

Recurso nº 199, 212, 214, 215 y 216/2014

Resolución nº 221/2014

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

En Madrid, a 17 de diciembre de 2014.

VISTOS los recursos interpuestos por don C.A.R., actuando en su propio nombre y don N.B.K., en nombre y representación de Beirak y Ulanosk y Arquitectos S.L.P.; don G.G.G., en nombre de GPD Gestión de Proyectos S.L.P.; don E.A.C., actuando en nombre y representación de Aguinaga y Asociados Arquitectos, S.L.P.; doña R.F.G. y don F.G.A., en su propio nombre; don R.O.S., en representación de los profesionales en compromiso de UTE: R.O.S., P.O.B. y A.O.B., contra el Acuerdo del Consejo de Administración de la Empresa Municipal del Suelo de Leganés, S.A., de fecha 22 de septiembre de 2014, por el que se adjudica el contrato “Servicios de Asistencia para la redacción de proyectos, dirección facultativa de las obras, certificación y liquidación de las mismas, para edificio residencial en suelo dotacional, que va a promover EMSULE, S.A, en la parcela 36-s Plan Parcial “Campo de Tiro” del municipio de Leganés”, tramitado por la Empresa Municipal del Suelo de Leganés, S.A., expediente 1/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 6 y 29 de mayo de 2014 se publicó en el BOE y el DOUE respectivamente la convocatoria, por procedimiento abierto, con pluralidad de

1

criterios, para la contratación de los “Servicios de Asistencia para la redacción de proyectos, dirección facultativa de las obras, certificación y liquidación de las mismas, para edificio residencial en suelo dotacional, que va a promover EMSULE, S.A., en la parcela 36-s Plan Parcial “Campo de Tiro” del municipio de Leganés”, tramitado por la Empresa Municipal del Suelo de Leganés, S.A., (en adelante EMSULE), Expte. 1/2014, con un presupuesto base de 395.000 euros.

Segundo.- El anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece los criterios de adjudicación valorables en cifras o porcentajes y los criterios no valorables en cifras o porcentajes. El apartado 8 determina la documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación.

Tercero.- El día 2 de julio de 2014, se procedió a la apertura de la documentación administrativa y tras los requerimiento de subsanación exigidos y la revisión de la documentación aportada, se procedió el día 3 de septiembre a la aprobación de la lista de admitidos a la licitación.

Cuarto.- El poder adjudicador encargó a la empresa Área Técnica los trabajos de valoración de las propuestas técnicas presentadas, entregándole la documentación técnica correspondiente al sobre nº 2, sin identificar a los licitadores.

Con fecha 2 de septiembre, la citada empresa entrega a EMSULE un informe con el resultado de la revisión y análisis de las propuestas, incluyendo la puntuación de las mismas, que consta en el expediente administrativo.

El 10 de septiembre de 2014 se procede a la apertura de las ofertas económicas y el 22 de septiembre mediante acuerdo del Consejo de Administración de EMSULE, se adjudica el contrato a la empresa que ha obtenido mayor puntuación, que resulta ser Ponce Arquitectura, S.L.

El nombre de la entidad adjudicataria y el precio de adjudicación se publica en el perfil de contratante de EMSULE, sin que conste en el expediente que se haya producido la notificación del acuerdo a los licitadores en la forma prevista en la ley.

Quinto.- En distintas fechas que van desde el 3 al 31 de octubre de 2014, los recurrentes presentan distintos escritos ante EMSULE, en los que reclaman la notificación de la adjudicación y la información y justificación de la exclusión, en su caso, o las puntuaciones otorgadas a las distintas ofertas.

Los escritos presentados, que en algunos casos fueron calificados expresamente de recurso especial en materia de contratación y en otros se podía deducir su carácter del contenido, fueron contestados por el poder adjudicador mediante distintas comunicaciones por correo electrónico, en las que se les informa de la puntuación numérica obtenida por el adjudicatario y la suya, con una muy escasa justificación en algunos supuestos o ninguna en otros.

Sexto.- El 4 de noviembre de 2014, se remite al Tribunal una copia del expediente de contratación junto con los escritos de reclamación o recursos recibidos y la contestación enviada a los solicitantes.

