



Recurso nº 032/2012

Resolución nº 061/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 29 de febrero de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.L.P.G, en representación de TPI EDITA, S.A., contra el acuerdo de la mesa única de contratación de la Dirección General del IMSERSO por el que se excluía a la recurrente de la licitación convocada para adjudicar, mediante procedimiento abierto, el contrato de servicios de edición e impresión de publicaciones periódicas (revistas) y trabajos preparatorios para su distribución en el IMSERSO, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General del IMSERSO convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, respectivamente, los días 26 de noviembre y 10 de diciembre de 2011, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de servicios más arriba citado, con un valor estimado de 1.576.174,96 euros (IVA excluido). A la licitación de referencia presentó oferta la recurrente.

Segundo. Examinada la documentación personal (sobre A), acreditativa del cumplimiento de requisitos previos de los licitadores, con fecha 20 de enero de 2012, según consta en el correspondiente acta incorporada al expediente, la mesa de contratación en acto público procedió a la apertura de la documentación técnica (sobre B), acordando el traslado de las ofertas no excluidas a la unidad promotora del expediente para que efectuara su estudio y valoración.

Reunida nuevamente la mesa de contratación el 31 de enero de 2012 para la apertura en acto público de las ofertas económicas y otros criterios (sobre C), tras el examen de la documentación técnica antes señalada, se informa a los asistentes de la exclusión, entre

otras, de la empresa recurrente por incluir en el sobre B mejoras -que deberían de haberse incluido en el sobre C-, vulnerándose así el secreto de su oferta. Con fecha 7 de febrero de 2012 se notifica a la ahora recurrente su exclusión.

Tercero. Contra el citado acuerdo de exclusión, interpone la recurrente recurso especial en materia de contratación, mediante escrito presentado en el registro de este Tribunal el día 9 de febrero de 2012, en el que solicita la anulación de la exclusión adoptada por la mesa de contratación, así como la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Con fecha 16 de febrero de 2012 el órgano de contratación remite a este Tribunal el expediente acompañado del correspondiente informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 16 de febrero de 2012, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen.

Con fecha 20 de febrero de 2012 han tenido entrada en el registro de este Tribunal las alegaciones presentadas por ESTILO ESTUGRAF IMPRESORES, S.L. en las que solicita la desestimación del recurso interpuesto por TPI EDITA, S.A. (TPI en adelante).

Sexto. Con fecha 22 de febrero de 2012 el Tribunal acordó desestimar la medida cautelar solicitada consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Teniendo en cuenta que el acto recurrido es el acuerdo de exclusión de un procedimiento de licitación referido a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, debe considerarse que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Segundo. Asimismo y de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP, corresponde la competencia para resolver el citado recurso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, e igualmente se cumplen las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 de la citada Ley.

Cuarto. La cuestión de fondo que se plantea en el recurso interpuesto contra el acuerdo de la mesa de contratación se refiere a la exclusión de TPI como consecuencia de la inclusión en el sobre B (documentación técnica) de información a incluir en el sobre C (oferta económica y otros criterios), señalado la recurrente que *“el lugar idóneo para incorporar las variantes o mejoras de carácter técnico y las referentes a la calidad respecto de las que constituyen el objeto del contrato es el sobre B, por así establecerlo expresamente el pliego de cláusulas administrativas”*, en consecuencia, la recurrente entiende que las cláusulas del pliego inducen a actuar como lo ha hecho. En concreto se refiere a las cláusulas 9.4 y 9.5 y al anexo 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

El órgano de contratación en su informe reproduce las cláusulas del pliego referidas al contenido del sobre C (cláusulas 1, 9.5 y 11.3) que, en definitiva, justifican la exclusión de la ahora recurrente por incluir información del sobre C -plazos de entrega e incremento del número de ejemplares- en el B, lo cual entiende contrario a lo dispuesto en la cláusula 9.5 del pliego y al artículo 145.2 del TRLCSP.

A estos efectos interesa señalar que la información que la mesa de contratación entiende que determina la exclusión del procedimiento de la ahora recurrente, se incluye en el sobre B en su Propuesta de prescripciones técnicas (páginas 2 y 3) y se refiere, de un lado, al plazo de entrega de ejemplares (inferior a dos días), y de otro, al incremento del número de ejemplares de cada una de las revistas.

Quinto. Vistas las posturas de las partes, se hace necesario reproducir con carácter previo las cláusulas del pliego a las cuales se refieren tanto la recurrente como el órgano de contratación. A este respecto, y como punto de partida, es preciso señalar que los

pliegos de un procedimiento de licitación constituyen un conjunto de cláusulas, y así, para conocer el significado de una cláusula, es necesario considerarla junto con aquellas otras que están relacionadas con la misma.

La cláusula 9.4 del pliego señala respecto al contenido del sobre B lo siguiente:

*“9.4.- El **Sobre "B"-DOCUMENTACIÓN TÉCNICA-** contendrá la proposición del interesado que, de conformidad con los criterios de valoración y, en su caso, con lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, requieran para su cuantificación un juicio de valor.*

Estará constituida por la oferta técnica referida a los criterios que reúnan los requisitos señalados en el párrafo primero de este punto y los documentos que se soliciten en el Pliego de Prescripciones Técnicas, incluidas en su caso, las variantes, mejoras y/o alternativas y demás documentos, catálogos, etc., que, en su caso, se soliciten. Dicha documentación será firmada por el licitador.

En este Pliego, en su Cláusula Primera, se indica el detalle de los criterios de valoración con especificación de cuál o cuales deben incorporarse al Sobre "B". (...)”

Por su parte la cláusula 9.5 referida al contenido del sobre C, que debe de ponerse en relación con las cláusulas 1 y 11.5 del pliego, señalan lo siguiente:

1.- ELEMENTOS DEFINITORIOS DEL CONTRATO

Cláusula	Criterios de	Criterio	SOBRE	Puntuación
	1	PRECIO	C	60 PUNTOS
	2	CALIDAD	B	30 PUNTOS
	3	MEJORAS	C	10 PUNTOS

9.- DOCUMENTACIÓN EXIGIDA

9.5.- El Sobre "C" -OFERTA **ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN REFERIDA A CRITERIOS CUANTIFICABLES-**, contendrá la proposición o proposiciones del interesado que, de conformidad con los criterios de valoración y, en su caso, con lo

establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sean cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Las proposiciones del interesado contenidas en este sobre, serán secretas y mantendrán este carácter hasta el momento de su apertura por la Mesa de Contratación. Estará constituida necesariamente por la oferta económica, y cualesquiera otros documentos o propuestas vinculadas a los criterios de valoración y lo que se soliciten en el Pliego de Prescripciones Técnicas, que cuenten con las características indicadas en el párrafo precedente.

Toda la documentación de este sobre se relacionará tal y como se indica en la cláusula 9.2.

La oferta económica se ajustará al modelo que figura en el Anexo 1 de este Pliego y comprenderá toda clase de gastos derivados del contrato con exclusión del IVA que lo grave, que se desglosará de forma independiente. (...)

11.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y ADJUDICACIÓN

11.3.- En la Cláusula Primera se establece el criterio de valoración que servirá de base para la adjudicación del contrato, así como la ponderación que se le atribuye.

1.-PRECIO. (...)

2.- CALIDAD. (...)

3.- MEJORAS. Puntuación máxima asignada a este criterio 10 puntos,

3.1 En los plazos de entrega de la preimpresión e impresión, exigidos en el punto 1.11 del Pliego de Prescripciones Técnicas

Entrega en tiempo inferior a 24 horas la preimpresión: 2 puntos

Entrega de la impresión en un tiempo inferior a dos días: 2 puntos

3.2 En la Tirada

Valoración por incremento del número de ejemplares de cada una de las revistas:

- Hasta 100 ejemplares: 1 puntos
- Hasta 250 ejemplares: 2 puntos
- Hasta 500 ejemplares: 3 puntos

3.3. En la manipulación y preparación para la distribución

Propuestas de encartes en:

- Un número 1 punto
- Dos números 2 puntos
- Tres números 3 puntos”

Sexto. Reproducidas las cláusulas del pliego que interesan, la primera cuestión a examinar será si efectivamente las cláusulas anteriormente reproducidas justifican, como manifiesta la recurrente, la inclusión de determinada información en el sobre B. En concreto de la información referida al plazo de entrega y al incremento del número de ejemplares de las revistas.

Pues bien, examinadas las cláusulas discutidas, entiende este Tribunal que las mismas son claras. Así, la cláusula 1 del pliego establece que las mejoras deberán incluirse en el sobre C, y la 11.3 incluye como mejoras las relativas a los plazos de entrega e incremento en el número de ejemplares de las revistas. En cuanto a la referencia que hace la cláusula 9.4 del pliego respecto a la posibilidad de incluir las mejoras en el sobre B, ello vendrá determinado por la cláusula 1 del pliego a lo cual se refiere expresamente la citada cláusula 9.4 al indicar que *“En este Pliego, en su Cláusula Primera, se indica el detalle de los criterios de valoración con especificación de cuál o cuales deben incorporarse al Sobre “B”, y en este sentido la citada cláusula 1 establece expresamente, tal y como ya hemos señalado, la inclusión de las mejoras en el sobre C.*

Respecto a las alegaciones realizadas por la recurrente, en cuanto a que el anexo 1 únicamente establece la cantidad total de la oferta, sin posibilidad de inclusión de mejoras, lo cual justifica la incorporación de mejoras de carácter técnico en el sobre B, las

mismas deben ser desestimadas pues la finalidad del anexo 1 únicamente es recoger la oferta económica de los licitadores, la cual es tan sólo una parte integrante del sobre C, en cuanto que de acuerdo con los pliegos (cláusulas 1, 9.5 y 11.3) en el mismo deben de incluirse, además de la oferta económica (según el modelo que se acompaña como anexo 1) otra documentación referida a criterios cuantificables mediante fórmulas, que en este caso son las mejoras y aspectos relacionados con la calidad.

Tampoco son admisibles las alegaciones del recurrente en cuanto a tratar de justificar su exclusión en la redacción poco clara del pliego, que es la que determina, según afirma, *“que hasta cuatro empresas hayan resultado excluidas por idéntica causa”* a la suya, pues de contrario siete empresas no han incurrido en dicha causa de exclusión, sin perjuicio de que, como hemos visto anteriormente, las cláusulas del pliego, entiende este Tribunal, son suficientemente claras y precisas.

En consecuencia, no pueden admitirse en este punto las alegaciones de TPI, en la medida que este Tribunal considera que las cláusulas citadas no justifican la inclusión en el sobre B de información sobre los plazos de entrega e incremento en el número de ejemplares de las revistas.

Séptimo. Por otra parte y a mayor abundamiento, es preciso reiterar el criterio de este Tribunal, puesto de manifiesto en resoluciones anteriores (por todas, resolución de 299/2011 de 7 de diciembre, recurso 253/2011), en el sentido de que el pliego de cláusulas administrativas particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga ni el principio de concurrencia ni el de igualdad, ya que los licitadores pueden concurrir, no se les ha restringido su derecho, sino que se les exige –obviamente– que concurren cumpliendo con las normas del pliego de cláusulas administrativas particulares. En efecto y abundando en lo dicho, como señala la resolución 253/2011 *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del*

Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982).

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido el pliego de cláusulas aquí discutidas.”

Octavo. Por último examinaremos la cuestión de fondo que se plantea en el recurso interpuesto contra el acuerdo de la mesa de contratación y que se refiere a la exclusión de TPI como consecuencia de la inclusión en el sobre B (documentación técnica) de información a incluir en el sobre C (oferta económica y otros criterios).

Así, argumenta TPI que la documentación incluida en el sobre B no infringe la obligación de secreto que afecta a las condiciones económicas de la oferta, siendo el sobre B el lugar idóneo para incorporar las mejoras de carácter técnico y referentes a la calidad.

Lo que se trata de determinar es, en definitiva, si esa inclusión de información en el sobre B, referida a los plazos de entrega e incremento en el número de ejemplares de las revistas, que debe de incluirse exclusivamente en el sobre C, puede afectar a la valoración a realizar por los técnicos de la documentación que compone el sobre B, pues

la información incluida en el sobre C es evaluable de forma automática y no está sujeta a juicio de valor.

En este sentido, como ya señalábamos en nuestra resolución 47/2012 de 3 de febrero, recursos 18/y19/2012, el artículo 1 del TRLCSP establece entre sus fines el garantizar el principio de *“no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”*. En el mismo sentido el artículo 139 de la citada Ley señala que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”*.

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).

A esta exigencia obedece que los artículos 145.2 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

En fin son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 150. 2 del TRLCSP disponga que *“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”*, y que en su ejecución el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente el TRLCSP, disponga de un lado en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro el artículo 26 imponga que *“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 aquéllos”.

Así las cosas la norma cuando se refiere a “documentación” no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene (“escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”, en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, RAE, 22 edición) pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores.

De otra parte la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre B resulta ratificada en el sobre C, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión- por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aun, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada.

Así, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no hayan cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la general, la sujeta a juicio de valor y la evaluable de forma automática, la documentación en este caso a incluir en el sobre C y referida a los plazos de entrega e incremento en el número de ejemplares de las revistas, que se han incluido en el sobre B, haría que los técnicos al realizar su valoración dispusieran de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquellos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP. Ello supone también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 145.2 de la Ley citada, pues documentación o información que debiera de estar incorporada en el sobre C se conoce con anterioridad a la apertura del mismo.

La situación antes descrita -tratada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 68/08 de 2 de diciembre, si bien referida a la Ley 31/2007, de 30 de

octubre- hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas.

En consecuencia, sentada la conclusión de que la recurrente fue correctamente excluida del procedimiento de licitación por no ajustarse su oferta a las exigencias del pliego de cláusulas administrativas particulares, pues tal incumplimiento afecta al procedimiento de selección de los licitadores y, en particular, al principio de igualdad de trato entre los mismos exigido en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la exclusión efectuada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.L.P.G, en representación de TPI EDITA, S.A., contra el acuerdo de la mesa única de contratación de la Dirección General del IMSERSO por el que se excluía a la recurrente de la licitación convocada para adjudicar, mediante procedimiento abierto, el contrato de servicios de edición e impresión de publicaciones periódicas (revistas) y trabajos preparatorios para su distribución en el IMSERSO, por ser su exclusión conforme a derecho.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.