



Roj: **SAN 5747/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:5747**

Id Cendoj: **28079230012013100590**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2013**

Nº de Recurso: **23/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA EN APELACION

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil trece.

Visto por la **Sección Primera** de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, el recurso de apelación número 23/2013, interpuestos por la Procuradora de los Tribunales doña Amparo Ivana Rouanet Mota, en nombre y representación de COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L., en cuya defensa ha intervenido el Letrado don Roberto Fernández González, contra la Sentencia de 21 de mayo de 2013 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 2, recaída en el procedimiento ordinario número 104/2009. Ha sido parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha de 21 de mayo de 2013 recayó Sentencia dictada en el procedimiento ordinario número 104/2009 por el Ilmo. Sr. Magistrado/a-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 2, cuya parte dispositiva es la siguiente: *"Desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL S.L., representada por la Procuradora D^a. AMPARO IVANA ROUANET MOTA, contra los actos administrativos identificados en el fundamento de derecho primero, resoluciones que debo confirmar y confirmo por ser ajustadas a Derecho; sin especial declaración en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia"*.

SEGUNDO .- Contra la citada resolución judicial se interpuso recurso de apelación por la Procuradora de los Tribunales doña Amparo Ivana Rouanet Mota, en nombre y representación de COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L., mediante escrito razonado, en el que solicitó que *"el tribunal dicte nueva resolución revocatoria de la anterior y de conformidad con lo solicitado en el suplico de nuestra demanda"*

En el escrito de demanda solicitó la anulación y revocación de las resoluciones recurridas, que se reconozca a la demandante su derecho a resultar adjudicataria del contrato de prestación de servicio objeto del recurso y, subsidiariamente, se le indemnice en la cuantía de 879.840 euros por los daños y perjuicios sufridos por el acuerdo de adjudicación en concepto de importe del beneficio que pudo obtener de haber procedido a adjudicársele el contrato.

TERCERO.- Concedido traslado del escrito de apelación a la Abogacía del Estado, presentó escrito oponiéndose a la apelación, en el que solicitó la confirmación de la sentencia recurrida con condena en costas a la parte apelante.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el presente Rollo, y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, ni la celebración de vista o la presentación de conclusiones, ni siendo necesaria a juicio de la Sala, se señaló para votación y fallo el día 11 de diciembre de 2013, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO, quien expresa el parecer de la Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en el procedimiento ordinario número 104/2009 por el Ilmo. Sr. Magistrado/a-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 2, cuya parte dispositiva es la siguiente: *"Desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL S.L., representada por la Procuradora D^a. AMPARO IVANA ROUANET MOTA, contra los actos administrativos identificados en el fundamento de derecho primero, resoluciones que debo confirmar y confirmo por ser ajustadas a Derecho; sin especial declaración en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia"*.

El recurso de apelación interpuesto por COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L. se sustenta en los siguientes motivos:

1.- Extemporaneidad de la presentación de la oferta por la empresa adjudicataria, al no haber entregado toda la documentación antes de las 13,00 horas del día 5 de junio de 2009, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 80 del Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que ignora la sentencia recurrida.

2.- Ausencia de identidad entre la empresa que se presenta al concurso y la adjudicataria final, pues la primera es LAVINIA TV y la segunda es LAVINIA TEC-COM. La Secretaria de la Mesa en su reunión de 19 de junio de 2009 certificó que se presentó la primera como consta en los envíos de correos de la documentación de la oferta, pese a lo que con posterioridad señalara la Mesa de Contratación, resultando contradictoria la argumentación de la sentencia recurrida en relación con la supuesta pertenencia de ambas empresas al mismo grupo empresarial que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 86.3 del RD 1089/2001.

3.- Incumplimiento de los requisitos técnicos por la adjudicataria, pues para la adjudicación del contrato de asistencia técnica era necesario acreditar experiencia en la realización de trabajos compatibles con los que describe el pliego de prescripciones técnicas, según se establece en el apartado 3.5 del mismo "Experiencia Acreditada", lo que no puede resultar acreditado por la clasificación exigida (T 4 B, realización de material audiovisual), pues esta acredita la solvencia económica, financiera y técnica de la empresa, pero no su experiencia en la gestión de servicios de información pública a través de emisoras de radio como los del pliego, por lo que debió ser excluida del concurso.

4.- Vulneración del procedimiento previsto el pliego de cláusulas administrativas particulares para los contratos de servicios a adjudicar por el procedimiento abierto (apartado IV, punto 4.1, párrafos séptimo y noveno, pues no se informó a los licitadores de la valoración técnica de cada licitador antes de la apertura y lectura de las ofertas económicas y se omitió la valoración de apartado A.1 Control de Calidad del Anejo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares como criterio de valoración técnica de las ofertas. Cuestión sobre la que no se pronuncia la sentencia recurrida.

5.- Incumplimiento del requisito de adjuntar en el plazo de 15 días desde la adjudicación provisional el compromiso de emisión de 200 emisoras, pese a lo afirmado por la sentencia recurrida en sentido contrario.

6.- Incongruencia omisiva de la sentencia recurrida al no resolver aspectos planteados durante el proceso por la demandante, tales como el hecho de que tras declararse la nulidad de las actuaciones del concurso se procediera a mantener la resolución de valoración de ofertas de la adjudicación provisional, sin valorar el control de calidad ni ofrecer a las licitadoras un nuevo plazo para hacer una nueva oferta económica, incurriéndose en una irregularidad invalidante.

7.- Vulneración de las normas de adjudicación de los contratos administrativos, pues fijados los criterios del pliego de condiciones, la Administración contratante debía adjudicar el concurso conforme a tales criterios, por ser aquel la ley del concurso, y no lo hizo, con infracción de los artículos 80 y siguientes del RD 1089/2001.

8.- Vulneración de los artículos 137 y 289 en relación con los artículos 194 y 200 de la LEC, al haberse dictado la sentencia por un Magistrado distinto al que ha conocido de todos y cada uno de los actos del proceso, infringiéndose el principio de inmediatez.

El Abogado del Estado se opuso al recurso de apelación, remitiéndose a los razonamientos de la sentencia recurrida y negando vicio de nulidad en la misma al no haberse vulnerado el principio de inmediatez y ante el hecho de que no se practicara prueba, vista o comparecencia alguna en la instancia.

SEGUNDO.- Los actos administrativos recurridos en la instancia aparecen identificados en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida del siguiente modo:

"Se someten a revisión jurisdiccional las siguientes resoluciones administrativas dictadas en el expediente de contratación del "Servicio de difusión de información meteorológica de la Agencia Estatal de Meteorología"



(AEMET) a través de emisoras de radio" por el procedimiento abierto: Resolución de adjudicación definitiva, de fecha 22 de diciembre de 2.009; Resolución de 30 de octubre de 2.009, por la que se estima parcialmente el recurso especial interpuesto contra la resolución de fecha 21 de julio de 2.009; Resolución de 10 de diciembre de 2.009 por la que se desestimaba el recurso especial en materia de contratación.

Por tanto, son objeto del presente recurso diversas resoluciones recaídas en el expediente NUM000 de la Agencia Estatal de Meteorología (AEMET) para la contratación del "Servicio de difusión de información meteorológica de la AEMET a través de emisoras de radio".

La imprecisión que muestra la sentencia recurrida en la exposición del objeto del recurso contencioso-administrativo, tramitado como procedimiento ordinario 104/2009, por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 2, al que se acumulo el procedimiento ordinario número 26/2010, seguido en el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, exige poner de manifiesto algunos trámites relevantes en el procedimiento administrativo de contratación que se omiten en la sentencia recurrida y sin cuya comprensión no resulta posible esclarecer el objeto de controversia en este recurso de apelación.

Las resoluciones administrativas recurridas en la instancia traen causa de un concurso convocado por la Agencia Estatal de Meteorología para la contratación del servicio de difusión de información meteorológica a través de emisoras de radio, por el procedimiento abierto y con un presupuesto base de 464.000 euros, cuya licitación fue publicada en el BOE de 29 de abril de 2009.

Tal y como se expresa en el pliego de prescripciones técnicas, el objeto del contrato era " *la Asistencia Técnica de una empresa que, con sus propios recursos técnicos y humanos, facilite a las emisoras de radio que lo soliciten, en directo o mediante grabación, la información meteorológica que AEMET considere oportuna y la ponga a su disposición exclusivamente para el objetivo de servicio público. También grabará con sus propios recursos técnicos y humanos, y transmitirá a las emisoras de radio que lo deseen, las declaraciones de los portavoces de AEMET que determine la Dirección del Servicio. Las transmisiones se deberán hacer en cualquiera de los idiomas del Estado Español* ".

La fecha límite de presentación de ofertas era el día 5 de junio de 2009, a las 13,00 horas.

El cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de servicios mediante procedimiento abierto, en su anejo número 3, relativo a los "criterios de valoración de la ofertas", toma en consideración varios criterios de valoración de las ofertas para la adjudicación del presente contrato, concretamente los siguientes:

- A. Valoración Técnica de la oferta (35 puntos)
- B. Valoración de la Calidad Ambiental (10 puntos)
- C. Valoración del Importe económico de la oferta (55 puntos)

La valoración técnica de la oferta se distribuye entre dos criterios de valoración:

- A.1 Control de calidad (5 puntos): "Instalaciones técnicas, medidas para garantizar la calidad y medios de estudio e investigación de la empresa"
- A.7 El valor técnico (30 puntos): "Características y medios de la Oficina técnica para la prestación del servicio", "Plan técnico de grabación y difusión de declaraciones de los portavoces de AEMET", "Plan técnico de grabación de contenidos emitidos", "Plan de contingencias ante fallos técnicos" y "Mejoras ofertadas".