El 5 de noviembre de 2014, tiene entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.A.R., actuando en su propio nombre y de don N.B.K., en nombre y representación de Beirak y Ulanosk y Arquitectos S.L.P., contra la adjudicación del contrato. En el escrito reitera que ya lo interpuso ante EMSULE el 28 de octubre de 2014 y que la adjudicación no ha sido debidamente notificada, no teniendo información suficiente sobre la motivación de la adjudicación y de su propia puntuación en el procedimiento. No obstante con los escasos datos obtenidos recurre la adjudicación realizada.

Séptimo.- Con fecha 20 de noviembre de 2014, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Octavo.- Por la Secretaría del Tribunal se solicitó a algunos de los reclamantes que manifestasen si era su voluntad interponer recurso especial en materia de contratación y en su caso que subsanasen la documentación presentada.

Finalmente y de acuerdo con la documentación recibida, con fecha 17 de diciembre de 2014, el Tribunal acuerda acumular los recursos presentados, puesto que la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría a los otros, ya que en definitiva en todos los casos se aduce la falta de motivación de la resolución de adjudicación del contrato.

Noveno.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 84.4 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se prescinde del trámite de audiencia ya que no van a ser tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones que las expresadas por los recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de los recurrentes para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de personas físicas o jurídicas licitadoras al contrato y *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes.

Segundo.- El recurso se interpuso contra la adjudicación correspondiente a un contrato de servicios, incluido en la categoría 12 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Tal como consta en los recursos, se interponen frente a (i) el Acuerdo del Consejo de Administración, de fecha 22 de septiembre de 2014, por el que se adjudica el contrato de referencia a la entidad Ponce Arquitectura, S.L., (ii) la falta de notificación o en su caso notificación defectuosa de dicho acuerdo.

Siendo el procedimiento de contratación un procedimiento de concurrencia competitiva cabe diferenciar, tal como hace el artículo 151.4 del TRLCSP la motivación del propio acto de adjudicación y el contenido de la notificación. La notificación es un acto distinto del acto notificado que actúa como condición de eficacia de aquel. En el procedimiento de contratación la notificación de la adjudicación ha de realizarse con el contenido del citado artículo 151.4 a fin de que sea conocida por los interesados. La notificación es el acto administrativo mediante el cual se pone o intenta poner en conocimiento de los interesados la producción de un acto administrativo respecto del cual tiene carácter accesorio o instrumental. La notificación tiene un carácter finalista que persigue que el destinatario de un acto lo conozca de forma adecuada que le permita reaccionar, en su caso, contra él. Por eso en materia de contratación tiene un contenido específico cual es cómo ha de materializarse la motivación de manera que su contenido permita recurrir contra la decisión de adjudicación.

El defecto del contenido preceptivo que ha de contener la notificación según el artículo 151.4 del TRCLSP puede convertir la notificación en defectuosa causando perjuicio a la defensa de los interesados que verán limitado el derecho al ejercicio de acciones contra la resolución de adjudicación cuando este es el acto que se trata de poner en su conocimiento. Y al no cumplir su función instrumental son susceptibles de recurso.

La notificación de la adjudicación sin contener la motivación exigible según el artículo 151.4 del TRLCSP impide formular un recurso dirigido contra el acto principal que se está notificando (la adjudicación), por lo que ha de dirigirse contra el mismo acto de notificación que es instrumental para la eficacia de aquél. Cuando se conozca el alcance y contenido de la resolución de adjudicación que es objeto de

notificación es cuando se puede presentar el recurso fundado contra la misma. Pero antes ya se ha descubierto la infracción del ordenamiento jurídico consistente en la práctica de una notificación defectuosa que impide aquel otro recurso y este acto administrativo, en sí mismo también es susceptible de ser recurrido.

Cuando el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que el plazo de interposición del recurso comienza a computarse desde que se remitió la notificación *“de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”* debe entenderse como que el día inicial del plazo se computa desde que se remite la notificación que debía contener lo dispuesto en el citado artículo, y se aprecia la insuficiente motivación.

Si el artículo 151.4 del TRLCSP tiene como fin que se facilite determinada información a los interesados para que puedan fundamentar un recurso contra la decisión de adjudicación, cuando se considere ilegal la infracción consistente en no facilitar dicha información, también ha de ser recurrible por infracción de la normativa reguladora del procedimiento de adjudicación.

