



Roj: **SAN 4039/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:4039**

Id Cendoj: **28079230042019100399**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **09/10/2019**

Nº de Recurso: **446/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **CARMEN ALVAREZ THEURER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:** 0000446 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00461/2016

**Demandante:** SICOMORO SERVICIOS INTEGRALES S.L.

**Demandado:** TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. CARMEN ALVAREZ THEURER

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D<sup>a</sup>. CARMEN ALVAREZ THEURER

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a nueve de octubre de dos mil diecinueve.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso administrativo número 446/2016, interpuesto por SICOMORO SERVICIOS INTEGRALES S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Mínguez, contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 3 de junio de 2016 por el que se estima el recurso formulado frente al acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado, de 21 de abril de 2016, en relación a la adjudicación del contrato para el servicio de gestión de Centro de Atención al Visitante, anulando el procedimiento de licitación.

Habiendo comparecido como parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por su abogacía.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 27 de junio de 2016 contra la resolución antes mencionada, que previo nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio fue admitido a trámite con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito presentado el 29 de septiembre de 2017 la recurrente formalizó demanda en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y alegó los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma en el que literalmente dijo:

"1°).- Declare la nulidad de la resolución impugnada, (por incurrir en causa de nulidad, o de anulabilidad).

2°).- Declare que procedía, y procede, desestimar íntegramente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por STENDHAL MUSEUM SOLUTIONS, SL, contra el acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado de 21 de Abril de 2016, por la que se adjudica el contrato a la entidad SICOMORO SERVICIOS INTEGRALES, SL, convalidando íntegramente dicha resolución.

3°).- Subsidiariamente a lo expuesto en el punto anterior, con declaración de nulidad parcial de la resolución, declare que procedía estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por STENDHAL MUSEUM SOLUTIONS, SL, contra el acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado de 21 de Abril de 2016, por la que se adjudica el contrato a la entidad SICOMORO SERVICIOS INTEGRALES, SL, en el aspecto relativo a la apertura de proceso de negociación, acordando la retroacción del expediente de contratación 16AN0257 del Museo Nacional del Prado, al momento anterior a la apertura de dicha fase de negociación, a fin de que la misma se desarrolle de manera efectiva.

4°).- Con imposición de las costas procesales a la parte demandada (...)."

**TERCERO.-** De dicha demanda se confirió traslado a la Abogacía del Estado, quien presentó con fecha 25 de noviembre de 2016 escrito manifestando que no ostentando la representación del órgano de contratación, decide no personarse en el presente recurso.

**CUARTO.-** Recibido el pleito a prueba y presentados los respectivos escritos de conclusiones, quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente, mediante providencia de 25 de septiembre de 2019 se señaló para votación y fallo el día 2 de octubre de 2019, en que efectivamente se ha tenido lugar.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso jurisdiccional 446/2016, interpuesto por SICOMORO SERVICIOS INTEGRALES S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Mínguez, contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 3 de junio de 2016, que estima el recurso formulado frente al acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado, de 21 de abril de 2016, por el que se adjudica a la entidad recurrente el contrato para el servicio de gestión de Centro de Atención al Visitante, anulando el procedimiento de licitación.

La citada resolución de TACRC sustenta la estimación del recurso especial en materia de contratación seguido con número de expediente 383/2016, en base a una serie de argumentos, tras cuya exposición concluye lo siguiente:

"De lo expuesto en esta resolución cabe concluir la necesidad de estimar el recurso en este punto, dando respuesta a los dos argumentos del órgano de contratación. En primer lugar, en cuanto a la posibilidad de abrir la negociación solo con uno de los licitadores, además de que no consta tampoco que así se hiciera, lo cierto es que el artículo 178.1 del TRLCSP claramente veda tal posibilidad, al señalar que el órgano de contratación debe velar porque todos los licitadores reciban igual trato, garantía que difícilmente se cumple si la negociación se abre solo con uno de los candidatos.

En cuanto a la segunda argumentación, básicamente la necesidad de salvaguardar el interés general derivado de la pronta adjudicación del contrato, desde luego no es argumento suficiente para eliminar del procedimiento un trámite que, como ya se ha dicho, se ha considerado esencial, pues ello permitiría a la Administración, en aras de esa defensa del interés general, hurtar a los administrados el debido procedimiento, lo que resulta de todo punto inadmisibles en un Estado de Derecho.