Reunida la Mesa de contratación el 19 de junio de 2009 para la calificación de documentación en relación con el expediente de contratación, la Secretaria informa que, de acuerdo con el certificado del Registro de la Agencia Estatal de Meteorología de 5 y 8 de junio de 2009, se han presentado en tiempo y forma las empresas ADALA COMUNICACIÓN, COMUNICACIÓN DINAMICA AUDIOVISUAL y LAVINIA TV. Además, la Mesa califica la documentación general, acordando conceder tres días hábiles para subsanar cierta documentación en relación con las siguientes empresas ADALA COMUNICACIÓN, COMUNICACIÓN DINAMICA AUDIOVISUAL y LAVINIA TV:

Con fecha 26 de junio de 2009 se emite el informe sobre valoración técnica de las ofertas, suscrito por el Jefe del Servicio de Comunicación e Imagen Corporativa, donde se valora cada oferta técnica presentada, atendiendo exclusivamente a los parámetros del apartado A.7, denominado "El valor técnico" que posibilita la atribución de un máximo de 30 puntos, arrojando una valoración para LAVINIA de 8 puntos y para COMUNICACIÓN DINAMICA AUDIOVISUAL (CDA) de 30 puntos

En la reunión de la Mesa de contratación de 26 de junio de 2009, tras ser excluida la empresa ADALA COMUNICACIÓN por no haber subsanado las deficiencias apreciadas y durante la sesión pública en la que se



llevó a cabo la apertura de las ofertas económicas, en respuesta a la solicitud de aclaración formulada por el representante de COMUNICACIÓN DINAMICA AUDIVISUAL sobre la denominación completa de la empresa LAVINIA, se afirmó por la Mesa que comprobados el certificado de clasificación y los sobres, se constata que LAVINIA en todos los documentos figura como LAVINA TEC-COMS SL.

Por otro lado, la oferta económica de la última empresa citada obrante en el expediente aparece suscrita por LAVINIA TEC- COM, S.L.

Consta en el expediente un denominado "Informe de valoración final de las ofertas", suscrito por el Jefe del Servicio de Comunicación e Imagen Corporativa con fecha 1 de julio de 2009, donde se incluye tanto un informe sobre valoración técnica como la valoración del importe económico a fin de obtener dicha valoración final. El informe sobre valoración técnica de las ofertas se refiere a la valoración técnica del siguiente modo:

"1. Valoración técnica

La valoración técnica de las ofertas presentadas, realizada según los criterios del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, otorga la siguiente puntuación parcial a cada una de las empresas:

Lavinia 9 puntos.

Comunicación Dinámica Audiovisual 35 puntos".

Con fecha 7 de julio de 2009, reunida la Mesa de Contratación y examinado el informe de valoración técnica y económica aportado por el Jefe del Servicio de Comunicación e Imagen Corporativa, la Mesa observa que se ha incluido con respecto al Informe Técnico previo -el realizado con fecha de 26 de junio de 2009- la valoración de un criterio técnico que no figuraba en el mismo, y que, según estima la Mesa, no puede incluirse una vez abiertos los sobres con las ofertas económicas, concluyendo que no debe considerarse esta puntuación añadida. Por ello, ofrece dos opciones, bien continuar con la propuesta de adjudicación provisional o bien optar por el desistimiento en la tramitación del expediente.

Finalmente, a propuesta del Presidente se acuerda posponer la decisión de la mesa hasta tanto se valore por el Órgano de Contratación la decisión a adoptar.

Reunida la Mesa de contratación el 17 de julio de 2009, el Presidente de la Mesa, hecha la oportuna consulta, transmite la decisión del Órgano de Contratación de continuar con el procedimiento a la vista de las posibles opciones apuntadas por la Mesa. En consecuencia, la Mesa acuerda proponer la adjudicación conforme al Informe de Valoración Técnica, entendiendo que en el apartado 1 (Control de Calidad) al no ser estimado, la puntuación que corresponde a ambas empresas es cero, dado que la valoración tuvo lugar después de la apertura de las ofertas económicas.

No obstante, se deja constancia en el acta que *" El Vocal Técnico entiende que dicha evaluación no tuvo lugar por omisión y que procedería el Desistimiento en el procedimiento por esta causa".*

Con fecha 22 de julio de 2009 fue aprobada por el Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología la Adjudicación Provisional de este concurso en favor de la empresa LAVINIA TEC-COM, por la cantidad de 415.280,00 euros y con un plazo de ejecución de veinticuatro meses, y publicado en el Perfil del Contratante con fecha 27 de julio de 2009.

El día 3 de agosto de 2009, se presentó recurso especial en materia de contratación, por la empresa COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, contra el citado acuerdo de Adjudicación Provisional.

Mediante resolución del Presidente de AEMET, dictada con fecha 15 de octubre de 2009, se estimó parcialmente la reclamación de COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, y se ordenó retrotraer las actuaciones al trámite de la valoración de las ofertas. Esta resolución, tras constatar los hechos antes referidos, considera que *" la exclusión de la valoración del apartado A.1 de los Criterios de Valoración contenidos en el Anejo 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pudiera perjudicar a la empresa recurrente y aunque la Mesa de Contratación actuó correcta y legalmente con el procedimiento establecido, la omisión en el Informe de Valoración Técnica de este apartado, debiera tenerse en cuenta a efectos de mantener el principio de igualdad".*

Por ello resuelve: *" Estimar parcialmente el recurso planteado por don Braulio y don Eleuterio , administradores mancomunados de la empresa COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, anulando la Resolución de fecha 22 de julio de 2009, por la que se adjudica con carácter provisional el contrato para el "Servicio de Difusión de Información Meteorológica a través de emisoras de radio", entendiendo que procede actuar con arreglo a lo establecido en el artículo 113.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , por lo que se ordena retrotraer las*



actuaciones al trámite de valoración de las ofertas, procediéndose a la completa valoración de las mismas, de acuerdo con los criterios previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares".

La Mesa de contratación, reunida para la adjudicación provisional del concurso el día 26 de octubre de 2009, acuerda no valorar el criterio "Control de Calidad" en relación con ninguno de los licitadores, a la vista de que tanto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como el Informe de Valoración del Servicio Técnico le dan tratamiento de requisito de solvencia, por lo que estima que su valoración no sería ajustada a derecho.

Por ello y a la vista de que se considera ajustada a derecho y suficiente para elevar propuesta de resolución la puntuación de los restantes criterios técnicos y económicos contenidos en el Informe Final del Servicio Técnico de 1 de julio de 2009, la mesa eleva al órgano de contratación propuesta de adjudicación a favor de LAVINIA TEC-COM, SL.

De acuerdo con los criterios del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la puntuación obtenida por las empresas licitadoras y calificadas, ordenadas de mayor a menor, según la citada acta de la reunión de la Mesa de contratación, son:

- LAVINIA TEC-COM: 63,00 puntos (Valoración Técnica 8 y Valoración Económica 55)
- COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL: 61,43 puntos (Valoración Técnica 30 y Valoración Económica 31,43)

En consecuencia la Mesa de Contratación acordó con fecha 29 de octubre de 2009 proponer la Adjudicación Provisional del Contrato a la empresa LAVINIA TEC-COM por la cantidad de 415.280,00 euros con un plazo de ejecución de VEINTICUATRO MESES, siendo aprobada la adjudicación provisional del contrato en los términos expuestos mediante resolución del órgano de contratación, el Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, de fecha de 30 de octubre de 2009.

El 11 de noviembre de 2009, la empresa COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, presentó recurso especial de contratación al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), contra la Adjudicación Provisional del Contrato.

Con fecha 10 de diciembre de 2009, el Presidente de AEMET como Órgano de Contratación, dictó resolución desestimatoria del recurso especial. Por lo que ahora nos interesa esta resolución muestra su conformidad con el hecho de que la Mesa de Contratación acordara no valorar el criterio de "Control de Calidad" al considerar que este criterio, tal como es enunciado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y es abordado en el informe de valoración del Servicio Técnico de AEMET, recibe un tratamiento propio de criterio de solvencia, al referirse a la experiencia de los licitadores, y no de valoración.

Con fecha 22 de diciembre de 2009 se aprobó por Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología la adjudicación definitiva Contrato de servicio de difusión de información meteorológica de la Agencia Estatal de Meteorología a través de emisoras de radio a la empresa LAVINIA TEC-COM, S.L. por la cantidad de 415.280,00 €, con un plazo de ejecución de VEINTICUATRO MESES desde la firma del contrato.

Las resoluciones administrativas recurridas en el procedimiento ordinario número 104/2009, seguido en el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 2, al que se encuentra acumulado el procedimiento ordinario número 26/2010, seguido en el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, son las siguientes:

- 1.- Resolución de fecha 22 de julio de 2009, dictada por el Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, por la que se aprueba la adjudicación provisional del concurso en favor de la empresa LAVINIA TEC-COM, S.L.
- 2.- Resolución del Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, dictada con fecha 15 de octubre de 2009, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L. y se ordenó retrotraer las actuaciones al trámite de la valoración de las ofertas.
- 3.- Resolución de fecha 30 de octubre de 2009, dictada por Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, por la que se aprueba la adjudicación provisional del concurso del "Servicio de difusión de información meteorológica de la Agencia Estatal de Meteorología a través de emisoras de radio" a la empresa LAVINIA TEC-COM, S.L.
- 4.- Resolución de fecha 10 de diciembre de 2009, dictada por el Presidente de Agencia Estatal de Meteorología, por la que se desestima el recurso especial de contratación interpuesto por COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L. contra la adjudicación provisional del concurso a la empresa LAVINIA TEC-COM, S.L., aprobada por el Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología con fecha de 30 de octubre de 2009.



5.- Resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, dictada por el Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, por la que se aprueba la adjudicación definitiva del concurso del "Servicio de difusión de información meteorológica de la Agencia Estatal de Meteorología a través de emisoras de radio" a la empresa LAVINIA TEC-COM por la cantidad de 415.280,00 €, con un plazo de ejecución de VEINTICUATRO MESES desde la firma del contrato.