De esta manera se garantiza una resolución, primero sobre el incumplimiento de la obligación de remisión de determinada información y después una decisión sobre el fondo del asunto si el licitador interesado la considera no ajustada a derecho en base a la información facilitada.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues no constando que se haya realizado una notificación conforme a derecho del acuerdo de adjudicación impugnado, únicamente se ha dado publicidad a la adjudicación a través del perfil de contratante de EMSULE, medio insuficiente de acuerdo con lo establecido por el artículo 151.4 del TRLCSP y que no exime de la notificación individual, el plazo para recurrir debemos considerar que ni siquiera se ha iniciado (STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-1621/13), en consecuencia los escritos de interposición presentados ante EMSULE en fechas posteriores a la mencionada publicación, deben entenderse dentro de plazo.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- EMSULE es una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal. De acuerdo con sus Estatutos y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se acomoda íntegramente al ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

A efectos de contratación, EMSULE se encuentra dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de contratación pública, de conformidad con el artículo 3.1.d) del TRLCSP. Como parte integrante del sector público 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 190.1 del TRLCSP, aplicable a la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada tramitados por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas.

Sexto.- El recurso se fundamenta en la vulneración del artículo 151 del TRLCSP en cuanto establece la obligación de motivar la adjudicación y la obligación de notificación del acuerdo de adjudicación de los contratos públicos y su contenido.

El citado artículo establece que *“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, 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 cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

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.

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”.

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

Los criterios de adjudicación que figuran en el PCAP serán los que determinen la adjudicación, por ello la posibilidad de recurso contra este acto de finalización del procedimiento de contratación requiere tener conocimiento 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.

A la vista de los documentos obrantes en el expediente administrativo se concluye que el acuerdo del Consejo de Administración de 22 de septiembre de 2014, por el que se adjudica el contrato, únicamente contiene la mención de que se lleva a cabo la adjudicación *“al licitador que ha obtenido la puntuación más alta”*, sin expresar el nombre del adjudicatario, ni el precio, y sin realizar una sucinta motivación o referir la misma a los informes de valoración realizados.

Por lo tanto, entiende el Tribunal que no se ajusta a lo establecido en el artículo 151 del TRLCSP y el recurso debe estimarse por este motivo debiendo anularse el Acuerdo de adjudicación procediéndose a adoptar otro que contenga la información sobre la adjudicación y la motivación en el sentido expresado.

Respecto de la notificación, no hay constancia de que se haya producido y es el segundo motivo de recurso en la práctica totalidad de los casos. Se hizo pública la adjudicación, como ya se ha indicado, únicamente en el perfil de contratante de EMSULE, incluyendo como información el nombre de la adjudicataria y el precio de adjudicación y una dirección de correo electrónico *“para cualquier consulta o información”*.

Esa información es claramente insuficiente y ya se ha indicado que tampoco exime de la necesaria notificación individual con los requisitos determinados en la ley.

El órgano de contratación junto con el expediente, aporta las distintas contestaciones que ha ido remitiendo a los licitadores que le han solicitado información y que incluyen datos parciales sobre la puntuación otorgada a los recurrentes y a la entidad adjudicataria o sobre las causas de exclusión, pero que tampoco ofrecen una motivación por sucinta que ésta sea o una información completa sobre los extremos requeridos legalmente, que permita a los interesados interponer el recurso con todas las garantías exigibles, por lo que el contenido de

aquellas informaciones no resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP y no pueden considerarse un acto de notificación.

Por lo tanto este Tribunal considera que el defecto de falta de notificación del acuerdo de adjudicación no ha sido subsanado con las informaciones ofrecidas y debe igualmente estimarse el recurso por este motivo.

Basarse en la bondad genérica (esto es, pasar de fundar la calificación en un requisito específico a basarla en un requisito genérico) *“vulnera uno de los requisitos de la motivación: el conocimiento por parte del interesado del razonamiento lógico y jurídico que ha conducido a la decisión tomada”, y “rompe la conexión que tiene que existir a efectos de motivación”* (STS de 20 diciembre de 2000). Además, entiende el TS que en estos casos no nos encontramos frente a una motivación sucinta, *“sino tan generalizada e imprecisa que merece reputarse inexistente, por lo que se sitúa al administrado en una situación de indefensión”* (STS de 17 de febrero de 1989). Todo ello impide que la motivación cumpla su doble finalidad de *“exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir su eventual control jurisdiccional”* (SSTC de 14 de febrero de 1989 y 5 de abril de 1990).