Por todo ello, debe estimarse el recurso en este punto, declarando la nulidad de pleno derecho del procedimiento".

El ajuste efectuado por el organo de contrataciOn pretende unicamente resolver la paradoja matematica que plantea la divisiOn 0/0, pero ningun perjuicio causa a los licitadores, ni vulnera por si misma la formula



matemática contemplada en el pliego, en la medida en que permite cumplir con los requisitos exigidos por la ley.

Desestima el tercer submotivo esgrimido por la recurrente, relativo a la falta de motivación de la puntuación

En cuanto a la segunda de las alegaciones, el TACRC anula el procedimiento remitiéndose a la Resolución 64/2016, pues considera que el criterio de valoración consignado en el pliego en relación con la cuota mensual fija y las cuotas variables resulta nulo de pleno derecho, al no haber previsto esta posibilidad, dando lugar a que obtenga la máxima puntuación en el criterio económico una oferta que solo en un escenario del todo improbable podría verdaderamente haber sido la más barata.

Concluye finalmente, apreciando de oficio otra causa de nulidad, indicando que la introducción de las ofertas en el mismo sobre y su valoración conjunta por parte de la mesa de contratación constituye igualmente una vulneración de las normas de procedimiento exigibles

**SEGUNDO.-** A los efectos de resolver el presente recurso interesa dejar ya sentados los siguientes antecedentes fácticos:

1º) El órgano de contratación, el Museo Nacional del Prado, inició procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato para el servicio de gestión del Centro de Atención al Visitante (expediente 16AN0257).

2º) El procedimiento se desarrolló por los trámites del procedimiento negociado sin publicidad, de conformidad con lo señalado en el artículo 170 a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), al haberse declarado desierto el anterior procedimiento abierto.

Tercero. Presentadas las ofertas y una vez abiertos los sobres nº 1 y calificada la documentación administrativa con el resultado que obra en el expediente, se procede a la apertura del sobre nº 2 relativo a la oferta que contenía los criterios técnicos y económicos al prever el pliego su presentación conjunta. Emitido el oportuno informe, se acuerda por la mesa de contratación elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicar el contrato a favor de SICOMORO, por entender que dicha entidad había formulado la oferta económicamente más ventajosa, según los criterios contenidos en el pliego. No consta que se abriera periodo de negociación alguno con los licitadores.

Cuarto. El órgano de contratación dicta acuerdo adjudicando el contrato a dicha empresa el 21 de abril de 2016, notificándose a las licitadoras el mismo día.

Quinto. Frente al citado acuerdo, STENDHAL formula recurso especial el 9 de mayo de 2016. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras en fecha 23 de mayo de 2016, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite TIQUETEO SPAIN S.L. y SICOMORO.

6º) Con fecha 3 de junio de 2016, se dicta resolución del TACRC, que estima el recurso formulado frente al acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado, de 21 de abril de 2016, por el que se adjudica a la entidad recurrente el contrato para el servicio de gestión de Centro de Atención al Visitante, anulando el procedimiento de licitación, el cual es objeto del presente recurso jurisdiccional.

**TERCERO.-** Se ejercita en el actual proceso una pretensión de plena jurisdicción en la que se postula la nulidad o anulación de la resolución del TACRC que es objeto directamente de impugnación y que lógicamente habría de arrastrar la desestimación íntegra del recurso especial en materia de contratación interpuesto por STENDHAL MUSEUM SOLUTIONS, SL contra el acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado de 21 de Abril de 2016, por el que se adjudica el contrato a la entidad SICOMORO SERVICIOS INTEGRALES, SL, convalidando íntegramente dicha resolución.

Con carácter subsidiario se interesa la declaración de nulidad parcial de la resolución, y se declare que procedía estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por STENDHAL MUSEUM SOLUTIONS, SL, contra el acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado de 21 de Abril de 2016, por la que se adjudica el contrato a la entidad SICOMORO SERVICIOS INTEGRALES, SL, en el aspecto relativo a la apertura de proceso de negociación, acordando la retroacción del expediente de contratación 16AN0257 del Museo Nacional del Prado, al momento anterior a la apertura de dicha fase de negociación, a fin de que la misma se desarrolle de manera efectiva

Se esgrimen en fundamento de tales pretensiones, en el escrito de demanda una serie de argumentos que, en síntesis, pueden concretarse en los siguientes:



- a) Infracción del contenido del art. 178 LCSP y doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, así como la inexistencia de vulneración de las normas que rigen el proceso negociado de contratación administrativa.
- b) Vulneración de la doctrina de que los pliegos son inatacables si no media impugnación en tiempo y forma de los mismos, y de la imposibilidad del TACRC de analizar de oficio el contenido de los mismos cuando lo único impugnado es la adjudicación del contrato. Así, considera la parte recurrente que se ha infringido la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, en virtud de la cual " *el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes*" ( Sentencia de 23 de junio de 2003, y de Sentencia de 27 de mayo de 2009), así como de la doctrina de que la falta de impugnación de los pliegos, en tiempo y forma, impide su ulterior revisión, ( STS 26/12/2007), toda vez que el TACRC ha entrado a conocer de las fórmulas de valoración de las ofertas económicas (Fundamento Sexto de la resolución recurrida) infringiendo con ello el art. 9.2 PCAP. Añade que también se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica y de firmeza de las resoluciones administrativas.
- c) Infracción de los principios inherentes al procedimiento negociado, al declarar el TACRC que la fórmula empleada para valorar automáticamente las ofertas económicas, no permite seleccionar la oferta económicamente más ventajosa para la Administración. Vulneración del principio de que en el procedimiento negociado se busca seleccionar al adjudicatario que reúna todos los requisitos exigidos en el pliego, sin que ello suponga seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, siendo de aplicación este requisito sólo en los procedimientos abierto y restringido.
- d) Vulneración de la doctrina de que los pliegos son inatacables si no media impugnación en tiempo y forma de los mismos, y de la imposibilidad del TACRC de analizar de oficio el contenido de los mismos cuando lo único impugnado es la adjudicación del contrato. Vulneración de dicha doctrina al entrar a analizar, y decretar, la nulidad del proceso de licitación, por entender que el PCAP, al establecer que se debían introducir en el mismo sobre tanto los elementos de la oferta que dependen de un juicio de valor, como los evaluables, incurre en vulneración del ordenamiento jurídico.
- e) Vulneración de los artículos 150 y 26 LCSP y doctrina jurisprudencial que los desarrolla, al entender que es contraria a derecho la prescripción del PCAP de que las ofertas económicas se deberán presentar en el mismo sobre que la documentación relativa a la acreditación de la solvencia de los licitadores. Inexistencia de alteración sustancial de los trámites del procedimiento que justifique la declaración de nulidad del mismo, ya que en todo caso procedería la anulabilidad.

Por su parte, el Abogado del Estado se opone a la demanda en virtud de semejantes motivos a los que contiene la resolución impugnada.

**CUARTO.-** En primer lugar, y siguiendo el orden en el que se deducen las pretensiones de la parte actora, hemos de indicar que conforme al artículo 178, apartados primero y quinto del TRLCSP "en el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a 3 empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible" y "que en el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo".

El art 169 de la LCSP y las Directivas que lo informan, en el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. El procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos previstos en el artículo 177, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de lo previsto en el artículo 178.1, en el que se indica que en el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible. Los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa. En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

De lo expuesto se deduce que dicho procedimiento permite la limitación de ofertas, exigiendo la norma únicamente que se produzca la consulta con, al menos, un mínimo de tres empresas capacitadas para realizar el objeto del contrato, y sobre dicha base, la Administración puede seleccionar con libertad al empresario que estime oportuno, con la sola condición de que el empresario así seleccionado debe serlo "justificadamente", y tras efectuar consultas con diversos candidatos, se negocien las condiciones del contrato con uno o varios de aquellos, según el número de ofertas admitidas.



Nos hallamos ante un procedimiento negociado, cuyo elemento característico es la facultad de negociación entre la entidad contratante y uno o varios empresarios, algo en esencia flexible y al que no resultan de aplicación las prescripciones establecidas en relación a la tramitación de la subasta y el concurso.

En el presente caso, según refleja el expediente administrativo remitido, el procedimiento de contratación del expediente 16AA0065 es declarado desierto, acordándose el inicio del procedimiento negociado (16AN 0257) el día 11 de abril de 2016, sin publicidad y con concurrencia, de carácter urgente, con las cuatro empresas que habían presentado sus proposiciones económicas en el procedimiento abierto previo, que fueron objeto de valoración conforme a los criterios técnicos y económicos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que había de regir dicho procedimiento contractual.