TERCERO.- Como primer motivo de apelación, alega la recurrente que la no apreciación por la sentencia de instancia de la extemporaneidad de la presentación de la oferta por la empresa adjudicataria, al no haber entregado toda la documentación antes de las 13,00 horas del día 5 de junio de 2009, vulnera lo dispuesto en el artículo 80 del Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En respuesta a tal alegación ya realizada en la instancia, manifiesta la sentencia del juzgador a quo lo siguiente:

"Por lo que respecta a la extemporánea presentación de la oferta el motivo recursivo descansa, en esencia, sobre dos hilos argumentativos. En primer lugar, se sostiene que los acuses de envío son del día 5 de junio de 2.009 a las 12:56 y 12:57 horas - pues el tercero resulta ilegible- siendo que la justificación de la remisión de la oferta vía fax, esto es, los acuses de envío, se realizaron el mismo día a las 12:28 horas desde la sede social de la mercantil que dista a 2,2 km de distancia de la oficina de correos. Por otro lado, se añade que la documentación relativa a la oferta llegó a AEMET el 8 de junio de 2.009, habiendo finalizado el plazo de presentación de las ofertas o de las solicitudes de participación tres días antes, en concreto, a las trece horas del día 5 de junio de 2.009, luego se incumple el requisito de su temporánea presentación.

El apartado segundo del art. 80 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RG), establece la posibilidad de presentar las ofertas mediante su entrega "en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio o enviados por correo dentro del plazo de admisión señalado en aquel, salvo que el pliego autorice otro procedimiento, respetándose siempre el secreto de la oferta."

En el presente supuesto, la presentación se efectuó por correo por lo que debe traerse a colación el tenor del art. 80.4 del referido texto legal, que literalmente transcrito establece: "Cuando la documentación se envíe por correo, el empresario deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día. También podrá anunciarse por correo electrónico, si bien en este último caso sólo si se admite en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El envío del anuncio por correo electrónico sólo será válido si existe constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifica fidedignamente al remitente y al destinatario. En este supuesto, se procederá a la obtención de copia impresa y a su registro, que se incorporará al expediente.

Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio. Transcurridos, no obstante, diez días siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la documentación, ésta no será admitida en ningún caso."

Pues bien, debe anticiparse que cualquier juego interpretativo sobre la hora de presentación de la oferta en la oficina de correos puesta en relación con la ubicación de la mercantil (2,2 km) no puede abonar el planteamiento de la extemporánea presentación de la oferta. La documentación relativa a la oferta, compuesta por tres sobres, se presentó en la oficina de correos antes de las 13:00 horas del día 5 de junio de 2.009, constando en el ticket emitido por correos las 12:57 horas, luego la presentación de la oferta se produjo temporáneamente.

Ciertamente, se aprecia una discordancia temporal entre la hora reflejada en los acuses de envío de la oficina de correos o el ticket y el fax remitido por la adjudicataria -compuesto por dos hojas- en el que consta como remitido el mismo día a las 12:28 horas, no evidenciando una conclusión lógica que el fax se remita cuando aún no han sido tramitados los correspondientes acuses de recibo y es presentada la documentación que el mismo ha de anunciar. Ahora bien, partimos de un hecho incuestionable como es que la oferta se presentó formalmente en la oficina de correos a las 12:57 horas, lo que acredita la imposición del envío en la oficina de Correos en tiempo y forma, es por ello que la extemporaneidad no puede sustentarse en la mera distancia existente entre la oficina de correos y la sede social de la mercantil o en una irregularidad horaria en el fax porque el anuncio al órgano de contratación de la remisión de la oferta se efectuó mediante fax "en el mismo día".

Por otro lado, queda acreditado mediante certificado emitido por el Jefe de Sección que la documentación se recibió en AEMET en plazo, concretamente en fecha ocho de junio de 2.009 (vid. f. 59 del expediente)".

El motivo de apelación debe ser rechazado. Frente a los razonamientos expuestos no pueden prosperar las alegaciones realizadas por la parte recurrente, pues, tal y como afirma el juzgador a quo, consta que la



presentación de la documentación relativa a las ofertas por la empresa adjudicaría en la oficina de correos tuvo lugar antes de las 13,00 horas del día 5 de junio de 2009, concretamente a las 12,57 horas. Así lo acredita la documentación remitida, con la ampliación del expediente administrativo, consistente en copia de los justificantes de los envíos por correo de la documentación, sin que el hecho de que con antelación a esa hora se anunciara al órgano de contratación la presentación de la oferta enerve dicha conclusión.

Consideración la anterior que se hace al margen de que resulte irrelevante que se certificara por el Jefe de Sección que la documentación se recibió en AEMET en plazo, concretamente en fecha ocho de junio de 2.009, pues en nada afecta este extremo al hecho de que se presentara o no en plazo en la oficina de correos.

CUARTO.- En segundo lugar, alega el recurrente frente a la sentencia de instancia que concurre ausencia de identidad entre la empresa que se presentó al concurso y la adjudicataria final, pues la primera es LAVINIA TV, mientras que la segunda es LAVINIA TEC-COM. Afirma que así lo certificó la Secretaria de la Mesa en su reunión de 19 de junio de 2009 al señalar que se presentó la primera, como consta en los envíos de correos de la documentación de la oferta, pese a lo que con posterioridad señalara la Mesa de Contratación. Igualmente, entiende que resulta contradictoria la argumentación de la sentencia recurrida en relación con la supuesta pertenencia de ambas empresas al mismo grupo empresarial, que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 86.3 del RD 1089/2001 .

En relación con esta cuestión razona la sentencia del juzgador a quo del siguiente modo:

"El hecho de que el folio 59 del expediente administrativo permita advertir que en el campo remitente consta "Lavinia TV" no puede acoger el vicio invalidante pretendido. Conviene señalar que ambas mercantiles pertenecen al mismo grupo empresarial y mantienen idéntico domicilio social, por lo que dada la similitud en los nombres comerciales resulta razonable la confusión, respondiendo ésta a un error material de transcripción o a una confusión que se arrastra desde los acuses de envío realizados en correos. Así, en los apartados relativos a remitente se consignó "Lavinia TV"; sin embargo, esta irregularidad en la transcripción por parte de la persona que se encargó de ejecutar la remisión de la documentación no alcanza el pretendido grado de anulabilidad, y ello no sólo porque en el encabezamiento de la documental remitida por fax consta que la mercantil remitente es "Lavinia TC", o al menos el fax desde el que se remite, y no Lavinia TV, -aunque el lugar de remisión del fax resulte en sí indiferente a estos efectos-, sino porque lo realmente relevante a los efectos jurídicos pretendidos es el Acuerdo de la Mesa de Contratación.

Importa recordar que la Mesa de contratación, órgano colegiado para proceder a la apertura y propuesta de adjudicación de los expedientes de contratación, presta asistencia al órgano de contratación entrañando sus acuerdos un acto de trámite, preparatorio del realmente resolutorio a dictar por el órgano de contratación cual es la resolución de adjudicación provisional, en la que tales actos de la Mesa resultarán ratificados, en su caso, bien aceptando la propuesta de adjudicación de la Mesa y confirmando, expresa o tácitamente, sus acuerdos sobre admisión y exclusión de los licitadores, o bien resolviendo las reclamaciones presentadas por los interesados contra los acuerdos de la Mesa, tal y como dispone el art. 87.1 RG, concordante con el segundo párrafo del art. 37.2 LCSP . Asimismo, tanto la admisión o exclusión de licitadores que realiza la Mesa como la propuesta de adjudicación provisional que ésta formula, son actos de trámite que deciden indirectamente sobre la adjudicación, y susceptibles del recurso especial instaurado en el art. 37 LCSP para determinados actos preparatorios y para determinados actos de trámite que se adopten en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, y que, en tales casos, sustituye a los recursos administrativos ordinarios como paso previo a la interposición del recurso contencioso- administrativo.

Debe añadirse que no obstante lo expuesto el RG alberga preceptos relacionados con los acuerdos de la Mesa de contratación que posibilitan que los interesados puedan formular directamente reclamaciones ante la propia Mesa o ante el órgano de contratación, al margen del referido recurso especial ex art. 37 LCSP , preceptos que, haciendo referencia a determinados aspectos del procedimiento de adjudicación a que se refiere el segundo párrafo del art. 37.2 LCSP , y sobre los que ésta no contiene normativa expresa al respecto, puede interpretarse que continúan siendo de aplicación. Tales aspectos aparecen confusamente contemplados en los arts. 83.6, 84 y 87.1 RG.

El art. 83.6 RG preceptúa que "antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la Mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes..". Se observa pues que las normas del art. 83 RG no hacen referencia alguna a la posibilidad de que los licitadores formulen reclamaciones escritas contra los acuerdos de admisión y exclusión a la licitación notificados verbalmente por la Mesa de contratación en el acto público de apertura de proposiciones. No obstante, la posibilidad prevista en el art. 87.1 RG de que los licitadores presenten reclamaciones derivadas de observaciones o reservas en relación con el acto de apertura



de las proposiciones económicas, resulta incluso aplicable a cualquiera de los acuerdos que adopte la Mesa en el procedimiento de adjudicación, tal y como doctrinalmente se viene sosteniendo.

Descendiendo a nuestro particular supuesto, la Mesa se pronunció en el acto de la apertura pública de las ofertas económicas, precisamente a instancias del representante de la aquí recurrente, solventando una aclaración sobre la denominación completa de la empresa Lavinia, comprobándose que tanto el certificado de clasificación como los sobres revelaban sin lugar a ningún género de dudas que la empresa ofertante era la adjudicataria final, Lavinia Tec-Com SL, tal y como la documentación aportada revelaba, y como ratifica la Secretaria de la Mesa de contratación en su declaración testifical prestada ante este órgano jurisdiccional, "incluida la propuesta que firmaba el apoderado" según apunta en tal declaración.

Esta función de pronunciarse sobre la calificación de la documentación acreditativa de la personalidad jurídica, representación, capacidad y solvencia - "documentación general"- es una función propia de la Mesa que aparece regulada en los arts. 81 y 82 RG, y que se extiende incluso a posibles subsanaciones y acuerdos de admisión y exclusión -como ocurrió con la mercantil ALDA COMUNICACIÓN-, y que se efectúa verbalmente en el acto público de apertura de proposiciones (art. 83.4 RG), siendo notificados los acuerdos posteriormente. Es por ello, que no se aprecia vicio invalidante y el motivo ha de perecer.

De otro lado, procede señalar que de conformidad con el art. 86 RG el requisito de la declaración de pertenencia un grupo de empresas sólo resulta exigible cuando se trate del supuesto de participación de varias empresas pertenecientes al mismo grupo en la misma licitación, no siendo éste el supuesto".

