Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, proceder á adxudicación do contrato á entidade proposta pola Mesa de Contratación aínda téndose superado os prazos legalmente establecidos para a adxudicación no TRLCSP (artigo 151 e 156).

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2.- Polo Alcalde do concello de Fisterra se solicita informe relativo a un procedemento de contratación e presenta escrito acompañado dos pregos da licitación, actas, reclamacións e outra documentación do expediente. Sobre este aspecto cabe indicar que non é competencia desta Xunta Consultiva emitir informes a propósito de cuestións específicas e concretas dunha relación contractual, nin suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente na materia, competen a outros órganos en virtude da prerrogativa de interpretación dos contratos establecida no artigo 210 do Texto Refundido da lei de contratos do sector público (en adiante TRLCSP). Tampouco debe resolver a Xunta Consultiva, tal e como dispón o punto 8 da Disposición Adicional 2ª da citada norma legal, sobre cuestións que deben ser atendidas polo órgano que teña atribuída a función de asesoramento xurídico da Corporación nin actuar como órgano fiscalizador dos actos por ela acordados.

Non obstante o anterior, o asunto abordado permite emitir un informe cun pronunciamento xenérico que este órgano entende de interese habida conta das dúbidas interpretativas que as cuestión de referencia suscitan.

3.- A primeira das cuestións formuladas polo Concello fai referencia ao establecemento de subcriterios de adxudicación nun momento posterior á presentación de ofertas. Polo que se deduce da acta da Mesa de contratación de 26/03/2015, esta acorda por unanimidade repartir os 20 puntos, previstos no prego para a documentación técnica, da seguinte maneira: 7 para a memoria de xestión, 6,5 para o proxecto de explotación e 6,5 para a proposta de equipamento. A distribución trata de resultar equitativa entre os tres subcriterios que figuraran no prego e realizouse antes das apertura dos sobres dos licitadores. Require o Concello se informe sobre si resultan acordes coas previsións contidas ao efecto no prego de cláusulas administrativas e de explotación que rexe a contratación.

Respecto disto debemos comezar sinalando que o art. 150.2 do TRLCSP establece que “os criterios que van servir de base para a adxudicación do contrato determinaranse polo órgano de contratación e se detallarán no anuncio, nos pregos de cláusulas administrativas particulares ou no documento descritivo” e no parágrafo 4 do mesmo artigo atopamos que “Cando se tome en consideración máis dun criterio, deberá precisarse a ponderación relativa atribuída a cada un deles, que poderá expresarse fixando unha banda de valores cunha amplitude adecuada. No caso de que o procedemento de adxudicación artículese en varias fases, indicárase igualmente en cales delas íranse aplicando os distintos criterios, así como o limiar mínimo de

puntuación esixido ao licitador para continuar no proceso selectivo”.

O tema dos subcriterios ou criterios secundarios, englobados dentro dos criterios de adxudicación principais, está directamente vinculado co principio de transparencia e non podemos esquecer que, segundo indica a COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DA COMISIÓN sobre o Dereito comunitario aplicable na adxudicación de contratos non cubertos ou só parcialmente cubertos polas Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), a adxudicación de contratos celebrados nos Estados membros por conta de autoridades estatais, rexionais ou locais e outros organismos de dereito público está supeditada ao acatamento dos principios do Tratado da Unión Europea e, en particular, os principios da libre circulación de mercadorías, a liberdade de establecemento e a libre prestación de servizos, así como dos principios que destas liberdades derívanse, como son o principio de igualdade de trato, o principio de non discriminación, o principio de recoñecemento mutuo, o principio de proporcionalidade e o principio de transparencia.

O principio de transparencia implica que todos os potenciais licitadores deban coñecer, no momento de preparar as súas ofertas, tódolos factores que se van ter en conta para elixir a oferta economicamente mais vantaxosa. Eses datos relevantes (criterios ou subcriterios de adxudicación, solvencia ou calquera outro) deben ser o bastante claros como para ser interpretados da mesma forma por tódolos licitadores normalmente dilixentes. É razoable pensar que se os licitadores tiveran coñecido a importancia do subcriterio que será mais valorado, as súas ofertas serían quizais distintas, incrementando o esforzo en mellorar ese aspecto e quitando importancia a outros, que o licitador considere mais ou menos importante.