Pues bien, el análisis del procedimiento de contratación seguido en el supuesto sometido a nuestra consideración, padece las deficiencias apreciadas en la resolución impugnada, y que han llevado a su anulación. De hecho, en el procedimiento negociado sin publicidad se precisa la licitación con un número mínimo de empresas, y en el presente caso dicha negociación no se ha llevado a cabo.

Debemos tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 160 y 161 del TRLCSP, que se refieren a la forma de adjudicación en los supuestos de procedimiento abierto y restringido, según que el precio sea el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato o exista una pluralidad de criterios distintos del precio, mientras que, según el artículo 169 del TRLCSP en el procedimiento negociado la adjudicación habrá de recaer en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación.

De una interpretación conjunta y armónica de los artículos 157, 162 y 189 TRLCSP, podemos colegir que en el procedimiento negociado la Administración no esté vinculada, a la hora de elegir al contratista, ni por la oferta que contenga el precio más bajo, ni siquiera por la proposición más ventajosa, sino que, ateniéndose a los criterios de adjudicación que figuren en el Pliego de condiciones, la Administración tiene libertad de elección, exigiendo únicamente la Ley que se justifiquen las razones por las que la Administración opta por dicha oferta concreta, con la finalidad no sólo de evitar adjudicaciones contrarias a la Ley, sino de posibilitar a través de un principio de transparencia que el resto de los contratistas conozca la justificación de la adjudicación y pueda someterse al control, en su caso, de los Tribunales.

El informe complementario al informe preliminar emitido por el órgano de contratación, reconoce que "Presentadas invitaciones al procedimiento negociado por parte de las cuatro empresas, se decide adjudicar el contrato *sin realizar negociaciones posibles*, dada la necesidad de evitar descubiertos en la prestación del servicio"; es decir que fundamenta en razones de interés público que se hubiere acelerado la tramitación de la contratación, prescindiendo para ello de la negociación que dicho procedimiento exige.

Añade que se entendió que las empresas iban a presentar las mismas ofertas que realizaron en su día en el procedimiento abierto, y no se consideró necesario proceder a la negociación, a fin de tener el contrato adjudicado en fecha lo más cercana posible al fin del contrato anterior, al no haber podido continuar la ejecución a la empresa anterior, evitando de este modo graves perjuicios al Museo Nacional del Prado.

La parte recurrente pretende que la negociación no es preceptiva, sino que constituye una facultad de la Administración, al amparo de la cláusula 12.3 del PCAP, que establece: "La documentación incluida en el sobre n.º 2 se entregará al órgano administrativo proponente o, en su caso, al Comité de expertos u organismo técnico a que se refiere el artículo 150.2 del TRLCSP, que negociará, en su caso, con los licitadores invitados y concluirá con la elaboración de un informe técnico-económico, en el que se concluirá la negociación, en su caso, y se consignaran las puntuaciones obtenidas por cada licitador, siguiendo a tal fin, cada uno de los criterios que se establecen en el punto 9 (9.1 y 9.2) del Cuadro-Resumen".

En este orden de consideraciones, hemos de indicar, sin embargo, que no existe previsión normativa alguna que justifique que en razones de urgencia o interés general permitan omitir la ronda de negociaciones legalmente prevista, por mínima que ésta sea.

A mayor abundamiento, ninguna cláusula del PCAP puede contravenir lo dispuesto en el TRLCSP, dado que infringiría un principio de jerarquía normativa, debiéndose interpretar dicha cláusula de conformidad con el texto de la ley, norma de rango superior que ha de respetar. De ahí que la interpretación que de la cláusula 12.3 ofrece la entidad actora para entender que la negociación no es preceptiva en el procedimiento negociador, resulta inaceptable, pues si bien la jurisprudencia ha venido declarando que se trata de un procedimiento flexible, y que permite que la negociación no haya de tener lugar con todos los licitadores, ha de permitir la posible mejora de las ofertas admitidas, a fin de garantizar debidamente un principio de igualdad y concurrencia. El término "en su caso" al que alude la citada cláusula, precisamente alude a esta última posibilidad.





En este orden de consideraciones, cumple manifestar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en su cláusula 11, relativa a los criterios de negociación y valoración, base de la adjudicación del contrato establece:

"Los aspectos objetivos y subjetivos que han de servir de base para la negociación, valoración y posterior adjudicación son los que se indican con su correspondiente ponderación en los puntos 9.1 y 9.2 del Cuadro-Resumen, distinguiéndose los criterios no evaluables mediante fórmulas (punto 9.1) de aquellos otros que sí lo son (punto 9.2). (...)"

Por su parte, el Cuadro-resumen que figura como anexo I al PCAP, en el punto 9, hace constar los aspectos técnicos y económicos objeto de negociación, de modo que la ronda de tales negociaciones y posibles mejoras podrán recaer sobre ambos aspectos, pues nada impide la aplicación de fórmulas matemáticas sobre los criterios evaluables mediante las mismas, habida cuenta de que éstas se aplican sobre las ofertas presentadas, que evidentemente pueden resultar mejoradas.

Finalmente, en cuanto a la alegación de la parte actora referente a que ningún tipo de perjuicio se causa al resto de licitadores al no abrir la fase de negociación, esta Sala discrepa con dicha aseveración, por cuanto que entendemos que la ausencia de la misma pudo haber tenido una clara incidencia fáctica en el resultado final, puesto que no podemos olvidar que la ronda de negociaciones habría permitido una mejora en las ofertas inicialmente presentadas y admitidas, lo que fue obviado por la Administración contratante.

Por tanto, podemos concluir señalando que el procedimiento de adjudicación llevado a cabo por la Administración no se ajusta al procedimiento legalmente establecido, y los motivos por los que se prescindió de la fase negociadora carecen de cobertura legal alguna, lo que nos ha de llevar a confirmar la resolución impugnada en este punto y rechazar la pretensión actora que venimos analizando.

**QUINTO.-** El TACRC indica en la resolución impugnada que la estimación del motivo precedentemente analizado no es óbice para conocer del resto de alegaciones formuladas en el escrito de recurso y que se hallan vinculadas a la valoración de la oferta económica efectuada por la mesa de contratación, pues, como aquí ha sucedido, su acogimiento podría determinar que hubiera de anularse completamente la licitación, debiendo iniciarse un nuevo procedimiento.

En concreto, considera la resolución recurrida que se ha incurrido en un vicio de nulidad de la licitación al considerarse que la oferta de Sicomoro obtuvo mayor puntuación en el criterio económico, obviando el objetivo de la valoración, que es el obtener la oferta más ventajosa.

Efectivamente, el Tribunal administrativo acogió la pretensión sustanciada por Stendhal, en orden a que se está vulnerando el principio de libre concurrencia e igualdad de trato, pues considera que, en aplicación de los criterios económicos de valoración contenidos en el PCAP, se ha dado mayor puntuación a una oferta que es en realidad más cara que la formulada por la entidad reclamante, impidiendo lograr con ello el objetivo fundamental de la valoración, esto es, "identificar la oferta económica más ventajosa".

Sin embargo, esta Sala no puede confirmar el razonamiento expuesto por el TACRC en la resolución que es objeto de impugnación, toda vez que la cláusula 12.4 del pliego de referencia que ha sido aplicada, resulta clara y no deja lugar a dudas interpretativas.

Dicha cláusula dispone: "La Mesa de Contratación, a la vista del informe citado en el apartado 12.3, podrá aprobarlo y/o reclamar cuantas aclaraciones estime oportuno y elevara, en su caso, al órgano de contratación la correspondiente propuesta de adjudicación del contrato a favor del licitador que hubiese presentado la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con la negociación y sobre la base de los criterios de adjudicación que rigen este procedimiento. A estos efectos, se entiende por oferta económicamente más ventajosa aquella que obtenga la mayor puntuación total tras la suma simple de los puntos alcanzados en cada y uno de los criterios de adjudicación señalados en los puntos 9.1 y 9.2 del Cuadro-resumen".

Así pues, frente al razonamiento expresado por el TACRC relativo a que la valoración realizada no ha arrojado como resultado la oferta económicamente más ventajosa, pues considera que la puntuación obtenida en el criterio económico es meramente aparente, entendemos que la valoración se ha realizado con estricta aplicación de los criterios de adjudicación recogidos en el pliego, de modo que la oferta económicamente más ventajosa ha de ser aquella que obtenga la mayor puntuación total tras la suma de los puntos alcanzados en cada uno de los criterios de adjudicación señalados en el punto 9 del Cuadro-resumen, los cuales no han sido impugnados por ninguna de los licitadores.

En todo caso, si alguna de las partes intervinientes en el procedimiento de adjudicación hubiere considerado que las cláusulas del PCAP conculcaban los principios de publicidad, libre concurrencia e igualdad y no



discriminación de los licitadores, tenían en su mano impugnarlas, lo que sin embargo no consta que se hubiere efectuado.

Como hemos razonado en SAN, 4ª de 9 de marzo de 2016 (rec. 503/2014) "Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, tal y como recogía la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011, FJ 9º), que a su vez remite a las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94 ), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95 ), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99 ), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04 ) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06 ), " [e]l pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo [...] ".

Por ello, no es posible impugnar los anuncios o los pliegos de cláusulas con ocasión de posteriores actos, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992, se señala que " [e]l pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos" [...] ". Así lo hemos reiterado en las Sentencias de esta misma Sala de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013, FFJJ 3º).

En este caso, la parte recurrente no impugnó las citadas cláusulas del Pliego, por lo que resultan firme y consentida. Ello implica que las partes quedan vinculadas por ellas, sin que el TACRC en el ámbito del recurso especial en materia de contratación, pueda analizar de oficio o a instancia de parte la validez de tales pliegos.

Hemos de significar que tanto la entidad demandante como el resto de licitadores, aceptaron todas y cada una de las cláusulas que rigen el contrato de referencia, entre ellas, la número 12 del PCAP y el punto 9 del Cuadro resumen, sin que exista constancia de que los mismos hayan sido objeto de impugnación. Y es que tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia que las determinaciones de los pliegos, que constituyen la "ley del contrato", si no son impugnadas en su momento quedan consentidas y firmes y vinculan a todos, Administración y contratistas.

**SEXTO.-** Finalmente, abordaremos la cuestión atinente a la vulneración que la resolución impugnada considera que se ha producido de los artículos 150 y 26 LCSP, y doctrina jurisprudencial que los desarrolla.

Pues bien, conforme a la cláusula 9.3 del Pliego: "Los interesados presentarán sus ofertas en dos sobres cerrados, señalados con los números 1 y 2 ("Sobre n.º 1- Documentación administrativa", "Sobre n.º 2-Oferta técnica y económica"), con el contenido que se señala en la cláusula siguiente. Los sobres se identificarán en su cubierta exterior en la forma que más adelante se indica gráficamente. En su cubierta se expresará la licitación a la que se concurre y serán firmados por el licitador o la persona que lo represente, con indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa, así como de su domicilio, teléfono y, en su caso, dirección de correo electrónico. En el interior de cada sobre se hará constar en hoja independiente su contenido, enunciado numéricamente."

Compartimos en este punto la afirmación de la parte actora de que nos hallamos ante una irregularidad formal no invalidante, toda vez que la inclusión en un solo sobre de las ofertas evaluables automáticamente y las evaluables sin aplicación de fórmulas matemáticas, constituye efectivamente un defecto procedimental, si bien no genera indefensión a ninguna de las partes, ni produce vulneración del principio de igualdad en el procedimiento de adjudicación, habida cuenta de que no existe posibilidad de que se introduzcan modificaciones en las ofertas presentadas, lo que impide que dicha irregularidad tuviere alguna trascendencia en el resultado del proceso.

**SÉPTIMO.-** En virtud de cuanto hemos expuesto, procede estimar en parte el recurso, anulando la resolución impugnada en cuanto acoge la pretensión anulatoria referente a la valoración de la oferta económica efectuada por la mesa de contratación, al haber otorgado la máxima puntuación en el criterio económico a una oferta que en su conjunto era más cara que la formulada por Stendhal, así como la relativa a la introducción de las ofertas en un mismo sobre, confirmando en el resto la resolución impugnada.

Lo expuesto determinará que la retroacción del procedimiento haya de producirse al momento de apertura de las ofertas, a fin de que pueda llevarse a cabo la negociación prevista.

**SÉPTIMO.-** A tenor de lo dispuesto en el art. 139 LJCA, no procede efectuar pronunciamiento alguno en orden a las costas procesales.



Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

En nombre de S.M. El Rey, por la potestad que nos confiere la Constitución de la Nación española,

### FALLAMOS

**Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso-administrativo núm. 446/2016, interpuesto por Sicomoro Servicios Integrales S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Mínguez, contra la Resolución del TACRC de 3 de junio de 2016 por el que se estima el recurso formulado frente al acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado, de 21 de abril de 2016, que anulamos por no hallarse conforme a Derecho, en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Sexto. Sin costas.**

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.