El motivo de apelación no puede prosperar. Los razonamiento del juez a quo dan respuesta adecuada a la alegación de la parte recurrente, debiendo destacarse el hecho de que, en la reunión de la Mesa de Contratación de 26 de junio de 2009, tras ser excluida la empresa ADALA COMUNICACIÓN por no haber subsanado las deficiencias apreciadas y durante la sesión pública en la que se llevó a cabo la apertura de las ofertas económicas, en respuesta a la solicitud de aclaración formulada por el representante de COMUNICACIÓN DINAMICA AUDIVISUAL sobre la denominación completa de la empresa LAVINIA, se afirmara por la Mesa que comprobados el certificado de clasificación y los sobres, se constataba que LAVINIA en todos los documentos figuraba como LAVINA TEC-COM SL.

Por otro lado, resulta también relevante el hecho de que la oferta económica de la última empresa citada, obrante en el expediente, apareciera suscrita por LAVINIA TEC-COM, S.L., tal y como pone de manifiesto el contenido del expediente administrativo.

Por consiguiente, resulta irrelevante que en los justificantes de la oficina de correos de envió de la documentación de las ofertas conste como remitente Lavinia TV.

Por otro lado, el hecho de que reunida la Mesa de contratación el 19 de junio de 2009 para la calificación de documentación en relación con el expediente de contratación, la Secretaria informara que, de acuerdo con el certificado del Registro de la Agencia Estatal de Meteorología de 5 y 8 de junio de 2009, se habían presentado en tiempo y forma las empresas ADALA COMUNICACIÓN, COMUNICACIÓN DINAMICA AUDIOVISUAL y LAVINIA TV, acordando concederles tres días hábiles para subsanar cierta documentación, debe ser reputado a un mero error en la indicación de esta última empresa licitadora, pues, como se ha dicho, se comprobó posteriormente por la Mesa a solicitud de otro licitador el verdadero nombre completo de la empresa que presentó la oferta -por error de nuevo en la indicación del nombre de la sociedad en el acta de dicha reunión se le añadió una "S" indebidamente-.

En relación con esta última circunstancia, la Secretaria de la Mesa de Contratación en la declaración testifical prestada en la instancia afirmó que se limitó a indicar en el acta el nombre de las empresas que se consignaba en el Registro de la Agencia Estatal de Meteorología, es decir, sin comprobar la documentación presentada por los licitadores.

Tales errores materiales no pueden desvirtuar que en realidad la empresa licitadora era LAVINIA TEC-COM, S.L., como ponía de manifiesto el certificado de clasificación, los sobres donde se recogían las ofertas y el resto de documentación.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que en el procedimiento de adjudicación, una vez calificada la documentación presentada por los licitadores y subsanados, en su caso, los defectos u omisiones de la documentación presentada, deben determinarse las empresas que se ajustan a los criterios de selección de las mismas, fijados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo (artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, 12 de octubre , que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -RGLCAP-).



A continuación tendrá lugar el acto de apertura de proposiciones dándose lectura al anuncio del contrato y procediéndose seguidamente al recuento de las proposiciones presentadas y a su confrontación con los datos que figuren en los certificados extendidos por los jefes de las oficinas receptoras de las mismas, hecho lo cual se dará conocimiento al público del número de proposiciones recibidas y nombre de los licitadores, dando ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados (artículo 83.2 RGLCAP). El Presidente manifestará el resultado de la calificación de los documentos presentados, con expresión de las proposiciones admitidas, de las rechazadas y causa o causas de inadmisión de estas últimas y notificará el resultado de la calificación en los términos previstos en el artículo anterior (artículo 83.4 RGLCAP). De modo que las ofertas que correspondan a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato y los sobres que las contengan no podrán ser abiertos (artículo 83.5 RGLCAP).

Antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento (artículo 83.6 RGLCAP).

Pues bien, tras la calificación de la documentación a que se refiere el artículo 81 del RGLCAP, tuvo lugar el acto de apertura de las ofertas, donde con carácter previo a la misma la Mesa hizo las comprobaciones oportunas para aclarar el nombre de la sociedad licitadora, a petición del la empresa aquí recurrente, constatando mediante la documentación examinada -el certificado de clasificación de la empresa y los sobres- que se trataba de LAVINIA TEC-COM, S.L., lo que se puso en conocimiento de aquel, quien no hizo reparo u observación alguna al respecto. Es mas, con posterioridad, una vez hechas públicas las ofertas económicas, se interesó por la acreditación de la experiencia profesional por esta concreta licitadora.

En consecuencia, la Mesa de Contratación en ejercicio de las facultades que tenía conferidas reglamentariamente y en un trámite idóneo a tal fin, procedió a subsanar válidamente un error padecido en el anterior acto de calificación de documentación, relativo a la consignación del nombre de una de las empresas licitadoras, y lo hizo con carácter previo a la apertura de las ofertas, a solicitud de otro de los licitadores que albergaba dudas al respecto.

QUINTO.- En tercer lugar, alega la apelante incumplimiento de los requisitos técnicos por la adjudicataria, en base a que para la adjudicación del contrato de asistencia técnica era necesario acreditar experiencia en la realización de trabajos compatibles con los que describe el pliego de prescripciones técnicas, según se establece en el apartado 3.5 del mismo "Experiencia Acreditada", lo que no podría resultar acreditado por la clasificación exigida (T 4 B, realización de material audiovisual), pues esta acredita la solvencia económica, financiera y técnica de la empresa, pero no su experiencia en la gestión de servicios de información pública a través de emisoras de radio como los del pliego. Por ello, afirma que la recurrente debió ser excluida del concurso.

Esta cuestión recibió ya respuesta por la sentencia recurrida en los siguientes términos:

"Por lo que respecta al cumplimiento de los requisitos de experiencia y objeto social, estas alegaciones ya resultaron resueltas en vía administrativa al igual que el resto de las deducidas, y con base en unos razonamientos que este proveyente comparte plenamente. No obstante, importa añadir que la desestimación de que fuera Lavinia TV la empresa que presentara la oferta y no la adjudicataria conduce a línime a la improsperabilidad del motivo por cuanto la propia recurrente no cuestiona que la adjudicataria estuviese clasificada -vid. pág. 5 del escrito de demanda-. Es más, el pliego de prescripciones técnicas debe especificar las características técnicas de la prestación y la definición de sus calidades, no siendo su objeto o ámbito establecer los requisitos de las empresas licitadoras sino definir la prestación (art. 100 y 101 LCSP), esto es, son documentos complementarios de los pliegos de cláusulas administrativas particulares en lo referente a la concreción y descripción del objeto del contrato, y aunque ciertamente los arts. 100 y 101 LCSP no nos proporcionan un concepto delimitador resulta procedente en estos supuestos remitirnos a la definición de "especificación técnica" contenida en el Anexo IV de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios.

El Pliego de Prescripciones Técnicas establece en su apartado "3.5.- Experiencia acreditada", que "Para la adjudicación de esta Asistencia Técnica será condición necesaria acreditar experiencia en la realización de trabajos compatibles con los que describe este Pliego de Prescripciones Técnicas.". Por tanto, se exige experiencia en "trabajos compatibles" no se emplea el término trabajos "idénticos" evidenciando una interpretación extensiva del concepto que termina allí donde quiebra la compatibilidad. Resulta incuestionable que la recurrente atesora una amplia experiencia en la gestión de los servicios objeto de la licitación, pero no



puede soslayarse que la experiencia en trabajos compatibles resulta admisible a los efectos que aquí importan, pues cabe acoger que lo que se pretende es incrementar el número de licitadores y fomentar la competencia, de ahí la elección del procedimiento abierto de adjudicación; y en cualquier caso de resultar que la ejecución del contrato por parte de la adjudicataria alumbra incumplimientos es llano que dispone la Administración de herramientas jurídicas para solventar o acometer los mismos. Pero es más, no resulta argumentativamente coherente alegar la ausencia de experiencia de la adjudicataria y reconocer a posteriori, en el escrito de conclusiones, que Lavinia Tec-Com prestaba el servicio denominado METEOSIM, "que ya estaba ofreciendo", como literalmente se indica.

Por último, pese a que la recurrente alega que el objeto social de la adjudicataria no guarda relación con el objeto del contrato procede argüir que la documentación aportada por la adjudicataria permite comprobar que la radio es uno de los medios de comunicación comprendidos en el objeto social de la licitadora y adjudicataria provisional y final. Así, en el párrafo tercero del artículo segundo se indica: "La sociedad también llevará a cabo la prestación de servicios de gestión gerencial, técnica y de equipamientos y de gestión técnica de producción y/o post-producción de televisión, radio, medios de comunicación en general y para la prensa escrita incluso en soporte on line, así como la realización, producción y/o postproducción de programas para cualquiera de estos medios."

La Sala acoge la interpretación que hace el "juez a quo" del criterio recogido en la prescripción técnica 3.5 del pliego que rige el concurso, relativa a "Experiencia acreditada", que se refiere a la necesidad de necesidad acreditar experiencia en la realización de trabajos "compatibles" con los que describe el pliego de prescripciones técnicas, pero no "idénticos", ni tan siquiera "análogos", sino simple y llanamente compatibles. Entre ellos que se encuentran, sin duda, los relativos a los servicios prestados por la adjudicataria, destinados a la producción audiovisual, en particular en televisión, cine y publicidad, tanto en la producción de programas de actualidad, de entretenimiento, de ficción, documentales y en publicidad para agencias, tal y como acredita la adjudicataria y reconoce el recurrente en su escrito de apelación.

Si se hubiera querido establecer como exigencia para la adjudicación del concurso la experiencia técnica en lo que constituye el concreto objeto de la asistencia técnica, es decir, en la difusión de información de servicio público a través de emisoras de radio, así se habría establecido específicamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En cualquier caso la solvencia económica, financiera y técnica requerida por el Pliego de cláusulas administrativas particulares se concretó mediante la exigencia de clasificación en el grupo T, subgrupo 4, categoría B, siendo aquellos, según el Anexo II del RLCAP "la realización de material audiovisual: trabajos de producción de películas, videos, discos, casetes, fotos, diapositivas y otros productos audiovisuales" y correspondiendo esta última a aquellos contratos en los que la anualidad media es igual o superior a 150.000 euros e inferior a 300.000 euros. Clasificación que acreditó la empresa adjudicataria en la fase de solvencia. Igualmente, se exigieron determinados medios de personal y materiales, respecto de cuyo cumplimiento por la adjudicataria no se ha suscitado controversia.

