



Recurso nº 294/2012

Resolución nº 300/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 21 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D S.A.M., en representación de la empresa PRYSMA CALIDAD Y MEDIO AMBIENTE, S.A. contra el acuerdo de la Mesa de contratación de la entidad pública empresarial Red.es de 26 de noviembre de 2012 por el que se excluyó a dicha empresa de la licitación para la contratación de un “Servicio de auditoría, mejora de la *web* y *marketing on line* del proyecto demostrador plurirregional de soluciones y servicios en establecimientos hoteleros y alojamientos conectados”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Órgano de contratación de Red.es convocó, mediante anuncios publicados en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Estado los días 8 y 9 de octubre de 2012, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto, del contrato de “Servicio de auditoría, mejora de la *web* y *marketing on line* del proyecto demostrador plurirregional de soluciones y servicios en establecimientos hoteleros y alojamientos conectados”, dividido en dos lotes y con un valor estimado de 3.415.255,74 euros.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de ofertas el día 20 de noviembre de 2012, se recibieron en el registro del Órgano de contratación un total de veinte proposiciones para los dos lotes en los que se divide el contrato.

Tercero. La Mesa de contratación de Red.es se reunió el día 26 de noviembre de 2012 para la celebración del acto de apertura de los sobres 1 y 2, relativos a la documentación administrativa y acreditativa de la solvencia de las empresas licitadoras. En dicho acto, la Mesa de contratación acordó excluir a la empresa PRYSMA CALIDAD Y MEDIO

AMBIENTE, S.A., por no haber entregado debidamente cerrado el sobre nº 3, relativo a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor.

Cuarto. El acuerdo de exclusión fue notificado a la entidad recurrente por fax el mismo día 26 de noviembre de 2012.

Quinto. Con fecha de 29 de noviembre de 2012 PRYSMA CALIDAD Y MEDIO AMBIENTE, S.A. anunció al Órgano de contratación su intención de interponer recurso especial en materia de contratación contra el referido acuerdo de exclusión de la Mesa, recurso que fue interpuesto ante el Órgano de contratación en esa misma fecha.

Sexto. El día 3 de diciembre de 2012 el Órgano de contratación remitió a este Tribunal el expediente de contratación junto al informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, con fecha de 5 de diciembre de 2012, dio traslado del recurso especial a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el referido trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, por ser el Red.es un poder adjudicador integrado en el sector público estatal.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la entidad recurrente concurre a la licitación y ha sido excluida de la misma. En consecuencia, es titular de un interés legítimo (la eventual adjudicación del contrato) que se ve afectado por la resolución objeto de recurso. Concorre en la entidad recurrente, en consecuencia, la legitimación exigida por el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El contrato objeto de recurso es un contrato de servicios cuya cuantía es superior a 200.000€, por lo que tiene la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada conforme al artículo 16.1.b) del TRLCSP. En consecuencia, el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Es objeto de recurso el acuerdo de la Mesa de contratación de Red.es de 26 de noviembre de 2012 por el que se excluyó de la licitación a la empresa recurrente. Se trata, por tanto, de un acto susceptible de recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.b) del TRLCSP, pues entre la notificación del acto impugnado, que tuvo lugar el 26 de noviembre de 2012, y la interposición del recurso (el 29 de noviembre de 2012) no ha transcurrido el plazo de quince días hábiles establecido al efecto.

