

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

En Madrid, a 29 de marzo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don R.F.B., actuando en su propio nombre, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Área de Gobierno de Portavoz, Coordinación de la Junta de Gobierno y Relaciones con el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 8 de febrero de 2017, por el que se le excluye del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco de Servicios de creación publicitaria declarada de gestión centralizada y de Servicios de creación para las campañas institucionales de comunicación del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos (2 lotes), exp.180/2016/01661, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 29 y 31 de diciembre de 2016 y 18 de enero de 2017, se publicó respectivamente en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento, en el DOUE y en el BOE, el anuncio de licitación del Acuerdo marco mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 800.000 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que la cláusula 15 del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares, PCAP, establece lo siguiente:

“Las proposiciones constarán de los sobres indicados en el apartado 10 del Anexo I al presente Pliego.

Los sobres se presentarán cerrados y firmados por el licitador o persona que lo represente, debiendo figurar en el exterior de cada uno de ellos el número de referencia y la denominación del acuerdo marco al que licitan, el nombre y apellidos del licitador o razón social de la empresa y su correspondiente NIF, o CIF, y en caso de que el acuerdo marco esté dividido en lotes se debe especificar en el sobre el lote al que licita. En su interior se hará constar una relación numérica de los documentos que contienen.”

Tercero.- A la licitación convocada se presentaron 60 empresas incluida la recurrente.

Con fecha 8 de febrero de 2017, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre correspondiente a la documentación administrativa decide por unanimidad de sus miembros el rechazo de la oferta presentada por la recurrente, por no cumplir los requisitos de la cláusula 15 del PCAP en virtud del cual los sobres se presentarán cerrados.

Consta en el Acta correspondiente: *“la oferta de este licitador se presenta por correo y al abrirse el sobre de correos, la mesa verifica que los tres sobres correspondientes a la licitación no se encuentran cerrados. En consecuencia, se aprueba por unanimidad, y al no poder garantizar el secreto de la oferta, rechazar la oferta.”*

Dicho Acuerdo fue notificado a la recurrente el día 8 de marzo de 2017. En la notificación consta lo siguiente:

“La mesa de contratación del Área de Gobierno de Portavoz; Coordinación de la junta de Gobierno y Relaciones con el Pleno en su sesión del día 8 de febrero de 2017, acuerda:

Excluir del proceso de licitación del procedimiento abierto en tramitación para la celebración del acuerdo marco de servicios de creación publicitaria declarada de gestión centralizada y de servicios de creación para las campañas institucionales de comunicación del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos (2 lotes) a don R.F.B. NIF: A-XXX, por haber presentado su oferta sin cumplir con los requisitos de la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares en virtud del cual los sobres se presentarán cerrados.

La oferta se presenta por correo en un único sobre cerrado pero al abrirse el mismo, la mesa de contratación verifica que los sobres de su interior correspondientes a la documentación administrativa (A), criterios no valorables en cifras y porcentajes (B) y criterios valorables en cifras y porcentajes (C) se encuentran abiertos, lo que impide garantizar el secreto de la oferta”.

A continuación se indican los recursos procedentes.

Cuarto.- El 16 de marzo de 2017, tuvo entrada en el órgano de contratación escrito de don R.F.B. anunciando la interposición de recurso especial en materia de contratación. El recurso se presentó, ante el mismo órgano de contratación, ese día.

El recurso considera en primer lugar que el Acuerdo adolece de defectos que le han provocado indefensión puesto que se indica en el mismo un NIF que no le corresponde, siendo otro su DNI, y además alega que se le ha notificado un mes después de haber adoptado el acuerdo, cuando ya se había procedido a la apertura de los sobres de criterios no valorables en cifras o porcentajes. Por otro lado, alega la falta de relevancia en el procedimiento que se licita, de que los sobres pudieran encontrarse abiertos. Por todo ello, solicita la anulación del Acuerdo y que su oferta sea admitida a la licitación.

El 21 de marzo de 2017, el órgano de contratación remitió el recurso, copia

del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. En el informe expone que no ha existido indefensión del recurrente, que ha conocido los motivos de su exclusión y ha podido presentar un recurso fundado contra la misma, a pesar de haberse consignado por error un NIF que no le corresponde. Igualmente alega que el TRLCSP, en relación con las proposiciones de los interesados, el artículo 145 apartado 2º, establece el principio de que las proposiciones de los interesados serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, habiendo proclamado este artículo, en su primer apartado, que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Añade que “es necesario traer a colación entre otras, la STGUE (Sala Sexta), de 30 de abril de 2014, asunto T-637/11, Euris Consult Ltd, que analiza si es adecuada a Derecho la decisión del Parlamento Europeo de excluir a una licitadora de un procedimiento de licitación. El motivo de exclusión fue el mismo que nos ocupa, es decir, la no garantía del secreto de la oferta (...). El Tribunal considera que cuando un licitador ha incumplido la obligación clara, precisa e incondicional resultante del anuncio de licitación de enviar su oferta en dos sobres sellados, debe considerarse que dicho licitador ha incumplido las exigencias impuestas a todos los licitadores que hayan decidido presentar una oferta en el procedimiento de adjudicación controvertido en el caso concreto. Continúa el citado Tribunal, diciendo que no puede considerarse que la exclusión del licitador viole el principio de proporcionalidad ya que la obligación establecida en el anuncio de licitación permite considerar garantizada la confidencialidad de las ofertas que la comisión de apertura de las ofertas halle en dos sobres sellados intactos. Esta norma contribuye de este modo a la seguridad jurídica, eliminando cualquier riesgo de apreciación arbitraria en la apertura de las ofertas, con un coste marginal desdeñable en medios económicos y técnicos, habida cuenta de todos los costes que conlleva la preparación de una

oferta. En consecuencia, el Tribunal General desestima el recurso.”

Quinto.- No se ha concedido plazo para formular alegaciones ya que no se van a tener en cuenta otros hechos y ni otras alegaciones que las que ha realizado la recurrente o constan en el expediente administrativo, en virtud de lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de don R.F.B. al tratarse de una persona física licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al haber quedado excluida del procedimiento.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión del recurrente del procedimiento de licitación de un Acuerdo marco de servicios, sujeto a regulación armonizada susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, pues el Acuerdo de exclusión se notificó el 8 de marzo de 2017 y el recurso fue presentado el 16 del mismo mes.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se alega por el recurrente:

En primer lugar, defectos del Acuerdo que han provocado su indefensión, tanto por el error en la identificación del NIF en la notificación, como por haberse notificado un mes después de la fecha de adopción del mismo por la Mesa.

Ninguna de estas dos alegaciones puede tener una acogida favorable. Tal como indica el órgano de contratación, el recurrente ha podido presentar su recurso fundado, por lo que el error en el NIF, fácilmente subsanable, no ha tenido en este caso la menor trascendencia en su actuación.

Respecto al momento de la notificación, tampoco perjudica al recurrente el retraso invocado. El plazo del recurso comienza a partir del día siguientes al de recepción de la notificación del Acuerdo de exclusión, si el recurso fuera, en su caso, estimado se retrotraerían la actuaciones respecto de la oferta del recurrente, que debería ser admitida y valorada por lo que tampoco en este caso se le ha producido indefensión alguna y el recurso debe desestimarse por este motivo.

En cuanto al motivo de la exclusión, haber presentado los sobres abiertos, debe recordarse por lo dispuesto en el artículo 145.2 del TRLCSP que establece:

“2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”.

La obligación de guardar secreto de las ofertas se vincula con el principio de igualdad de trato recogido entre otras muchas en las Sentencias del TJUE Concordia Bus Finland, de 17 de septiembre de 2002, y la Sentencia SIAC Construction, de 18 de octubre de 2001. Este mismo criterio es mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones, entre ellas podemos citar la 22/2013, de 17 de enero de 2013. Igualmente cabe citar los informes 62/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y el 8/2009, de 10 de Junio, de la Junta de la Comunidad de Madrid.

El hecho de que exista en este procedimiento un Comité de Expertos para realizar la valoración o que los criterios sean o no automáticos, en nada varía la exigencia de garantizar el secreto de la oferta pues lo que se trata es impedir que en algún momento del procedimiento pudiera manipularse su contenido.

No debe olvidarse que además el TRLCSP señala en su artículo 150 que: “2. (...) *La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.*”

Parece clara la intención del legislador de mantener la imparcialidad de los técnicos a la hora de valoración de las ofertas, cuestión que se regula en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece: “*la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos*”.

Como ya ha sostenido este Tribunal en diversas Resoluciones, entre las que cabe citar la 134/2012, de 31 de octubre y la 38/2013, de 6 de marzo, la razón de ser de que la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. A ello responde la prohibición del anteriormente citado artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. Por ello, tanto el orden de apertura, como el contenido de los sobres no solo

son requisitos o exigencias contenidos en las cláusulas del PCAP, sino que derivan de una exigencia legal.

Por lo tanto, requisito previo e indispensable para garantizar este orden de apertura y la consiguiente imparcialidad en la valoración, es que los sobres que contienen la ofertas se presenten cerrados y no pueden abrirse hasta el momento procedimental oportuno, en cada caso.

En el supuesto que nos ocupa, con independencia de la responsabilidad que pudiera concurrir, el hecho es que la Mesa comprobó que los sobres se habían presentado abiertos, sin que el recurrente haya podido acreditar lo contrario, por lo que actuó correctamente al excluir al licitador y el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por don R.F.B., actuando en su propio nombre, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Área de Gobierno de Portavoz, Coordinación de la Junta de Gobierno y Relaciones con el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 8 de febrero de 2017, por el que se le excluye del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco de Servicios de creación publicitaria declarada de gestión centralizada y de Servicios de creación para las campañas institucionales de comunicación del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos (2 lotes), exp.180/2016/01661.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista

en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.