En relación con esta última cuestión, conviene hacer algunas observaciones que ponen de manifiesto la irregularidad que supone la exigencia de experiencia a través del pliego de prescripciones técnicas, que el artículo 66.1 del RGLCAP, que sirve de desarrollo al artículo 98 de la LCSP, establece que "Los pliegos de cláusulas administrativas generales contendrán las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas, que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo además de las establecidas en la legislación de contratos de las Administraciones públicas".

Asimismo, el artículo 67 del RGLCAP, que sirve de desarrollo al artículo 99 de la LCSP, relativo al "Contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares", establece en su apartado primero que "Los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte de aplicación o estén en contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate". Además, según su apartado sexto, se establece que "En los contratos de consultoría y asistencia los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes: (...) b) Criterios de selección basados en los medios de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica conforme a los artículos 16 y 19 de la Ley".

Sin embargo, el pliego de prescripciones técnicas tiene por objeto establecer las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar, y en su caso, los requisitos,



modalidades y características técnicas de las variantes, según establece el artículo 68 del RGLCAP, que sirve de desarrollo al artículo 100 de al LCSP .

Por consiguiente, los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica que hayan de cumplir los licitadores se han de recoger en el pliego de cláusulas administrativas particulares, tal y como se estableció en el pliego que rige el concurso que nos ocupa, y resultan ajenos al contenido propio del pliego de prescripciones técnicas.

A lo expuesto debe añadirse que la "experiencia" exigida a los licitadores constituye condición inherente a su solvencia técnica o profesional, y en ningún caso puede constituir criterio de adjudicación, como más adelante tendremos ocasión de justificar. Y, aunque no extraigamos ninguna consecuencia jurídica invalidante del hecho de que una exigencia de tal naturaleza se establezca indebidamente en el pliego de prescripciones técnicas, pues tal cuestión queda al margen del objeto de controversia en este recurso de apelación y en el recurso de instancia, conviene dejar desde ahora realizada esta consideración.

SEXTO.- En cuarto lugar, se esgrime frente a la sentencia apelada la vulneración del procedimiento previsto el pliego de cláusulas administrativas particulares para los contratos de servicios a adjudicar por el procedimiento abierto (apartado IV, punto 4.1, párrafos séptimo y noveno), pues no se informó a los licitadores de la valoración técnica de cada licitador antes de la apertura y lectura de las ofertas económicas y se omitió la valoración de apartado A.1 "Control de Calidad" del Anejo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares como criterio de valoración técnica de las ofertas.

En relación con esta cuestión se razona en la sentencia recurrida del siguiente modo:

"En esencia, aduce la actora que la Mesa de contratación incumplió el pliego de condiciones administrativas particulares al no comunicar, denegando así la petición efectuada del representante de la recurrente, el resultado de la primera fase de valoración correspondiente a la oferta técnica, irregularidad causante de indefensión. Sobre este particular debe señalarse que la recurrente conocía los resultados de la valoración técnica tal y como se deduce de sus alegaciones al primer recuso especial, a lo que debe añadirse que se le indicó la posibilidad de obtener información relativa al resultado vía art. 37 LCSP . Asimismo, tras la estimación parcial del primer recurso especial en materia de contratación, y al ordenarse la retroacción del procedimiento, la recurrente conocía plenamente el resultado de la valoración técnica.

A juicio de la actora otra irregularidad invalidante procede de las puntuaciones finales obtenidas por las empresas licitadoras; sostiene que la Mesa de contratación omitió la valoración contenida en el apartado A.1, -Control de Calidad 5 puntos- , y ello pese a haber sido aprobado el Pliego por la Abogacía del Estado. El citado criterio de valoración se encuentra en el Anejo nº 3 del PCAP, señalando dentro de la valoración técnica de la oferta, apartado A, que se puntuaría A.1: "Control de calidad 5 puntos: a) Instalaciones Técnicas, medidas para garantizar la calidad y medios de estudio e investigación de la empresa. 5 puntos".

Los medios para acreditar la solvencia aparecen claramente detallados en los arts. 64 a 68 LCSP , y en lo que aquí interesa el art. 67.c) LCSP determina como medios para acreditar la solvencia: "Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.". Pues bien, tal y como advierte la Abogacía del Estado, los términos son literales, y siendo los acuerdos de la Mesa actos cuya naturaleza es la de actos de trámite preparatorios del acto resolutorio que es la resolución de adjudicación provisional, en cualquier caso sería sobre ésta que ratifica el acuerdo de la Mesa sobre la que habría que poner el acento. Pues bien, resulta que la adjudicación provisional ha ratificado el acuerdo de la Mesa de no valorar el citado criterio, y tal proceder no resulta arbitrario porque como se advierte era un criterio de valoración ya tenido en cuenta a efectos de solvencia, por lo que otorgar puntuación a un criterio que es un requisito sí podría introducir un efecto perverso en la puntuación final de los licitadores, en cualquier caso, de haberse valorado tal criterio -que resultó aplicado de igual modo a todos los licitadores- la puntuación de las contendientes por este apartado sería idéntica.

En este sentido, como expone la Abogacía del Estado, la no admisión de un requisito como técnico cuando ya ha sido contemplado como requisito de solvencia resulta una cuestión admitida desde el Informe 13/1998 de 30 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ("Improcedencia de emplear como criterios objetivos de valoración de las proposiciones en los concursos los medios que se especifican para valorar la solvencia de las empresas y, en concreto, la experiencia de los suministradores. Formas de adjudicación. Junta Consultiva de Contratación Administrativa."), a lo que debe añadirse que no puede ser modificada la valoración técnica una vez abiertas las ofertas económicas, de conformidad con el art. 134 y 135 LCSP , ello al objeto precisamente de evitar la posibilidad de adaptar la oferta económica.

En definitiva, la Mesa de Contratación, reunida para la adjudicación provisional el día 26 de octubre de 2009, acordó no valorar el criterio "Control de Calidad" en relación con ninguno de los licitadores, al calificarse como



requisito de solvencia a la vista del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por lo que la puntuación final quedó en 63 puntos para Lavinia TEC-COM, y 61,43 para CDA. A mayor abundamiento y para evitar reiteraciones innecesarias procede remitirnos a la resolución de fecha 15 de octubre de 2.009, y a las propias aclaraciones contenidas en la declaración testifical de D. Juan Ramón , responsable del informe de valoración técnica".

El motivo de impugnación de la sentencia de instancia debe prosperar, pues la Sala no comparte los razonamientos del juez a quo y asiste la razón a la parte apelante.

La adecuada comprensión de la relevancia que en el procedimiento de adjudicación presenta, por un lado, la separación y sucesión de sus diferentes fases y, por otro, el escrupuloso respeto que merece la aplicación de todos y cada uno de los criterios o subcriterios de adjudicación establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, con exclusión de cualesquiera otros no previstos en estos, aconseja hacer algunas consideraciones de carácter general al respecto.

Con carácter previo y general debe recordarse, como lo hace la STS de 16 de febrero de 2010, rec. 3690/2007 , reiterando lo declarado en la STS de 17 de octubre de 2007, rec. 3171/1995 , que *"Entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está el de igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública, y, por tanto, el procedimiento de contratación tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de licitación: el principio de publicidad, el principio de la libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades"*.

En este sentido, el artículo 123 de la LCSP -hoy artículo 139 del TRLCSP-, somete el procedimiento de adjudicación y al órgano de contratación a los principios de igualdad y no discriminación por lo que respecta al trato que deben recibir los licitadores y candidatos, y al principio de transparencia en lo que atañe a la actuación de aquel.

En la adjudicación de un contrato por el procedimiento abierto deben diferenciarse claramente dos fases: una primera fase en la que se procede a la admisión de las empresas candidatas, mediante el examen de los medios de que han de disponer para la ejecución del contrato -solvencia-, y una segunda fase posterior, donde se procede a la valoración de las ofertas de aquellas empresas presentadas y admitidas-valoración de las ofertas-. De este modo, en el proceso de adjudicación de un contrato, solo se reconocerán como válidas las ofertas de aquellas personas físicas o jurídicas que las hayan presentado con las exigencias formales previstas y cumplan con los requisitos de solvencia exigidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, declarándose su admisión como licitadores en el procedimiento, para a continuación proceder al análisis de los criterios de adjudicación, que conducirá, por lo general, a la resolución de adjudicación del contrato a favor de uno de los licitadores.

Por consiguiente, la acreditación de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes. De manera que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia, que tienen por finalidad determinar la capacidad económica, financiera y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser empleados para valorar la mejor oferta u oferta económicamente más ventajosa.

Se distingue así claramente en la LCSP entre criterios de solvencia de la empresa, que constituyen notas definitorias de la misma, y los criterios de adjudicación, que deben referirse a las características de la oferta y vincularse al objeto del contrato.

Los primeros hacen referencia a las condiciones mínimas de solvencia económica, financiera y profesional o técnica que han de reunir los empresarios licitadores para tener aptitud para contratar y deben constar en el anuncio de la licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares -con referencia a su objeto y proporcionales al mismo-, tal y como se desprende del artículo 51 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) -hoy artículo 62 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP)-.

De modo que estos criterios se vinculan a la situación económica y financiera del empresario, así como a sus características - experiencia, cualificación técnica y profesional, medios personales, instalaciones y medios materiales, etc.-, según se establece en los artículos 63 a 73 de la LCSP -hoy artículos 74 a 84 del TRLCSPP-. De hecho la exigible solvencia se sustituirá por la clasificación, cuando esta sea exigible con arreglo a la Ley, sin perjuicio de que adicionalmente quepa exigir también el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes para ello, conforme a lo dispuesto en los pliegos (artículo 64.2 de la LCSP y artículo 75.2 del TRLCSPP)

Sin embargo, los criterios de adjudicación que enumera el artículo 134.1 de la LCSP -hoy artículo 150.1 del TRLCSPP- presentan la nota común de referirse a la prestación objeto del contrato (calidad, precio, cantidad, plazo de ejecución, coste de utilización o rentabilidad, características, mantenimiento, etc), sin perjuicio de



que la enumeración que efectúa dicho artículo no sea exhaustiva, pues termina con la referencia a "otros semejantes".