O tema tratouse na xurisprudencia europea en varias sentencias, entre outras, a STJUE de 24/11/2005 (Sentencia ATI EAC y Viaggi di maio C-331/04), a de 24/01/2008 (Sentencia Lianakis. C-532/06), ou, como unha das mais recentes, a de 12 de marzo de 2015 (Asunto C-538/2013).

Neste caso estamos ante o mesmo suposto que se menciona na sentenza ATI EAC y Viaggi di maio C-331/04 xa que no asunto que deu lugar a dita sentenza, tanto os criterios de adxudicación e os seus coeficientes de ponderación como os subcriterios relativos a ditos criterios foran previamente fixados e publicados no prego. Non obstante, a entidade adxudicadora fixou a posteriori, pouco antes da apertura das plicas, os coeficientes de ponderación dos subcriterios.

O Tribunal de Xustiza declarou en dita sentenza que a normativa comunitaria non se opón a tal forma de proceder se cumpre tres condicións moi precisas, a saber:

- Que non modifique os criterios de adxudicación do contrato definidos no prego de condicións ou no anuncio da licitación.
- Que non conteña elementos que, de ter sido coñecidos no momento da preparación das ofertas, puideran influír en tal preparación;
- Non se adoptara tendo en conta elementos que puideran ter efecto discriminatorio en prexuízo de algún dos licitadores.

A STJUE do 24/11/2005 (apartado 32) entende que o dereito comunitario non se opón a que unha mesa de contratación atribúa un peso específico a elementos secundarios dun criterio de adxudicación establecidos con antelación, procedendo a distribuílos entre ditos elementos secundarios o número de puntos que a entidade adxudicadora preveu para o criterio en cuestión no momento no que elaborou o prego ou o anuncio, sempre que tal decisión cumpra coas condicións sinaladas anteriormente.

Polo tanto, o momento de determinación da atribución de puntuación aos subcriterios prefixados e coñecidos por todos é, básico. O reparto dos puntos entra dentro do que se denomina no noso dereito “discrecionalidade técnica”, sempre e cando se respecten os requisitos marcados pola sentenza, que operan como límite desta discrecionalidade.

4.- A segunda das cuestións presentadas polo Concello no seu escrito de solicitude de informe fai referencia a forma de actuar no caso de que se constate unha incorrecta actuación das mesas de contratación antes da adxudicación.

Ao respecto cabe indicar que a Mesa de contratación configúrase no procedemento administrativo de contratación como un órgano de asistencia (artigos 160 e 320 do TRLCSP) ao órgano competente para resolver que é o órgano de contratación. A función da Mesa de contratación é a valoración das ofertas dos licitadores e elevar unha proposta de adjudicación ao órgano de contratación. Iste é o único competente para a adjudicación do contrato e, consecuentemente, non está vinculado pola proposta de adjudicación, estando, iso si, suxeito a adjudicar o contrato á oferta economicamente máis vantaxosa, tal e como aclara o artigo 160.2 do TRLCSP, segundo o cal: “A proposta de adjudicación non crea dereito algún en favor do licitador proposto fronte á Administración. Con todo, cando o órgano de contratación non adjudique o contrato de acordo coa proposta formulada deberá motivar a súa decisión.”.

De acordo coa obriga que ten o órgano de contratación de adjudicar o contrato á oferta economicamente máis vantaxosa, nada impide que se aparte da proposta realizada pola mesa de contratación cando aprecia que a avaliación da proposta non responde a este principio, coa obriga de expresar na adjudicación do motivo que lle leva a adjudicar o contrato a un licitador diferente ao proposto pola Mesa.

A outra opción sinalada polo Concello, o desistimento, ven regulada polo artigo 155 do TRLCSP e resérvase, pola súa gravidade e transcendencia, a comisión dunha infracción non subsanable das normas de preparación do contrato ou das reguladoras do procedemento da adjudicación, debendo xustificarse no expediente a concorrencia da causa (Artigo 155.4 TRLCSP).

5.- Outra das cuestións presentadas polo concello atañe ao dereito de acceso dos interesados ao expediente: se os licitadores que así o soliciten, teñen dereito, con carácter previo á adjudicación do contrato, á documentación integrante do expediente de contratación e, no seu caso, a obter copia dos documentos que figuren no mesmo.

Sobre o alcance do acceso a un expediente de contratación xa se pronunciou a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón no seu informe 15/2012, do 19 de setembro, no que sinala que o dereito de los cidadáns ao acceso a expedientes administrativos ten o seu recoñecemento constitucional no art. 105 CE. A remisión constitucional atópase implementada no art. 37.1 LRJPAC. O carácter limitado do dereito queda reflectido nos seguintes apartados do precepto, encamiñados a fixar límites e condicións ao exercicio do mesmo, tendo en conta de que o dereito pode colisionar con intereses de terceiros ou, incluso, co interese xeral.

Non se pode esquecer tampouco que o procedemento de contratación é un procedemento especial e que, como expresamente recolle a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, o seu informe 40/1996, de 22 de xullo, sobre recurso ordinario e vista de un expediente, prima a aplicación do artigo 93 da LCAP (actual 151 TRLCSP: clasificación das ofertas, adjudicación do contrato e notificación da adjudicación) sobre o artigo 35 a) da LRJPAC, polo seu carácter supletorio.

Esta mesma Xunta estatal, no seu Informe 46/2009, de 26 de febreiro, sinala que «se algún dos licitadores ou candidatos desexara coñecer en toda a súa extensión o contido das proposicións, o órgano de contratación está obrigado a poñelo de manifesto, o que leva consigo a posibilidade de examinar o expediente e incluso tomar notas respecto del, pero en absoluto pode ser interpretado no sentido de que se entregue copia de todo o presentado polos outros licitadores, especialmente tratándose de proxectos ou outros documentos similares respecto dos cales poida existir un dereito de propiedade intelectual ou industrial a favor do licitador», e conclúe manifestando que «a obriga de motivar o acto de adjudicación e de notificar os motivos desta aos interesados non implica a obriga de remitir copia da totalidade da documentación que integra as distintas proposicións, sen prexuízo de que se poña de manifesto a todos os licitadores e candidatos coa finalidade de que poidan fundar suficientemente os recursos que desexen interpoñer contra ela».

O Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais mantivo nalgunha das súas Resolucións (entre outras, a nº 199/2011 y nº 233/2011) — sobre a base do Informe 40/1996 de la Xunta Consultiva do Estado —, “que o órgano de contratación non ven obrigado a dar vista do expediente aos licitadores que o soliciten, pero sí a notificar adecuadamente os extremos relativos á adjudicación. Na actualidade, este Tribunal reconduciu esta interpretación, e en Resolucións como a nº 272/2011 sostén que «se ben é certo que unha correcta notificación pode facer innecesario o acceso ao expediente por parte



de quen teñan a condición de interesado no procedemento de licitación ao obxecto de interpoñer recurso especial suficientemente motivado, elo non exige da obriga que incumbe ao órgano de contratación de conceder aos interesados no procedemento o dereito de información do expediente o cal se encontra amparado polo artigo 35 da LRJPAC, que no seu apartado a) recoñece expresamente o dereito dos cidadáns “a coñecer, en calquera momento, o estado de tramitación dos procedementos nos que teñan a condición de interesados, e obter copias de documentos contidos neles”», concluíndo que: «Á vista do anterior órgano de contratación deberá conceder o correspondente acceso ao expediente á empresa recorrente, se ben deberá ter en conta a obriga que incumbe ao citado órgano de contratación de respectar a debida confidencialidade».

Este criterio favorable a recoñecer a obriga de dar vista do expediente aos licitadores, se así o solicitan, se mantén tamén polo Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid (entre outras, Resolución nº 52/2011) e polo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Resolución 5/2011 e Acordo 20/2012), con argumentacións en todos os casos compartidas por esta Xunta.

Sentado o anterior, resta por sinalar que para exercer este dereito de vista do expediente, os interesados deberán solicitarlo previamente e concretar os documentos que se desexa analizar, en aplicación do previsto no artigo 37.7 LRJPAC, coa interpretación ratificada polo Tribunal Supremo nas súas Sentencias de 14 de novembro de 2000 e 19 de maio de 2003. Será posible tomar notas respecto do expediente, pero non se entregará copia do presentado por outros licitadores. Previamente o órgano de contratación deberá identificar e retirar os documentos declarados confidenciais nos termos esixidos no Prego, aos que non poderá ter acceso ningún licitador.”

Neste mesmo informe, tamén por parte da Xunta consultiva de Aragón, se fai unha recomendación ás unidades xestoras da contratación de que se expida unha dilixencia na que se recollan as circunstancias relevantes do dereito de acceso exercido: identificando de quen examina o expediente, data e hora de exercicio do dereito, documentos ao que non se permitira o acceso, etc.

Sen embargo, a consulta que se fai por parte do Concello non só se refire ao acceso ao expediente senón que sinala se con carácter previo á adxudicación do contrato, teñen dereito á documentación integrante do expediente de contratación e, no seu caso, a obter copia dos documentos que figuren no mesmo.

Respecto da posibilidade de obter copia xa quedou resolto anteriormente, no sentido que sinalou o Tribunal Supremo: pódese tomar notas do expediente pero non obter copias do presentado por outros licitadores.

O mesmo informe 15/2012, da Xunta consultiva de Aragón no seu punto III, sobre o alcance do carácter secreto das proposicións, sinala que “a partir da licitación pública as proposicións presentadas, tanta a parte avaliable con criterios sometidos a avaliación previa como a valorada posteriormente, deixan de ser secretas, respectando o estritamente confidencial”.

Esta afirmación debe ser matizada en canto ao momento do exercicio de acceso ás proposicións, interesados lexitimados e alcance do dereito:

O art. 35 a) Lei 30/1992, de 26 de novembro, de réxime xurídico das Administracións públicas e do Procedemento administrativo común sinala que os cidadáns teñen dereito a coñecer, en calquera momento, o estado da tramitación dos procedementos en que teñan a condición de interesados, e obter copias dos documentos contidos neles. Tamén o art. 37 de dita lei, establece que o dereito de acceso a arquivos e rexistros se limita a expedientes que corresponden a procedementos terminados na data de solicitude.

A interpretación sobre “procedementos terminados” no ámbito da contratación pública, debe realizarse dende a óptica dos diferentes actos que integran o expediente de contratación e a súa transcendencia. Así o habitual será considerar “terminado” o procedemento – e proceder ao acceso ás proposicións por parte dos interesados – cando se adopte e notifique

o acto de adjudicación, como sinalan os arts 151.3 e 153 do TRLCSP, que aluden a este concreto momento da contratación. Pero tamén será posible dar acceso á documentación “administrativa” do resto de licitadores sobre os que teñan recaído actos de trámite que determinen a súa imposibilidade de continuar no procedemento, respectando neste suposto, ademais, a previsión contida no art. 12 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, que establece a obriga para o órgano de contratación de respectar o carácter confidencial da documentación aportada polos licitadores para acreditar a súa solvencia económica financeira e técnica.

O tema do acceso ao expediente por parte dos licitadores temos que dicir que foi cambiando paulatinamente e ampliándose pouco a pouco a súa posibilidade. Así, inicialmente só os interesados no procedemento de adjudicación (candidatos rexeitados e licitadores admitidos) podían solicitar información sobre as características da oferta que fosen determinantes para a súa elección como adjudicataria do contrato. Hoxe en día debe matizarse xa que seguindo os criterios adoptados polos tribunais comunitarios e o Tribunal Supremo tamén terán acceso ao expediente todos aqueles aos que se lle recoñeza lexitimación para recorrer. Deste modo recoñécese lexitimación non só aos que participen na licitación senón tamén a outras persoas que acreditan a titularidade de dereitos e intereses lexítimos que sexan prexudicados ou podan resultar afectados, como asociacións e colexios profesionais, empresas que non foran invitadas nun procedemento negociado singular, etc.

Dende o ano 2010, trala reforma da LCSP pola Lei 34/2010, de 9 de agosto introduciuse o que hoxe é o art. 151.4 respecto do contido da notificación da adjudicación aos licitadores, que deberá expresar os extremos suficientes para permitir a interposición do recurso suficientemente fundado. Deste xeito, como sinala o referido informe 15/2012, de 19 de setembro da Xunta consultiva de contratación administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, “é certo que unha correcta notificación da adjudicación e as súas razóns, poden facer innecesario o acceso ao expediente polos interesados, pero elo non exige ao órgano de contratación de conceder o dereito de acceso ás proposicións de todos os admitidos, se así se solicita, e non só do adjudicatario, xa que a motivación debe realizarse mediante a comparación das propostas de todos os licitadores.”

Este dereito de acceso ao expediente e, por ende, da documentación dos licitadores debe ser compatible co alcance da confidencialidade que non está claramente resolta na normativa contractual polo que debe de resolverse acudindo a criterios interpretativos. Na práctica, xa nas declaracións responsables, se indica que sinalen a documentación que consideran confidencial nos sobres A e B que, en calquera caso, non serán amosadas.

6.- A última das cuestións requiridas polo Concello é se é posible proceder á adjudicación do contrato á entidade proposta pola Mesa de contratación aínda téndose superado os prazos legalmente establecidos para a adjudicación no TRLCSP (art. 151 e 156).

A mesma Xunta Consultiva de Aragón no seu informe 11/2011, do 4 de maio sinala ao respecto que “A regra xeral é que, a infracción pola Administración dos prazos establecidos nas normas, non constitúe máis que unha irregularidade non invalidante. Neste sentido, o artigo 63.3 LRJPAC establece que: «A realización de actuacións administrativas, fora do tempo establecido para elas, só implicará a anulabilidade do acto, cando así o impoña a natureza do termo ou prazo». A mesma regra, se aplica ás actuacións xudiciais realizadas fora de tempo, que só poderán anularse se o impuxera a natureza do termo ou prazo —artigo 242 da Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo, do Poder Xudicial, e artigo 229 da Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Enxuzamento Civil—”.

CONCLUSIÓN

1. O dereito comunitario non se opón a que unha mesa de contratación atribúa un peso específico a elementos secundarios dun criterio de adjudicación establecidos con antelación, procedendo a distribuílos entre ditos elementos secundarios o número de puntos que a entidade adjudicadora preveu para o criterio en cuestión no momento no que elaborou o prego ou o anuncio, sempre que tal decisión:

- non modifique os criterios de adxudicación do contrato definidos no prego de condicións ou no anuncio da licitación.
- non conteña elementos que, de ter sido coñecidos no momento da preparación das ofertas, puideran influír en tal preparación;
- non se adoptara tendo en conta elementos que puideran ter efecto discriminatorio en prexuízo de algún dos licitadores.

2.- De acordo coa obriga que ten o órgano de contratación de adxudicar o contrato á oferta economicamente máis vantaxosa, nada impide que se aparte da proposta realizada pola mesa de contratación cando aprecia que a avaliación da proposta non responde a este principio, coa obriga de expresar na adxudicación do motivo que lle leva a adxudicar o contrato a un licitador diferente ao proposto pola Mesa.

O desistimento, resérvase, pola súa gravidade e transcendencia, a comisión dunha infracción non subsanable das normas de preparación do contrato ou das reguladoras do procedemento da adxudicación, debendo xustificarse no expediente a concorrencia da causa (Artigo 155.4 TRLCSP).

3.- Unha vez celebrados os actos públicos pertinentes, para exercer o dereito de vista do expediente, os interesados deberán solicitalo previamente e concretar os documentos que se desexa analizar, poderán tomar notas respecto do expediente, pero non se entregará copia do presentado por outros licitadores. O órgano de contratación deberá identificar e retirar os documentos declarados confidenciais nos termos esixidos no Prego, aos que non poderá ter acceso ningún licitador.

Tamén sería recomendable que polas unidades xestoras da contratación se expida unha dilixencia na que se recollan as circunstancias relevantes do dereito de acceso exercido: identificando de quen examina o expediente, data e hora de exercicio do dereito, documentos ao que non se permitira o acceso, etc.

Sobre si o dereito de acceso a arquivos e rexistros se limita a expedientes que corresponden a procedementos terminados na data de solicitude, considerase “terminado” o procedemento cando se adopte e notifique o acto de adxudicación. Pero tamén será posible dar acceso á documentación “administrativa” do resto de licitadores sobre os que teñan recaído actos de trámite que determinen a súa imposibilidade de continuar no procedemento, respectando o carácter confidencial da documentación aportada.

4. A potestade de adxudicación do contrato no está sometida a ningún tipo de prazo preclusivo, ou réxime de caducidade, por elo o transcurso do prazo do seu exercicio non implica a invalidez da su actuación, senón unha irregularidade non invalidante, sen prexuízo do dereito dos licitadores a retirar a súa proposición se non se produce a adxudicación dentro dos prazos sinalados.

En Santiago de Compostela, a 18 de febreiro de 2016