En la misma línea que lo anterior, los Tribunales Superiores de Justicia también entienden insuficiente recurrir a fórmulas genéricas de motivación. A título de ejemplo, el TSJ de Canarias, en Sentencia de 26 de junio de 1998, entiende que existe falta de motivación cuando se acude *“a fórmulas vacías de contenido concreto, tan abstractas y genéricas que pueden ser extrapoladas a cualquier caso”,* añadiendo, además, que en estos casos *“no hay un razonamiento concreto en torno al supuesto de hecho, sino cláusulas de estilo, válidas para cualquier caso e insuficiente por tanto para todos”.* Y, en el mismo sentido, y corroborando lo anterior, el TSJ de Madrid (STSJ Madrid, de 27 de noviembre de 1998) entiende que *“dicha argumentación jurídica debe ser valorada como insuficiente a efectos de constituir motivación jurídica, pues constituye una simple manifestación abstracta carente de los mínimos datos y circunstancias imprescindibles como para dar opción, a la recurrente para que pueda rebatir tales argumentos, y a este Tribunal para que*

pueda llevar a cabo un juicio de valor que haga prevalecer alguna de las dos opciones”.

El recurso especial en materia de contratación es un recurso administrativo que presenta como características ser de carácter precontractual, rápido y eficaz, que permita la adopción de una resolución sobre una decisión ilegal con anterioridad a la perfección del contrato. Por ello reviste especial importancia que la notificación se realice en condiciones de permitir un recurso con esas características y el TRLCSP ha recogido, en el artículo 151.4, el contenido mínimo para considerarla suficiente.

Por lo expuesto, la falta de notificación 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 notificación. Como consecuencia, ha de acordarse la retroacción de actuaciones y reproducirse la práctica de la notificación, con los requisitos legales sin perjuicio de la puesta de manifiesto del expediente administrativo, incluyendo los informes y tablas de valoración, a los licitadores que lo soliciten.

En cuanto a las alegaciones realizadas por los recurrentes respecto a las valoraciones de sus ofertas o causa de exclusión de las mismas, debe señalarse que una vez que se notifique correctamente la adjudicación podrán los ahora recurrentes y todos los licitadores, si discrepan de la valoración asignada a las ofertas, interponer el recurso que corresponda y aducir cuanto a su derecho convenga acerca de la eventual incorrección de aquella. Será en ese momento cuando este Tribunal pueda pronunciarse fundadamente sobre si la motivación o exclusión es razonable o si, por el contrario, adolece de errores materiales, arbitrariedad o discriminación, únicos extremos que, fuera de las normas de competencia y procedimiento puede controlar por respeto al principio de discrecionalidad técnica.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 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.- Estimar los recursos interpuestos don C.A.R., actuando en su propio nombre y don N.B.K., en nombre y representación de Beirak y Ulanosk y Arquitectos S.L.P.; don G.G.G., en nombre de GPD Gestión de Proyectos S.L.P.; don E.A.C., actuando en nombre y representación de Aguinaga y Asociados Arquitectos, S.L.P.; doña R.F.G. y don F.G.A., en su propio nombre; don R.O.S., en representación de los profesionales en compromiso de UTE: R.O.S., P.O.B. y A.O.B., contra el Acuerdo del Consejo de Administración de la Empresa Municipal del Suelo de Leganés, S.A., de fecha 22 de septiembre de 2014, por el que se adjudica el contrato “Servicios de Asistencia para la redacción de proyectos, dirección facultativa de las obras, certificación y liquidación de las mismas, para edificio residencial en suelo dotacional, que va a promover EMSULE, S.A., en la parcela 36-s Plan Parcial “Campo de Tiro” del municipio de Leganés”, retrotrayendo las actuaciones a fin de que se acuerde la adjudicación y se practique la notificación de la misma, con el contenido exigible según el artículo 151.4 del TRLCSP, de manera que permita, en su caso, la interposición de un recurso fundado, con indicación de la procedencia de recurso, plazo de interposición y órgano ante el que ha de presentarse.

Segundo.- 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.

Tercero.- 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.