Como ya manifestamos en el anterior fundamento de derecho, los criterios que han de 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, según prevé el artículo 134.2 de la LCSP -hoy artículo 150.2 del TRLCSP- y el artículo 67 del RGLCAP. De modo que los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse, según establece el artículo 134.5 de la LCSP -hoy artículo 150.5 del TRLCSP-.

De ahí, que conforme a la reiterada jurisprudencia del TJUE - TJCE- (sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes/Estado de los Países Bajos, asunto 31/1987, y de 24 de enero de 2008, cuestión prejudicial planteada por Grecia, Emm. G. Lianakis AE, C-532/06), no sea posible establecer o utilizar como criterios de adjudicación características propias de las empresas, pues estas serían, en su caso, condiciones de solvencia, como presupuesto de su aptitud para contratar

En cualquier caso existen ciertas matizaciones a este principio de separación entre "criterios de solvencia" y "criterios de adjudicación", pues no cabe afirmar de forma tajante que se impida la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones que, aún pudiendo ser consideradas como posibles criterios de solvencia, guarden, sin embargo, relación directa con el objeto del contrato en la medida en que son decisivas para valorar cuál es la oferta más ventajosa para el órgano de contratación.

En definitiva, sin perjuicio de tale matización y centrándonos en el procedimiento abierto, procede afirmar que los criterios de solvencia, establecidos en los pliegos, en ningún caso serán objeto de valoración para la adjudicación. El resultado de su aplicación determinará si los ofertantes poseen o no la solvencia exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares, necesaria para la ejecución del contrato, pero no si la ostentan en mayor o menor grado que el resto de participantes con el objeto de determinar la oferta más ventajosa.

Por el contrario los criterios de adjudicación sí son objeto de evaluación para determinar la oferta más ventajosa, pues precisamente su finalidad es la de servir a la valoración de las diferentes ofertas para determinar aquella que resulta económicamente más ventajosa. De ahí que a los criterios de solvencia también se les denomine criterios de aptitud, de selección o de admisión previa, y a los criterios de adjudicación igualmente se les conozca como criterios de valoración.

Pues bien, sentada la anterior y relevante distinción, el principio de igualdad de trato en materia de contratación administrativa comporta una obligación de transparencia tal, que exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores o criterios que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (véase STJUE de 24 de enero de 2008, cuestión prejudicial planteada por Grecia, Emm. G. Lianakis AE, C-532/06).

Igualmente, afirma la STS de 16 de febrero de 2010, rec. 3690/2007, que el pliego de condiciones particulares constituye la norma fundamental del contrato y se caracteriza por ser una verdadera ley contractual, con preferencia a la aplicación a cualquier otra norma. De hecho la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa que constituye el ejercicio de una potestad discrecional, siempre se encuentra sujeta a los criterios objetivos previamente establecidos en el pliego, que vincula a ambas partes (STS de 11 de octubre de 2012, rec. 3253/2009).

Cuando el artículo 99.3 de la LCSP -hoy artículo 115.3 del TRLCSP- afirma que "*Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos*", se proclama un principio sustancial en materia de contratación pública: el pliego de condiciones en la contratación administrativa constituye la legislación del contrato, "lex contractus", con fuerza vinculante para el contratista y la Administración contratante, ya que las cláusulas del mismo fijan las condiciones del acuerdo de voluntades, de manera que la modificación de alguna determinante del consentimiento prestado ocasiona la nulidad del contrato celebrado. De modo que la participación en el concurso por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en el pliego que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación al cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión. Por ello, aunque la Administración ostenta cierto margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de los criterios de adjudicación que condicionarán la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo mismo por lo que respecta a la aplicación particularizada a cada uno de los concursantes de los expresados criterios a la vista de la documentación presentada, pues en esta fase la Administración debe respetar absolutamente las reglas previamente establecidas por ella en el correspondiente pliego. De ahí la relevancia tanto de los pliegos de cláusulas administrativas generales, como del pliego de cláusulas administrativas



particulares - que recogerán los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato, ex artículo 134.2 de la LCSP y artículo 150.2 del TRLCSP- y del Pliego de prescripciones técnicas -que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, ex artículo 100.1 de la LCSP y 116.1 del TRLCSP- (en este sentido véanse las SSTs de 27 de mayo de 2009, rec. 4580/2006 , y de 9 de julio de 2012, rec. 2516/2009).

Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios ni reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de valoración para la adjudicación que no haya puesto previamente en conocimiento de los participantes, es decir, no contenidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, ni puede dejar de aplicar criterios de selección o de valoración para la adjudicación o subcriterios establecidos en los pliegos.

Asimismo, los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación impiden la modificación de los criterios de adjudicación durante el procedimiento, e implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (SSTJUE de 18 de noviembre de 2011, Comisión contra Irlanda, asunto C-226/09, apartados 59 y 60, y de 4 de diciembre de 2003, EVM y Wienstrom, cuestión prejudicial C-448/01 , apartado 92)

En sentido análogo, la modificación de la ponderación de los criterios de adjudicación a lo largo del procedimiento de adjudicación, una vez que las ofertas se examinaron por primera vez, " *supone modificar los criterios que sirvieron de base para efectuar el primer examen. Tal actuación no respeta el principio de igualdad de trato ni la obligación de transparencia que de él se deduce... sin que sea necesario demostrar que la modificación de la ponderación relativa tuvo un efecto discriminatorio hacia uno de los licitadores. Basta, a este respecto, que en el momento en que se efectuó tal modificación no pudiera excluirse tal efecto*" (SSTJUE de 18 de noviembre de 2011, Comisión contra Irlanda, asunto C-226/09 , apartados 62 y 63) .

Además, la exigencia de conocimiento previo por parte de los licitadores y de vinculación para el órgano de contratación no se limita a los criterios de adjudicación, sino que se extiende a cuál deba ser el peso específico -ponderación- de cada criterio en relación al conjunto, a las formulas matemáticas a emplear para la valoración de los criterios automáticos, a las pautas a observar y aspectos a valorar en los criterios dependientes de un juicio de valor y, a los órganos que deben llevar a cabo la evaluación. El principio de igualdad de trato de los operadores económicos y la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación (véase la STJUE de 24 de enero de 2008 , Cuestión prejudicial planteada por Grecia, Emm. G. Lianakis AE , C-532/06).

Ahora bien, ello no impide que cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos simplemente se enumeraren por orden decreciente de importancia en los pliegos, según prevé el artículo 134.4 de la LCSP (hoy artículo 150.4 del TRLCSP).

En este sentido, conviene precisar que la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2005 dictada en el asunto C- 331/04 , ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc. EAC Srl, en interpretación de los artículos 36 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, y 34 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, sostuvo 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 distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones, siempre que tal decisión: a) no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido **influir** en tal preparación, y b) no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Como consecuencia lógica de lo expuesto, la eventual nulidad de una cláusula sobre criterios de adjudicación afectará a todo el proceso de contratación al que extenderá su nulidad, puesto que " *los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...)* De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión (...) La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a



la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso" (véase la STJUE de 4 de diciembre de 2003, cuestión prejudicial C-448/01, EVM y Wienstrom, asunto C-448/01 , apartado 92 a 94).

Las anteriores consideraciones conducen a una primera conclusión: debe entenderse excluida la posibilidad de que la invalidez de una cláusula o criterio de adjudicación pudiera conllevar su inaplicación, sin extender el vicio al resto del proceso de contratación, de modo que se procediera a continuar con el procedimiento valorando las ofertas sin tener en cuenta el concreto criterio afectado por la nulidad pero sí los restantes, so pretexto de aplicación del principio de conservación de los actos y trámites administrativos del artículo 66 de la LRJPAC. Tal proceder lesionaría los principios de igualdad de trato y de transparencia que han de regir en los procedimientos de adjudicación.

En sintonía con lo hasta aquí expuesto, debe añadirse que la necesidad de mantener la objetividad e imparcialidad de la Mesa de contratación y, por ende, del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación, en aras de una mayor transparencia e igualdad de trato en la licitación, exige el escrupuloso respeto de los pliegos de cláusulas administrativas que constituyen la ley del contrato, y no solo vinculará a las partes en el cumplimiento y ejecución del contrato, sino también al órgano de contratación en el desarrollo de la licitación, el cual habrá de sujetarse de forma estricta a lo establecido en aquellos. Por ello, en el procedimiento de adjudicación, como decíamos, no podrán desvirtuarse o inaplicarse los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, ni tampoco realizarse interpretaciones diferentes de las que resulten estrictamente de la aplicación de los mismos, y con el mismo rigor debe exigirse el escrupuloso respeto al orden de los distintos trámites del procedimiento, en particular por lo que respecta a los trámites de valoración de los criterios de adjudicación, cuyo orden no podrá ser alterado, sin incurrir en causa de nulidad del procedimiento.

Resulta, por tanto, evidente la vinculación del órgano de contratación a los criterios y al procedimiento de adjudicación detallados en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo se recoge en el artículo 134.2 de la LCSP -hoy artículo 150.2 del TRLCSP-, donde con claridad se establece, por un lado, la sujeción obligatoria a aquellos criterios que han de servir de base para la adjudicación y, por otro, que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de formulas -valorables o evaluables de forma automática- se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia -no evaluables de forma automática por hallarse sujeto su cuantificación a un juicio de valor-, dejándose constancia documental de ello.