Consta en el expediente el anuncio del recurso al Órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, procede examinar si la exclusión de la recurrente acordada por la Mesa de contratación de Red.es resulta o no ajustada a Derecho. El acuerdo recurrido fundamenta dicha exclusión en la circunstancia de que la empresa PRYSMA CALIDAD Y MEDIO AMBIENTE, S.A. no entregó el sobre nº 3, relativo a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor, debidamente cerrado, tal y como exige el apartado 3.1. del Pliego de Condiciones Generales por el que se rige la contratación. La entidad recurrente considera, por el contrario, que entregó en tiempo y forma la documentación exigida en los Pliegos, por cuanto que la documentación se presentó en el Registro de Red.es en un paquete cerrado, en cuyo interior se encontraban los sobres con la documentación necesaria para participar en la licitación del lote nº 1 del contrato de continua referencia, siendo así la persona encargada del Registro abrió el paquete, alegando que las cajas de cartón no eran necesarias, extrajo la documentación del interior, y devolvió al compareciente el paquete vacío, entregando una única hoja de registro, en lugar de una correspondiente a cada uno de los sobres presentados. Señala la recurrente que al efectuar el Registro una recepción individualizada de los sobres, sin informar de defecto alguno en los mismos, se consideró que todo estaba correcto, siendo así que, de haber sido advertida de la existencia de alguna irregularidad, podría haberla subsanado, dado que la hora de entrega de la documentación fue las 11.39 horas, y el plazo de presentación de proposiciones expiraba a las 13.00 horas. Y añade que la documentación del sobre nº 3 se entregó por duplicado, en soporte papel y en soporte magnético, en diferentes sobres

identificados, de manera que si un sobre hubiera sido abierto se podría comprobar que la información no ha sido alterada acudiendo a los duplicados (en otro soporte) existentes en otro sobre, quedando por ello, a su juicio, plenamente garantizada la confidencialidad.

Sexto. Este Tribunal ha declarado (por todas, Resoluciones 47/2012 y 173/2012, de 3 de febrero y 8 de agosto de 2012, respectivamente), que *“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 del TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica)”*, y que *“a esta exigencia obedece que los artículos 145 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”*.

El Tribunal, siguiendo en este punto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 38/07, de 29 de octubre de 2007), ha señalado (Resolución 205/2011, de 7 de septiembre) que *“la contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP). Lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites. Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos.”*

El principio de igualdad de trato justifica el mandato contenido en el artículo 145.2 del TRLCSP, con arreglo al cual *“las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”*. Y, con la finalidad de garantizar este secreto, el artículo 80.1 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 (RGLCAP), dispone que *“la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa”*, añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse *“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” (apartado 2), articulándose medidas (apartado 3) para el caso en que “se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”.

Como se indicó en la ya citada Resolución 205/2011, la citada normativa *“persigue por tanto una doble garantía, por un lado, asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el periodo de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público, (...) y por otro, que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada”.* Y es que, como se indicó en la Resolución 205/2012, el secreto que afecta a las proposiciones de los licitadores, *“además de poder ser verificable cuando tenga lugar el acto público de apertura de las ofertas, alcanza no sólo a otros licitadores en el procedimiento sino incluso a los propios gestores del expediente de contratación, incluidos los miembros de las mesas de contratación a quien corresponde valorar las ofertas, y cuyo conocimiento no podrá ser anterior al momento de su apertura en el correspondiente acto público.”*

En esta misma línea, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de noviembre de 2009, declara que el secreto de las proposiciones que impone el artículo 80 del RGLCAP *“trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o Administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias.”*

Expuesta, en los términos anteriores, la doctrina general de este Tribunal sobre el secreto de las proposiciones de los licitadores, se examinará seguidamente su aplicación al concreto supuesto objeto de recurso.

Séptimo. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 145.2 del TRLCSP y en el artículo 80 del RLCAP, la cláusula 3.1 del Pliego de Condiciones Generales aplicable a la contratación dispone que *“cuando las ofertas se presenten en papel, la documentación deberá estar contenida en la estructura de sobres definida a continuación, debiendo los*

sobres estar cerrados y firmados por el licitador o persona que lo represente". En la misma cláusula se desarrolla el contenido de cada uno de los sobres que han de presentar los licitadores, indicándose, en lo que aquí interesa, que *"en el sobre número 3 se incluirá la proposición relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor, a la que se acompañará con un resumen ejecutivo de la misma y una relación a modo de índice de la documentación incluida en la que el licitador deberá enumerar y nombrar los documentos aportados con un máximo de cinco entradas. La proposición se deberá entregar en sobre cerrado incluyendo dos juegos en formato papel y dos juegos en soporte digital..."*. De los preceptos normativos citados y del Pliego de Condiciones Generales se desprende, en suma, la exigencia de que los licitadores presenten toda la documentación del sobre nº 3 (criterios cuya valoración depende de un juicio de valor) en un sobre cerrado.

Pues bien, frente a las alegaciones de la recurrente de que presentó toda la documentación en una caja de cartón que fue abierta por el encargado del Registro, el Órgano de contratación opone la declaración de la persona que se encargaba del Registro de Red.es el día en el que tuvo lugar la presentación de la oferta de la recurrente (documento nº 21 del expediente de contratación remitido), y que sostiene que *"los citados documentos físicos no estaban en contenidos en ninguna caja de cartón ni en ningún otro contenedor, por lo que no se procedió a abrir ningún contenedor físico"*, y que *"dio entrada en el Registro de la entidad de cinco documentos, cuatro de ellos en formato sobre de papel tamaño A4 y un quinto en soporte "archivador", imprimiendo y colocando en los mismos las etiquetas autoadhesivas en donde se recoge la fecha y hora de entrada de todos los documentos"*, entregando a la persona que venía en representación de la entidad recurrente una copia de la etiqueta autoadhesiva en la que constaba la fecha y hora de entrada de los citados documentos". Añade el Órgano de contratación que *"se identificaba en cada uno de los sobres de papel de tamaño A4 lo siguiente: Sobre 1: Capacidad Jurídica; Sobre 2: Solvencia económica, financiera y técnica; Sobre 3: Propuesta técnica y Sobre 4, Propuesta económica. En el caso del sobre 3, además de presentarse en papel tamaño A4 se adjuntaba el referido archivador con la misma carátula que el sobre de papel, esto es, 'Sobre 3, Propuesta técnica', completamente abierto, es decir, sin que el archivador se incluyera dentro de ninguna caja de cartón ni de ningún otro contenedor que pudiera considerarse cerrado o que pudiera evitar su lectura"*.

La oficina de registro de Red.es tiene, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 y en la disposición adicional segunda del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, expedición de copia de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, la consideración de órgano administrativo, a efectos de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, por ejercer funciones con efectos jurídicos frente a terceros. Tales funciones son las previstas en el artículo 13 del Real Decreto 772/1999 citado (entre las que se incluye la recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones presentados por los interesados, la anotación o registro de los correspondientes asientos de entrada o salida y la expedición de recibos acreditativos de la presentación) funciones que, en el concreto ámbito de la contratación administrativa, concreta el artículo 80 del RGLCAP, cuyo apartado 2 previene que *“los sobres... habrán de ser entregados en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio o enviados por correo dentro del plazo de admisión señalado en aquél,... respetando siempre el secreto de la oferta”*, añadiendo su apartado 3 que *“en el primer caso (presentación en las dependencias u oficinas designadas en el anuncio) las oficinas receptoras darán recibo al presentador en el que constará el nombre del licitador, la denominación del objeto del contrato y el día y hora de la presentación”*. El sellado y registro de documentos constituye una manifestación de la potestad certificante de la Administración, por cuanto que dicha actuación permite acreditar tanto el hecho mismo de la presentación de documentos ante la Administración como su fecha y hora.

Pues bien, como se ha indicado, la persona encargada del Registro de Red.es el día 20 de noviembre de 2012 ha manifestado (documento nº 21 del expediente remitido) que quien compareció aquel día en nombre de PRYSMA CALIDAD Y MEDIO AMBIENTE S.A. portaba varios documentos físicos no incluidos en ninguna caja o contenedor, registrándose cinco documentos, cuatro de ellos en formato tamaño A4 y un quinto en soporte archivador, y entregándose al compareciente un recibo en el que constaba la fecha y hora de entrada de dichos documentos. La actuación de la oficina de registro goza, además de la aludida eficacia certificante frente a la Administración y frente a terceros, de la presunción de validez que corresponde a todo acto administrativo (artículo 11 del Real Decreto 772/1999 en relación con el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre), sin que, por otra parte, las alegaciones de la recurrente desvirtúen la corrección del acuerdo de exclusión objeto de recurso.

Efectivamente, frente a la alegación de que la empresa presentó toda la documentación en una caja cerrada, con lo que quedaba garantizado el secreto de su proposición, hay que señalar que tanto la normativa aplicable (artículo 80 del RGLCAP) como los Pliegos (cláusula 3.1 del Pliego de Condiciones Generales) exigían la presentación de la documentación no en una única caja cerrada sino en sendos sobres cerrados y, en lo que se refiere al sobre nº 3, en un sobre cerrado comprensivo de los numerosos documentos que han de conformar la oferta técnica, y que, por tal motivo, se prevé que hayan de ir acompañados de un resumen ejecutivo y de un índice. Tal procedimiento (exigencia de la presentación de la documentación en sendos sobres cerrados) es el único que garantiza el secreto de las proposiciones, tanto frente a terceros como frente a la propia Administración, hasta el acto público de apertura. La presentación de una parte de la documentación cuya valoración se somete a un juicio de valor en un archivador completamente abierto (por mucho que toda la documentación de la licitación pudiera haberse incluido en una caja cerrada, como sostiene la recurrente) no permite en modo alguno preservar el secreto de la proposición.

La alegación de que la persona encargada del Registro no advirtió al compareciente que uno de los documentos presentados no figuraba en sobre cerrado, impidiendo la subsanación de ese defecto en plazo, tampoco resulta atendible, por cuanto que dicha advertencia excede de las competencias que, con arreglo a Derecho (artículo 13 del Real Decreto 772/1999), corresponden a las oficinas de registro. Forma parte del deber de diligencia de los licitadores verificar que las proposiciones que formulan se ajustan a las exigencias formales previstas en los Pliegos, que son la ley del contrato, disponiendo expresamente la cláusula 2.1 del Pliego de Condiciones Generales que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el presente Pliego, en el Pliego de Condiciones Particulares y en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

Por otra parte, la entrega de un único recibo al compareciente se ajusta a lo dispuesto en el artículo 80.3 del RGLCAP, que impone a las oficinas de registro la recepción de los sobres que contengan la documentación de los licitadores y la entrega de un recibo al

presentador, en el que conste el nombre del licitador, la denominación del objeto del contrato y el día y hora de la presentación, como es el caso.

Por último, la presentación por la recurrente de una copia de la documentación en soporte digital (exigencia impuesta a todos los licitadores en los Pliegos) permitiría, en su caso, acreditar la integridad de la documentación incluida en el sobre nº 3, esto es, la ausencia de alteraciones, adiciones o supresiones en dicha documentación, pero no el secreto de la proposición ni frente a la Administración ni frente a terceros, siendo así que la normativa aplicable (artículo 83.2 del RGLCAP) exige preservar dicho secreto hasta el acto de apertura pública de la documentación.

En conclusión, la presentación de la documentación del sobre nº 3 fuera de un sobre cerrado, además de posibilitar una eventual alteración de la oferta técnica permite a la Mesa de contratación tener conocimiento de determinados aspectos de la proposición en un momento procedimental en el que la oferta debe ser secreta para todos, vulnerando el secreto de las proposiciones y la finalidad que con dicho secreto se pretende salvaguardar, que no es otra que la de garantizar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículos 1 y 139 del TRLCSP). Por todo ello, ha de considerarse que el acuerdo de la Mesa de contratación de Red.es de 26 de noviembre de 2012 por el que se excluyó a la empresa PRYSMA CALIDAD Y MEDIO AMBIENTE S.A. del procedimiento de licitación, es ajustado a Derecho, por lo que el recurso especial ha de ser desestimado.

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. S.A.M., en representación de la empresa PRYSMA CALIDAD Y MEDIO AMBIENTE, S.A. contra el acuerdo de la Mesa de contratación de Red.es de 26 de noviembre de 2012 por el que se excluyó a dicha empresa de la licitación del contrato de “Servicio de auditoría, mejora de la *web* y *marketing on line* del proyecto demostrador plurirregional de soluciones y servicios en establecimientos hoteleros y alojamientos conectados”, por vulnerar la forma de

presentación del sobre nº 3 por dicha empresa (criterios valorables mediante un juicio de valor) el secreto de las proposiciones.

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 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.