

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

En Madrid, a 15 de julio de 2020.

VISTA la reclamación interpuesta por la representación de la empresa INSPIRING MOVES, S.L., (en adelante INSPIRING) contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 29 de junio de 2020 por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del “Contrato de Servicios de Gestión de la Creatividad y Producción Publicitaria de Canal de Isabel II, S.A”, Expte nº 273/2019, este Tribunal ha acordado

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 24 de febrero de 2020, y en el DOUE de 25 del mismo mes, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 550.00 euros y su duración es de 12 meses.

Segundo.- El 26 de junio de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal reclamación formulada por la representación de la empresa INSPIRING contra su exclusión del procedimiento de licitación.

Tercero.- La mesa de contratación, en su reunión de 29 de mayo de 2020, comprobó que en el sobre de la oferta presentada por INSPIRING figuraba junto a los tres sobres de los que se compone la presente licitación cerrados y firmados por el licitador, un pen drive que contenía tres carpetas independientes con los siguientes nombres: SOBRE 1, SOBRE 2 y SOBRE 3. En base a ello, acordó no tomar en consideración la oferta presentada por la empresa INSPIRING al considerar que ha incluido documentación propia de los sobres de la oferta en un pendrive de acceso abierto, incumpliendo adicionalmente lo establecido en la cláusula 11 letra A) en lo relativo al sobre nº 1.

A la licitación se presentaron 21 empresas.

Cuarto.- El expediente de contratación se rige por Ley 31/2007, de 30 de octubre, en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera Real Decreto Ley 3/2020 de 4 de febrero de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (RDLSE), sin perjuicio de que a la tramitación de la Reclamación le sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse dictado el acto objeto de reclamación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la citada disposición transitoria.

El artículo 121.1 del mencionado Real Decreto-Ley establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la Ley

9/2017, de 8 de noviembre que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Quinto.- El 6 de julio de 2020, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, de conformidad con el artículo 56.2 de la LCSP, solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula 1.1 del Pliego de Condiciones establece que *“el contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los trasportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado”*.

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 120 y siguientes del RDLSE.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, de acuerdo con el Artículo 48 de la LCSP, a la que se remite el artículo 121 del RDLSE.

Asimismo, se acredita la representación del firmante de la reclamación.

Tercero.- El acto objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto del RDLSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1: *“b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los*

referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos". El acto es susceptible de reclamación a tenor de los artículos 119.2. b) del citado RDLSE.

Cuarto.- La reclamación se ha interpuesto contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 29 de mayo de 2020, siendo publicada el 5 de junio, por lo que la reclamación se ha presentado dentro del plazo legal de 15 días previsto en el artículo 50.1 de LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo del asunto el reclamante fundamenta su reclamación en lo establecido en el apartado 5.2 del Anexo I del PCAP que establece *"Documentación acreditativa de los requisitos de selección cualitativa económica y financiera, y técnica o profesional. Se deberá entregar un juego en formato papel y un juego en formato digital (doc o pdf) de la documentación referida a los requisitos de selección cualitativa económica y financiera, y técnica o profesional"*.

Considera que la inclusión del pendrive con la información referida a los tres sobres se llevó a cabo en cumplimiento de lo indicado en este apartado.

Considera que no se ha infringido lo previsto en la Cláusula 11 del PCAP que regula la *forma y contenido de las proposiciones*. El contenido del pendrive está dividido en tres carpetas o sobres coincidiendo exactamente con los tres sobres de los que se compone la licitación precisamente para cumplir con las exigencias del Pliego.

A mayor abundamiento, considera que, en ningún apartado del Pliego, más allá del indicado, desde luego no en la precitada cláusula 11, se establece la manera de aportar la copia digital de la documentación, por lo que habrá de estarse al contenido del punto 5.2 indicado.

A su juicio, partiendo del principio de confianza legítima, las posibles consecuencias adversas de esa falta de claridad debe afrontarlas la propia Administración con arreglo al principio jurídico general que impide a los sujetos de

derecho beneficiarse de sus propias torpezas o incumplimientos, condensado en el aforismo latino “allegans turpitudinem propriam non auditur”, no cabe presumir, en contra de la reclamante que ha incumplido por algo que no estaba especificado de manera clara en el propio Pliego.

Finalmente, subsidiariamente respecto de la anterior alegación, considera que debe tenerse en cuenta la absoluta falta de intencionalidad que habría existido por parte de INSPIRING.

Por su parte, el órgano de contratación señala que los pliegos son la ley del contrato y de obligado cumplimiento. A mayor abundamiento, los pliegos no fueron impugnados, y la presentación de la oferta supone la aceptación de los pliegos sin salvedad alguna.

Señala, en cuanto al formato de las ofertas, que el apartado 10.14 del Anexo I del PCAP indica que las ofertas se componen de TRES (3) sobres:

- Sobre nº 1 “Documentación administrativa”.
- Sobre nº 2 “Proposición relativa a los criterios sujetos a un juicio de valor”.
- Sobre nº 3 “Proposición relativa a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”.

Considera que, en los Apartados A, B y C de la Cláusula 11 del PCAP, que indican con claridad la documentación que debe contener cada uno de los tres sobres.

Sostiene que, en la cláusula 13 del PCAP “*Acreditación de la capacidad para contratar y efectos de la propuesta de adjudicación. Desistimiento*” se indica la documentación que debe aportar el licitador propuesto como adjudicatario, es decir, esta documentación no se entrega inicialmente en los tres sobres de la oferta. Entre la documentación referida en la cláusula 13 del PCAP se incluye la documentación

acreditativa de los Criterios de selección cualitativa de los operadores económicos referida en el apartado 5.2 del Anexo I del PCAP. Únicamente el licitador propuesto como adjudicatario debe entregar la documentación referida en el apartado 5.2 del Anexo I del PCAP entregando un juego en formato papel y una copia en formato digital (doc o pdf). Por dicha circunstancia no hay ninguna referencia en la cláusula 11 del PCAP sobre la aportación en formato digital de la documentación referida en el apartado 5.2 del Anexo I del PCAP.

Considera que, en cualquier caso, la copia en formato digital (doc o pdf) se refiere exclusivamente a los criterios de selección cualitativa económica y financiera, técnica y profesional de los operadores económicos. No se refiere ni a la documentación administrativa, ni a la propuesta relativa a los criterios sujetos a un juicio de valor, ni a los criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas ni a la proposición económica, que es la documentación que la reclamante incluyó en su oferta. Por lo tanto, al contrario de lo que alega la reclamante, la inclusión del pen drive con los tres sobres de su oferta no responde a la obligación de entrega de una copia en formato digital (doc o pdf) establecida en el apartado 5.2 del Anexo I del PCAP.

Finalmente, considera que a regulación establecida en el PCAP sobre la documentación a introducir en cada sobre no constituye una cuestión meramente formal, sino una cuestión material que afecta a la esencia del procedimiento de licitación. La separación en sobres de la oferta responde a la necesidad de mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento de apertura correspondiente, especialmente en casos como éste en el que en el PCAP hay tanto criterios de valoración sujetos a juicio de valor (que son los primeros en valorarse) como criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Vistas las alegaciones de las parte, procede dilucidar en primer lugar si las cláusulas del PCAP pueden inducir a algún error que hubiera llevado al reclamante a presenta el pen drive sin encriptar, donde se incluye la información del contenido de

los tres sobres y, en caso de no producirse esta circunstancia que consecuencia jurídica tendría la aportación de esta documentación en el procedimiento de licitación para dicho reclamante.

Analizado el contenido de los Pliegos, en concreto la cláusula 11 en sus apartados A, B y C, se aprecia que su contenido es claro, especificando la documentación que debe incluirse en cada uno de los tres sobres del apartado 10.14 del Anexo I, sin que se mencione la copia en formato digital señalada por el reclamante.

Tal como señala el órgano de contratación, entre la documentación referida en la cláusula 13 del PCAP se incluye la documentación acreditativa de los Criterios de selección cualitativa económica y financiera, técnica y profesional de los operadores económicos referida en el apartado 5.2 del Anexo I del PCAP. Únicamente el licitador propuesto como adjudicatario debe entregar la documentación señalada en el apartado 5.2 del Anexo I del PCAP entregando un juego en formato papel y una copia en formato digital (doc o pdf).

Se constata, por tanto, que los Pliegos establecen con claridad y precisión la documentación que los licitadores deben aportar en los distintos sobres, sin que entre ello estuviera el pen drive aportado por el reclamante. Prueba de la claridad del PCAP es que de los 21 licitadores presentados ninguno ha planteado dudas al respecto.

Llegados a este punto, procede determinar las consecuencias jurídicas de la inclusión, junto a los sobres cerrados, de un pen drive sin encriptar que contiene completa la documentación de los tres sobres. En definitiva, si efectivamente ha habido una vulneración del principio de secreto de las ofertas y con ello una vulneración de la objetividad de la valoración y del tratamiento igualitario de los licitadores.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 157 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) establece *“Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”*.

Así mismo, el artículo 139.2 señala que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación”*.

En este sentido, el criterio establecido por el legislador, no tiene un carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la valoración de criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas.

A este respecto, este Tribunal aplicando un criterio no formalista en diversas resoluciones (por todas Resolución 272/2019, 26 de junio), considerando que no es causa de exclusión la inclusión de algún dato referido a criterios de adjudicación en el sobre correspondiente a la documentación administrativa, siempre que no hubiera criterios de valoración sujetos a juicio de valor. En la resolución mencionada manteníamos *“Por tanto, no se incluyen criterios sometidos a juicio de valor, por lo*

que la vulneración del secreto de las ofertas en el presente caso no afecta al principio de transparencia y objetividad, ya que el conocimiento por el órgano de contratación de algunos de los criterios sometidos a fórmulas matemáticas que debería estar incluidos en el sobre nº 3 sobre “proposición relativa a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas” (en la licitación no existe sobre nº 2), con carácter previo a su apertura, no otorga la más mínima discrecionalidad o posibilidad de manipulación en la valoración de la documentación incluida en el sobre nº 3, al tratarse de criterios objetivos que resultan de una simple operación matemática”.

Resulta evidente que en el caso que nos ocupa no se dan esas circunstancias, al incluirse criterios sometidos a juicio de valor, que al permitir al órgano de contratación un posible conocimiento previo de los criterios sometidos a fórmulas, puede perturbar su objetividad al valorar aquellos, afectando claramente al principio de igualdad de trato de los licitadores y al secreto de las proposiciones.

Respecto a la falta de intencionalidad, este Tribunal no pone en cuestión esta circunstancia, pero nada puede aportar ante un incumplimiento de los Pliegos, de las previsiones de la LCSP y una clara vulneración, en caso de haberse admitido su propuesta, del principio de igualdad de trato de los licitadores.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLSE en relación al 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 la reclamación interpuesta por la representación de la empresa INSPIRING MOVES, S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 29 de junio de 2020 por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del “Contrato de Servicios de Gestión de la Creatividad y Producción Publicitaria de Canal de Isabel II, S.A”, Expte nº 273/2019.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.