En consecuencia, debe destacarse que se verían comprometidas la imparcialidad y la objetividad en el proceso de adjudicación si el Organismo de contratación o la Mesa de contratación tuviesen un conocimiento anticipado de la proposición económica del licitador, que por constituir un criterio evaluable automáticamente y no dependiente de un juicio de valor, podría **influir** en la posterior valoración de los criterios no evaluables automáticamente en cifras o porcentajes o dependientes de un juicio de valor. Incluso podría **influir**, en detrimento de aquellos principios, en la valoración de los requisitos de capacidad de la empresa y en la resolución de las dudas que la misma pudiera suscitar a la Mesa de Contratación. Todo ello con el consiguiente riesgo de favorecimiento de una determinada oferta en razón a ese conocimiento previo, en perjuicio de las restantes ofertas, viéndose menoscabado el principio de igualdad de trato a los licitadores.

La necesidad de preservar la imparcialidad y objetividad en el proceso de adjudicación exige la separación necesaria entre la apertura de la documentación administrativa y la toma de conocimiento de la proposición económica, e impone el carácter secreto de todas las proposiciones, cuyo incumplimiento ha de conllevar la nulidad del procedimiento (STS de 2 de julio de 2004, rec. 3885/2000). Igualmente, aquella exigencia impone el escrupuloso respeto al orden en que han de sucederse las valoraciones de los distintos criterios de adjudicación, en función de su evaluabilidad automática por aplicación de fórmulas o mediante juicios de valor.

Repárese en que las garantías que la Ley establece en el procedimiento de adjudicación se encuentran, no tanto al servicio de la integridad de la oferta del licitador, como de los principios de transparencia en la licitación e igualdad de trato a los licitadores en el procedimiento que presiden el sistema de contratación; lo que requiere, por lo que ahora nos interesa, asegurar que la Mesa de Contratación no se verá afectada en su objetividad e imparcialidad por el conocimiento anticipado de la oferta económica del licitador.

Estas últimas consideraciones conducen a una segunda conclusión: La Mesa de Contratación no puede tener conocimiento de las proposiciones económicas de los licitadores con anterioridad a la valoración de los criterios técnicos, no valorables en cifras o porcentajes o dependientes de un juicio de valor, pues tal proceder menoscabaría los principios de imparcialidad y objetividad en el procedimiento de adjudicación que deben presidir su actuación.



Pues bien, el examen de los hechos acaecidos en el procedimiento de contratación que nos ocupa, expuestos en el fundamento de derecho segundo, ponen de manifiesto la infracción de las reglas contenidas en las dos conclusiones expresadas y, con ello, de los principios de igualdad de trato y transparencia, por un lado, y de los principios de imparcialidad y objetividad, por otro.

Recordemos que con fecha 26 de junio de 2009 se emitió el primer informe sobre valoración técnica de las ofertas, suscrito por el Jefe del Servicio de Comunicación e Imagen Corporativa, donde se valoró cada oferta técnica presentada, atendiendo exclusivamente a los parámetros del apartado A.7, denominado "El valor técnico". De modo que se omitió la valoración de otro de los criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, concretamente en su anejo número 3, relativo a los "criterios de valoración de la ofertas", apartado A "Valoración Técnica de la oferta (35 puntos)", subapartado A.1 "*Control de calidad (5 puntos): Instalaciones técnicas, medidas para garantizar la calidad y medios de estudio e investigación de la empresa*"

A continuación, en la reunión de la Mesa de contratación de 26 de junio de 2009 se llevó a cabo la apertura de las ofertas económicas, si bien el contenido de aquel informe de valoración técnica no fue puesto en conocimiento de los licitadores. No obstante, con posterioridad, se emitió un "Informe de valoración final de las ofertas", suscrito por el Jefe del Servicio de Comunicación e Imagen Corporativa con fecha 1 de julio de 2009, donde se incluye tanto un nuevo informe sobre valoración de la oferta técnica como la valoración de la oferta económica a fin de obtener la valoración final de las ofertas presentadas. Este último informe sobre valoración técnica de las ofertas no resultaba coincidente con el realizado el 26 de junio de 2009, pues comprendía la valoración del criterio técnico de "*Control de calidad (5 puntos): Instalaciones técnicas, medidas para garantizar la calidad y medios de estudio e investigación de la empresa*", establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y omitida en el primer informe técnico.

Finalmente, tras diversas incidencias y decidirse la exclusión de la valoración final de las ofertas de la concreta puntuación atribuida a los licitadores por este último criterio de valoración técnica - "*Control de calidad (5 puntos)*"-, con fecha 22 de julio de 2009 se aprobó por el Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología la adjudicación provisional del concurso en favor de la empresa LAVINIA TEC-COM.

Posteriormente, en resolución de un recurso especial en materia de contratación, presentado por la empresa COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, contra el citado acuerdo de Adjudicación Provisional, se anuló este acuerdo, ordenándose "*retrotraer las actuaciones al trámite de valoración de las ofertas, procediéndose a la completa valoración de las mismas, de acuerdo con los criterios previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*".

En ejecución de esta resolución la Mesa de Contratación, reunida el día 26 de octubre de 2009 para la adjudicación provisional del concurso, acuerda no valorar el criterio "*Control de Calidad*" en relación con ninguno de los licitadores, a la vista de que tanto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como el Informe de Valoración del Servicio Técnico le daban tratamiento de requisito de solvencia, por lo que estimaba que su valoración no sería ajustada a derecho. Por ello y a la vista de que se consideraba ajustada a derecho y suficiente para elevar propuesta de resolución la puntuación de los restantes criterios técnicos y económicos contenidos en el Informe Final del Servicio Técnico de 1 de julio de 2009, la Mesa elevó con fecha 29 de octubre de 2009 al órgano de contratación una propuesta de adjudicación a favor de LAVINIA TEC-COM, S.L., que fue aprobada mediante resolución del órgano de contratación de fecha de 30 de octubre de 2009.

Desestimado el recurso especial de contratación interpuesto por la empresa COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, con fecha 22 de diciembre de 2009 se aprobó por Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología la adjudicación definitiva Contrato de servicio de difusión de información meteorológica de la Agencia Estatal de Meteorología a través de emisoras de radio a la empresa LAVINIA TEC-COM, S.L.

En consecuencia, se ha incurrido en diferentes vicios de nulidad en el procedimiento de adjudicación. En primer lugar, se ha omitido la aplicación de uno de los criterios de valoración técnica establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sujeta a juicio de valor, continuándose el procedimiento de adjudicación en base al resto de criterios de valoración. En segundo lugar, la decisión de excluir la aplicación de tal criterio de adjudicación se ha llevado a cabo con posterioridad a conocer tanto la Mesa de contratación como el Órgano de contratación la propuesta económica de los licitadores, evaluable automáticamente por aplicación de fórmulas y no sujeta a juicio de valor, incumplándose la obligada sucesión de trámites del procedimiento de adjudicación establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el artículo 134.2 de la LCSP -hoy artículo 150.2 del TRLCSP-.

Así, además de prescindirse de uno de los criterios de valoración de la "oferta técnica" establecido en el pliego, se ha incumplido la prescripción contenida en el apartado IV, "Procedimiento de adjudicación", 4.1 "Examen de las proposiciones", donde se establece que "*Previamente a la apertura pública de las ofertas económicas*



contenidas en el "sobre B: oferta económica", la Junta de Contratación procederá a la valoración del "sobre C: oferta técnica"

Se añade en el pliego lo siguiente: "En todo caso, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor debe ser anterior a la de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, quedando constancia de ello en el expediente. Para mayor transparencia, sería conveniente que, en el momento del acto público de apertura de las ofertas económicas, los asistentes al acto pudieran disponer de la valoración obtenida por cada proposición en relación con estos criterios subjetivos.

(...) El acto público de apertura de proposiciones comenzará con la comunicación a los asistentes del resultado de la calificación de la documentación contenida en los sobres A y C, la relación de admitidos y excluidos y la valoración obtenida por cada proposición en relación con los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Igualmente se comunicará el resultado de la primera fase de valoración, correspondiente a la oferta técnica, y a continuación se procederá a la apertura y lectura de las ofertas económicas.

A continuación tendrá lugar la apertura del sobre B) de las proposiciones admitidas que contiene la oferta económica (...).

Veamos, el hecho de que no procediera tomar en consideración el criterio de valoración de la oferta técnica denominado "Control de Calidad", en primer lugar, al considerarse que este criterio, tal como era enunciado en el pliego de cláusulas administrativas particulares y fue aplicado en el informe de valoración del Servicio Técnico de la AEMET, recibía un tratamiento propio de "criterio de solvencia", por referirse a la experiencia de los licitadores, y no de criterio de adjudicación o valoración, y, en segundo lugar, al aparecer recogido en el artículo 67.c) de la LCSP -hoy artículo 78.c) del TRLCSP como criterio de solvencia, la "Descripción de las Instalaciones técnicas, medidas para garantizar la calidad y medios de estudio e investigación de la empresa", no autorizaba a continuar con el procedimiento de adjudicación prescindiendo del dicho criterio y valorando los restantes.

En este sentido y antes de proseguir, conviene detenerse y recordar que la STS de 16 de febrero de 2010, rec. 3690/2007, reiterando una consolidada jurisprudencia, y citando, entre otras muchas, la STS de 21 de marzo de 2007, rec. 6098/2000, sostiene que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa, esencial en nuestro ordenamiento, pues se trata de un criterio que está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea, por lo que no podrá ser consignada como criterio de valoración en los pliegos de condiciones particulares.

Ahora bien, ello no impide que la acreditación de la experiencia pueda operar como elemento previo para justificar la capacidad técnica y profesional del empresario, es decir, como criterio de solvencia técnica, financiera o económica de los licitadores.

Tal y como se desprende de la STS de 24 de noviembre de 2011, rec. 305/2008, la Directiva 2004/18 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que no altera en este particular el régimen de las Directivas que refunde - Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras-, contempla la acreditación de la capacidad técnica y profesional, mediante criterios relativos las características de los operadores económicos, y en particular a su experiencia (artículo 48), mientras que los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos estarán vinculados al objeto del contrato público de que se trate o, en su caso, al precio más bajo (artículo 53)

Asimismo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha rechazado calificar el factor experiencia como un criterio de adjudicación (sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes/Estado de los Países Bajos, asunto 31/1987, de 16 de septiembre de 1999, asunto 27/1998, Metalmeccánica Fracasso y otros, y de 27 de octubre de 2005, Contse, S.A., Vivisol, S.R.L. y Oxigen Salud, S.A., cuestión prejudicial C-234/2003).

Resulta evidente, por tanto, que la aplicación del criterio "A.1 Control de Calidad" del Anejo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, como criterio de valoración de la oferta técnica y, por ende, como criterio de adjudicación, tomando como referencia la experiencia de las licitadoras, como hizo el informe técnico de 1 de julio de 2009, tal y como expresa la resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de Meteorología que resolvió el recurso especial en materia de contratación, no resultaba procedente, pues aparecía configurado como criterio de solvencia y no como criterio de adjudicación.

Consecuentemente con la anterior afirmación, y ante las circunstancias expuestas, el órgano de contratación debió haber desistido del procedimiento, al haberse incurrido en una infracción no subsanable de las normas



reguladoras del procedimiento de adjudicación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.4 de la LCSP -hoy artículo 155.4 del TRLCSP-, pues en modo alguno resultaba admisible continuar su tramitación y la aplicación de los restantes criterios de valoración hasta la adjudicación, al contravenir tal proceder los principios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores, quienes tenían derecho a conocer con antelación a la realización de sus ofertas los criterios de adjudicación aplicables al concurso, a fin de acomodar sus ofertas económicas a la previsible apreciación o valoración que habrían de merecer las exigencias técnicas. Así se ha venido declarando por la jurisprudencia comunitaria antes examinada.

Pero es que, además de omitirse la aplicación de uno de los criterios de valoración técnica establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, continuando indebidamente con el procedimiento de adjudicación, lo que por si solo conlleva la nulidad de la adjudicación, la decisión de excluir la aplicación de tal criterio de adjudicación se ha llevado a cabo con posterioridad a conocer tanto la Mesa de contratación como el órgano de contratación la propuesta económica de los licitadores, evaluable automáticamente por aplicación de fórmulas y no sujeta a juicio de valor, incumpléndose la obligada sucesión de trámites del procedimiento de adjudicación establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el artículo 134.2 de la LCSP -hoy artículo 150.2 del TRLCSP-, conforme antes se expuso.

Por todo lo expuesto, sin necesidad de examinar el resto de los motivos de apelación esgrimidos por la parte apelante frente a la sentencia de instancia, procede estimar el recurso de apelación, revocando la sentencia recurrida y, en su lugar, resolviendo sobre el fondo del asunto, tal y como preceptúa el artículo 85.10 de la LJCA, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L. por lo que respecta a la pretensión de anulación de las resoluciones recurridas con sustento en los razonamientos expuestos en este fundamento de derecho.

SÉPTIMO.- Junto a la pretensión declarativa de invalidez de las resoluciones administrativas recurridas ejercita en su demanda la entidad recurrente dos pretensiones más, subsidiariamente formuladas entre si, que deben ser desestimadas con idéntico fundamento.

En el escrito de demanda la entidad recurrente solicitó que se reconozca su derecho a resultar adjudicataria del contrato de prestación de servicio objeto del recurso y, subsidiariamente, se le indemnice en la cuantía de 879.840 euros por los daños y perjuicios sufridos por el acuerdo de adjudicación en concepto de importe del beneficio que pudo obtener de haber procedido a adjudicarse el contrato.

Pues bien, las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de derecho, justifican la desestimación de ambas pretensiones, inherentes al pretendido derecho de la recurrente a resultar adjudicataria del concurso de prestación de servicios litigioso.

Tal y como expusimos, la apreciación de los vicios de nulidad del procedimiento de adjudicación, denunciados y apreciados por la Sala, determinaban su invalidez, pero en modo alguno conllevaban la existencia de un derecho de la recurrente a la adjudicación del concurso.

En este sentido, conviene recordar que, como se manifestó con anterioridad, el órgano de contratación se hallaba abocado a no aplicar el criterio " A.1 Control de Calidad " del Anejo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, como criterio de valoración de la oferta técnica y, por ende, como criterio de adjudicación, tomando como referencia la experiencia de las licitadoras, pues aparecía verdaderamente configurado como criterio de solvencia y no como criterio de adjudicación. Circunstancia que conllevaba la improcedencia de continuar con la tramitación del procedimiento de adjudicación valorando los restantes criterios, tal y como razonamos anteriormente.

A igual conclusión se llega ante la infracción del procedimiento de adjudicación también apreciada, al haberse procedido a la apertura de las ofertas económicas con anterioridad a la valoración de los criterios cuya cuantificación se encontraba sujeta a un juicio de valor, determinante de la nulidad del procedimiento de adjudicación.

La salvaguarda de los principios de igualdad de trato y transparencia del procedimiento y las garantías de imparcialidad y objetividad del órgano de contratación, no permitía la adjudicación del concurso en el mismo procedimiento, sin perjuicio de que tuviera lugar una nueva licitación, con resultado incierto por lo que respecta a la empresa adjudicataria.

Por consiguiente, los vicios del procedimiento de adjudicación apreciados impiden concluir que la demandante resultaba acreedora de la adjudicación del concurso de prestación de servicios.

Las consideraciones realizadas conducen a la desestimación de ambas pretensiones, ejercitadas subsidiariamente y estrechamente vinculadas entre sí, pues la pretensión indemnizatoria se cuantifica en una



cantidad que representaría, según la recurrente, el beneficio que habría podido obtener de haber resultado adjudicataria del contrato.

No obstante, conviene añadir que la demandante no justifica en su escrito de demanda ni acredita con posterioridad la cuantificación que ofrece de los daños y perjuicios que dice haber padecido, limitándose a manifestar que la cifra reclamada es fruto de la suma de 436.160 euros y 443.680 euros, IVA incluido, cifras que extrae de la oferta anual sin IVA hecha por la demandante (376.000 euros), tras sumarle el IVA (16% el primer año y 18% el segundo año), como lucro cesante. Sin embargo, como es natural, dicha cantidad, en su caso, habría de verse minorada en los gastos y costes que hubiera generado a la empresa adjudicataria la prestación del servicio, pues solo practicada esta minoración podría representar el lucro cesante o beneficio realmente dejado de obtener, sobre lo que ninguna consideración hace la demandante.

De hecho la jurisprudencia ha venido cuantificando el lucro cesante por la no adjudicación del contrato en el beneficio industrial (6%), establecido como indemnización por la resolución del contrato de obras cuando estas se suspendieran definitivamente, sin contemplar otros conceptos (SSTS de 7 de noviembre de 2011 , rec. 4569/2009, de 2 de octubre de 2007 , rec. 11509/2004, de 1 de octubre de 2007 , rec. 5179/2005 , y de 27 de octubre de 2004 , rec. 2029/2000).

En todo caso, al margen de que con carácter general la anulación de los actos administrativos no presupone el derecho a la indemnización (artículo 141.4 de la LRJPAC), cuando, como aquí acontece, la nulidad del procedimiento de adjudicación no conlleva que esta debiera haberse realizado a favor del reclamante, no procede reconocerle derecho a ser indemnizado por el lucro cesante o beneficio dejado de obtener por no haber obtenido la adjudicación del contrato de que se trate (en este sentido STS de 30 de abril de 2008, rec. 320/2007).

Por consiguiente, atendido el concreto concepto en base al cual pretende ser indemnizada la demandante, cuyo presupuesto radica en el reconocimiento de su derecho a ser merecedora de la adjudicación del concurso, que hemos negado, procede la desestimación de las pretensiones expresadas.

A diferente resultado habría conducido el planteamiento de una pretensión indemnizatoria sustentada en la cuantificación de los gastos sufridos por la demandante por la participación en el procedimiento contratación del " Servicio de difusión de información meteorológica de la AEMET a través de emisoras de radio ", que al no haberse ejercitado no es posible considerar.

OCTAVO.- No procede la imposición de las costas causadas en esta instancia, al amparo del artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

Por lo que respecta a las costas de instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento.

FALLAMOS

1º)ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Amparo Ivana Rouanet Mota, en nombre y representación de COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L., contra la Sentencia de 21 de mayo de 2013 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 2, recaída en el procedimiento ordinario número 104/2009, que se revoca.

No se hace imposición de las costas causadas en esta instancia.

2º)ESTIMARPARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por por la Procuradora de los Tribunales doña Amparo Ivana Rouanet Mota, en nombre y representación de COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L. contra las siguientes resoluciones que se anulan por ser contrarias a Derecho:

1.- Resolución de fecha 22 de julio de 2009, dictada por el Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, por la que se aprueba la Adjudicación Provisional del concurso en favor de la empresa LAVINIA TEC-COM, S.L.

2.- Resolución del Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, dictada con fecha 15 de octubre de 2009, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L., y se ordenó retrotraer las actuaciones al trámite de la valoración de las ofertas.

3.- Resolución de fecha 30 de octubre de 2009, dictada por Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, por la que se aprueba la adjudicación provisional del concurso del "Servicio de difusión de información meteorológica de la Agencia Estatal de Meteorología a través de emisoras de radio" a la empresa LAVINIA TEC-COM, S.L..



4.- Resolución de fecha 10 de diciembre de 2009, dictada por el Presidente de Agencia Estatal de Meteorología, por la que se desestima el recurso especial de contratación interpuesto por COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L. contra la adjudicación provisional del concurso a la empresa LAVINIA TEC-COM, S.L. aprobada por el Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología con fecha de 30 de octubre de 2009.

5.- Resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, dictada por el Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, por la que se aprueba la adjudicación definitiva del concurso del "Servicio de difusión de información meteorológica de la Agencia Estatal de Meteorología a través de emisoras de radio" a la empresa LAVINIA TEC-COM, S.L. por la cantidad de 415.280,00 €, con un plazo de ejecución de VEINTICUATRO MESES desde la firma del contrato.

3º) DESESTIMAR

las restantes pretensiones ejercitadas en el escrito de demanda, formalizado por la Procuradora de los Tribunales doña Amparo Ivana Rouanet Mota, en nombre y representación de COMUNICACIÓN DINÁMICA AUDIOVISUAL, S.L.

4º) No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia publicada. Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL