

Recurso nº 31/2018**Resolución nº 30/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 21 de junio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.M.R.F. y M.S.F.S. actuando en nombre y representación de ZENITH BR MEDIA S.A. contra las irregularidades acaecidas en el procedimiento de licitación del acuerdo marco del servicio de elaboración, producción y plan de medios de la campaña de promoción de los recursos naturales, culturales y gastronómicos de Galicia durante 2018, promovido por la Agencia Turismo de Galicia, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Agencia Turismo de Galicia se convocó la licitación del acuerdo marco del servicio de elaboración, producción y plan de medios de la campaña de promoción de los recursos naturales, culturales y gastronómicos de Galicia, con un valor estimado declarado de 5.714.876,03 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el Perfil del contratante el 5.12.2017, en el DOUE del 7.12.2017, DOGA del 13.12.2017, y BOE del 18.12.2017.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, el contrato estuvo sometido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- El día 19 de abril la mesa de contratación procedió a la apertura del sobre C de la oferta de la recurrente, acordando la exclusión de la misma por incumplir lo previsto en el PCAP.

Cuarto.- En fecha 14.05.2018 ZENITH BR MEDIA S.A. (en adelante, ZENITH) interpuso recurso especial en materia de contratación en base a las distintas

irregularidades sucedidas en el procedimiento de licitación, recurso presentado en el órgano de contratación, que tuvo ulterior entrada en este Tribunal el día 5.06.2018.

Quinto.- En esa misma fecha de 5.06.2018 se reclamó a la Agencia Turismo de Galicia el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 8.06.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 12.06.2018, presentándose alegaciones el día 19.06.2018 por los representantes de las empresas INGENIO PROMEDIO, S.L. y AVANCE MARKETING Y MEDIO S.L.

Séptimo.- El 15.06.2018 el TACGal acogió la medida cautelar de suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- La recurrente ostenta legitimación para la interposición de este recurso especial en base a lo señalado en el artículo 48 de la LCSP ya que se trata de una persona cuyos derechos o intereses legítimos se ven perjudicados de manera directa por las decisiones objeto del recurso.

Cuarto.- El acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación el día 19.04.2018 fue notificado al día siguiente, por lo que el recurso tuvo entrada en el registro del órgano de contratación dentro del plazo legalmente exigible.

Quinto.- La recurrente impugna mediante su recurso las diversas irregularidades acaecidas en el procedimiento de contratación, sin hacer explícita referencia a un concreto acto impugnado.

Ahora bien, el fundamento del mismo se centra en la sesión de la mesa de contratación celebrada el día 19.04.2018 en la que se acuerda su exclusión de la licitación, por lo que presentándose el recurso en el plazo de 15 días desde la notificación del dicho acuerdo, cabe entender a los meros efectos de valorar la admisibilidad del recurso que el acto impugnado es el de exclusión del procedimiento de licitación, acto expresamente previsto en el art. 44.2.b) LCSP como susceptible de impugnación.

Sexto.- El recurso se fundamenta en tres irregularidades sucedidas a lo largo del procedimiento de licitación, como son: a) una primera inadmisión al procedimiento adoptada el 18.01.2018 y posteriormente revocada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, b) la apertura del sobre C de la oferta de la recurrente en un acto de la mesa de contratación no público, y c) la no valoración de la oferta de la recurrente en el informe correspondiente a los criterios objeto de juicio de valor. En base a todo lo relatado, solicita la nulidad del procedimiento de licitación.

Séptimo.- El órgano de contratación en su informe se opone a lo alegado en el recurso, indicando que la sesión de la mesa de contratación del día 19.04.2018 fue pública, si bien reconoce que por error no se procedió a su anuncio previo en la plataforma de contratos. Añade, además, que la oferta de la recurrente en lo que se refiere a los criterios sujetos a un juicio de valor sí fue debidamente informada y puntuada, si bien por error de redacción en el informe la denominación de la empresa no consta en el mismo. Y, por último especifica que la oferta de la recurrente en lo correspondiente al sobre C incumple los precios máximos fijados en el PCAP, por lo que fue correctamente excluida del procedimiento.

Octavo.- El representante de la entidad INGENIO PROMEDIO alega que el acto de apertura cuestionado fue público y que él estuvo presente en el mismo. Además, señala que en ese acto se dio lectura a la puntuación obtenida por la recurrente en la valoración del sobre B.

El representante de la entidad AVANCE alega que el recurso debería ser inadmitido al impugnarse una propuesta de adjudicación. En cuanto al fondo del mismo, señala que su empresa fue invitada a la apertura de los sobres B y C de la recurrente, por lo que esos actos fueron públicos. Indica que durante el procedimiento no se le produjo indefensión a la recurrente y que los errores, de haberse producido, fueron simplemente formales.

Noveno.- El primer hito puesto de manifiesto en el texto del recurso se refiere a una primera inadmisión de la oferta presentada por ZENITH acordada por la Mesa de contratación en fecha 18.01.2018. Contra este acuerdo la ahora recurrente interpuso

recurso especial ante el TACRC el día 12.02.2018, adoptándose resolución de suspensión del procedimiento el día 23.02.2018.

Con anterioridad a dicha suspensión, el órgano de contratación continuó la tramitación de la licitación, procediéndose a la apertura de los sobres B y C del resto de los licitadores participantes.

La cuestión en aquel momento expuesta ya fue resuelta por el TACRC en su Resolución 337/2018, en la que se acordó la estimación del recurso contra el acuerdo de inadmisión, ordenando la incorporación de la recurrente a la licitación y sin que esto lo llevara a pronunciarse sobre la nulidad de la licitación.

Estos hechos relatados determinaron que se produjera en el procedimiento de licitación una circunstancia no habitual, como es la apertura de la oferta de la recurrente de manera individualizada en sesiones de la mesa de contratación de las siguientes fechas: a) 13.04.2018 apertura sobre A; b) 13.04.2018 apertura sobre B y c) 19.04.2018 apertura sobre C.

Esta situación supone ya de facto que en el momento de la apertura del sobre B de la recurrente, ya habían sido conocidas las ofertas económicas del resto de licitadores, lo que nos lleva a examinar en primer lugar si ese hecho determina una vulneración del principio de igualdad.

A este supuesto hace referencia la Resolución 24/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que, a la hora de fijar una doctrina general sobre las consecuencias de una retroacción de las actuaciones de la licitación como consecuencia de resoluciones de recursos especiales, señala:

“ Un tercer supuesto es aquel en que la exclusión del recurrente hubiera tenido lugar con anterioridad a la valoración de las ofertas (por no acreditar el nivel de solvencia o el cumplimiento de las prescripciones técnicas) y que continuando el procedimiento de contratación, el resto de ofertas hubieran sido valoradas en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor y abiertas las ofertas de los criterios valorables mediante cifras o porcentajes, a diferencia de la del excluido, cuya oferta, por el hecho de la exclusión, no hubiera sido abierta, ni por lo tanto valorada. En este supuesto este Tribunal ha venido considerando que la readmisión del excluido, como consecuencia de un recurso especial, implica la continuación del procedimiento respecto de la valoración incluyendo la oferta u ofertas excluidas puesto que, en este caso se ha respetado el orden de apertura de los demás licitadores y la nueva inclusión es una consecuencia sobrevenida del recurso interpuesto y no un vicio de nulidad cometido en la tramitación del procedimiento. Además la valoración de la oferta admitida conforme a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de

valor se efectuará siempre antes de conocer su oferta económica, así como la puntuación obtenida en ésta y en el resto de criterios de carácter automático

La conclusión contraria, es decir considerar que en todo caso una vez abiertas las ofertas económicas de todos o de alguno de los licitadores conlleva necesariamente la anulación de todo el procedimiento y una nueva convocatoria es una interpretación que resulta excesivamente formalista y contraría al principio de libre concurrencia, formulado en el artículo 1 del TRLCSP, pues los preceptos que justifican el carácter secreto de las proposiciones exigen la comprobación de que la actuación realmente ha vulnerado el secreto de las proposiciones y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor y la simple constatación de que del resto de licitadores se conoce tanto la oferta valorable con fórmulas como las valorables con juicio de valor no impide la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor de aquellas ofertas que se retrotraen al momento anterior admitiendo a las excluidas sin que se conozca la puntuación de los criterios sujetos a fórmulas. Lo relevante no es que una proposición se valore en otro momento temporal que las demás, sino que se haga en el orden procedimental establecido cuando, sin haberse infringido el principio de igualdad en la valoración, procede la retroacción de actuaciones.

El orden procedimental de apertura de las proposiciones tiene como finalidad evitar que las proposiciones económicas sean conocidas en tanto sean objeto de valoración las proposiciones técnicas para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en estos aspectos reglados o automáticos.

Este procedimiento queda garantizado cuando individualmente se procede a la retroacción de las actuaciones, pero la valoración de la oferta concreta se realiza en el orden que establece la Ley. Anular como consecuencia la anulación del procedimiento cuando las demás empresas también han sido valoradas en el mismo orden establecido, porque en este caso ya se conoce su puntuación total en todos los criterios, sería un criterio riguroso y formalista que resultaría contrario al principio de competencia y concurrencia entre licitadores, pues de anular todo el procedimiento y proceder una nueva contratación, formalmente se cumplirá el procedimiento y la separación de fases, pero con el conocimiento de la totalidad del contenido de las ofertas de todos los competidores lo que permite una adecuación de los términos de la ofertas a la vista del procedimiento anulado. En consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad aconseja el mantenimiento de todos los actos que no se vean afectados por la irregularidad.

La inclusión del licitador excluido no supone ninguna ventaja sobre sus competidores porque la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor se realiza de manera previa o sin conocimiento del importe de los valorables mediante fórmula o porcentaje, el conocimiento que puedan tener los técnicos del resto de ofertas

económicas no afecta a su actuación puesto que desconocen la oferta económica de la proposición que están valorando.”

Décimo.- Pues bien, una vez entendida como viable, de acuerdo con lo expuesto, la actuación descrita del órgano de contratación, procede analizar la segunda irregularidad alegada por el representante de ZENITH. Señala en el texto de su recurso que la apertura del sobre C de su oferta se produjo en un acto no público, vulnerando tanto el contenido del PCAP como la propia legislación de contratos.

A este respecto, su relato cronológico de los hechos es el siguiente:

- El día 20.04.2018, a media mañana, no aparecía recogido en la plataforma de contratos públicos de Galicia ni el resultado de la valoración del sobre B, ni referencia a la fecha y hora de la sesión de la mesa para la apertura del sobre C.

- Ese mismo día, con posterioridad, recibe la recurrente notificación del órgano de contratación en la que aparece recogido el acuerdo de la mesa de contratación adoptado el 19.04.2018 por el que se procede a la exclusión de su oferta.

- Tres días después, el 23.04.2018 se publica en la plataforma de contratos a la fecha y hora de la sesión en la que se procedió a la apertura del sobre C, el día 19 de abril, indicando la referencia “acto no público”.

Respecto a esta alegación, el órgano de contratación reconoce que “es cierto en parte el error que alega la recurrente pues no se publicó en el perfil del contratante la celebración del acto de apertura del sobre C con carácter previo” pero afirma que ese acto sí fue público, tal y como recoge el acta que consta en el expediente y que, de hecho, un representante de una de las empresas licitadoras asistió al acto.

En primer lugar, es preciso destacar la relevancia que el principio de publicidad tiene en el procedimiento de licitación pública y así se recoge en el art. 1 TRLCSP:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.”

El art. 160 TRLCSP señala expresamente que la apertura de la oferta económica se realizará en todo caso en acto público, salvo en el supuesto del empleo de medios electrónicos.

Igualmente, el artículo 22.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, al enumerar las funciones de la Mesa de contratación, incluye, entre ellas, la de abrir “las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público.

Y la cláusula 15.3 del PCAP señala respecto a la actuación de la mesa de contratación:

“15.3 Apertura de la documentación y propuesta de adjudicación

Finalizado el plazo de presentación, la mesa de contratación se constituirá, previamente, para el examen y calificación de la documentación general presentada en tiempo y forma, en función de los requisitos exigidos. Si la mesa observara defectos u omisiones enmendables, o necesitara aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o aportación de otros complementarios, a los efectos previstos en los artículos 72 al 82 del TRLCSP, podrá conceder para ello un plazo no superior a tres (3) días hábiles. Para estos efectos se le comunicarán vía fax (con confirmación de la recepción) a los interesados.

La mesa, una vez cualificada la documentación anterior y enmendados, de ser el caso, los defectos u omisiones observados en la documentación presentada, se reunirá para adoptar el oportuno acuerdo de admisión definitiva de los licitadores, procediendo, en su caso, a la apertura pública del sobre “B” y solicitará al Comité de Expertos a realización de un informe técnico de valoración y evaluación de la documentación conforme a los criterios establecidos en la cláusula 16 del presente pliego, donde también se expresará, en su caso, el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar con el proceso selectivo.

El lugar, la fecha y la hora de este acto público de mera apertura de los sobres B se publicará en el perfil del contratante del órgano de contratación.

Una vez que la mesa de contratación realizó las anteriores actuaciones y la valoración, solicitando informes técnicos, de la documentación incluida en el sobre “B”, comunicará a los licitadores, mediante notificación remitida vía Fax o correo electrónico y se publicará asimismo en el perfil del contratante del órgano de contratación, el lugar, la fecha y la hora del acto de apertura en acto público del sobre “C”.

En este acto público, la mesa, conforme establece el artículo 30.3 del vigente Real decreto 817/2009, de 8 de mayo, por lo que se desarrolla parcialmente la Ley de contratos del sector público, en todo lo que no contradiga al TRLCSP, comunicará la ponderación asignada a los criterios no evaluables de forma automática. Seguidamente la mesa procederá a la apertura del sobre “C” y a la lectura de las proposiciones económicas, con el que finalizará el acto público.

Asimismo, en dicho acto público se dará a conocer a los licitadores que no continúan en el proceso selectivo la causa o las causas de su eliminación cuando una vez valorada la documentación del sobre B, esta no se ajusta al mínimo exigido o no se consiguiera el umbral mínimo de puntuación, en caso de que fueran establecidas

fases de acuerdo con el artículo 150.4 del TRLCSP, en la cláusula 16 del presente pliego. “. “

Por lo tanto, podemos concluir que el error en la actuación del órgano de contratación fue doble, ya que no sólo no se publicó debidamente en la plataforma de contratos el anuncio de la celebración de la sesión, sino que tampoco aparece que se le remitiera a ZENITH comunicación ninguna en tal sentido, por fax o correo electrónico, infringiendo lo previsto en la cláusula citada.

En este punto, y así lo reconoce el órgano en su informe, es incuestionable que su actuación respecto a la publicidad previa de la sesión del 19.04.2018 fue incorrecta, por lo que lo único a dilucidar es la consecuencia de esa irregularidad y si la misma determina la nulidad del procedimiento de licitación tal y como solicita la recurrente.

Esta cuestión fue ya analizada por el TACRC en varias resoluciones. Concretamente, en la Resolución 385/2013 en un caso equivalente a este señalaba, respecto a la apertura de las proposiciones:

“ A la vista de las actuaciones que se llevan a cabo en el acto de apertura de las proposiciones, se puede considerar que la finalidad del acto es doble: por un lado, permite a los licitadores comprobar la integridad de los sobres presentados por cada uno de ellos hasta el momento de su apertura en dicho acto, descartando así toda posible sospecha de “manipulación” de los mismos por parte de la Administración contratante, con lo que supondría uno de los medios arbitrados para garantizar el cumplimiento de la regla básica del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la apertura de los sobres (artículo 145 del TRLCSP); por otro lado, permite dar a conocer a las empresas licitadoras, de manera simultánea, inmediatamente después de la propia apertura de los sobres, cuál ha sido la oferta propuesta por cada una de ellas

A continuación, entiende el Tribunal que para la consecución de los objetivos señalados en el párrafo anterior no resulta “esencial” el carácter público del acto de apertura:

“...en efecto, la garantía de la integridad de los sobres se produce, principalmente, a través del establecimiento de un sistema de custodia de los mismos desde el momento de su presentación hasta el momento de su apertura en el acto correspondiente, teniendo la presencia en el mismo de los interesados carácter eminentemente “testimonial”, pudiendo, en cualquier caso, articularse distintos mecanismos complementarios para acreditar la falta de manipulación de los sobre (debe recordarse, en cualquier caso, que la apertura de los sobres, con independencia de la presencia o no de público, es un acto que se celebra ante la Mesa de contratación, entre cuyos componentes no solamente existen funcionarios dependientes del órgano de contratación, sino también funcionarios dependientes de

otros órganos y unidades de la Administración contratante y, en todo caso, un funcionario que tiene atribuidas funciones de asesoramiento jurídico, y un funcionario que tiene atribuidas funciones de control económico-presupuestario, lo que, de por sí, podría considerarse suficiente garantía); por otro lado, el conocimiento por parte de las empresas licitadoras del contenido de sus respectivas proposiciones se puede obtener permitiendo –como se hace– el acceso de las empresas a la documentación obrante en el expediente, una vez celebrado el acto de apertura y, especialmente, en el momento de recibir la comunicación de la resolución de adjudicación, sin que se aprecie ventaja práctica alguna en el hecho de que una empresa pueda conocer esta información, una vez abiertos los sobres, con antelación a las demás ”

Una vez fijado este aspecto, procede el Tribunal a exponer las dos posibilidades que, en principio, podrían derivar de la irregularidad de la falta de publicidad:

“a) Retroacción del procedimiento de licitación hasta el momento de producirse el vicio de omisión de anuncio de la celebración del acto de apertura del Sobre B, es decir, hasta el momento previo a la celebración del mismo, procediéndose a la debida inclusión de la información referida a su celebración en el perfil del contratante del órgano de contratación, y continuando el procedimiento a partir de ese momento.

b) b) Teniendo en cuenta que no es posible, en rigor, repetir el acto de apertura del Sobre B en los mismos términos como se produjo inicialmente, dado que los sobres han sido ya, efectivamente, abiertos, anulación de todo el procedimiento desde el mismo momento de la presentación de las proposiciones por las empresas licitadoras, dando la oportunidad a éstas de presentar nuevamente sus proposiciones, celebrándose, en el momento oportuno, el acto de apertura de las proposiciones previamente anunciado, por lo que todas las empresas podrán presenciar el mismo, comprobar la integridad de los sobres, y recibir información sobre todas las proposiciones de manera simultánea.”

Y concluye que las dos posibilidades se deben descartar, en base a lo siguiente:

“Comenzando por la opción b), que podríamos calificar como “extrema” por la intensidad de los efectos que se producirían en este caso, entendemos que en el supuesto examinado su rechazo es claro, si se tiene en cuenta que la “virtualidad” de dicha opción, sobre la opción a), es permitir a los licitadores comprobar, de manera personal y directa, que los sobres no han sido manipulados, lo que con esta última opción no se podría ya conseguir respecto de los licitadores que no asistieron al acto de apertura inicialmente celebrado. Sin embargo, en el caso analizado se da la circunstancia de que no se cuestiona por la empresa recurrente, ni directa ni indirectamente, la integridad de los sobres, ni se sugiere, expresa o tácitamente, una posible manipulación de los mismos. Razón por la que, entendemos, no resultaría en modo alguno proporcionada la adopción de la solución “extrema” de dejar sin efecto toda la licitación, desde el momento de presentación e las proposiciones, a los solos

efectos de permitir a la empresa recurrente asistir al acto de apertura y comprobar la integridad de los sobres.(...)

En cuanto a la opción a), como hemos visto resulta claro que en el supuesto sometido a examen se ha producido un vicio en la tramitación del procedimiento. Ahora bien, consideramos que en el caso analizado resultaría aplicable la doctrina jurisprudencial ampliamente asentada (por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999) conforme a la cual, con base en el principio de economía procesal, no procede declarar nulidades por vicios procedimentales –con la consiguiente retroacción del procedimiento al momento anterior de producirse el vicio- cuando la nueva resolución que, en su caso, se hubiese de dictar, subsanado el posible defecto formal, sea idéntica en sentido material a la anterior.

Trasladando dicha doctrina al supuesto analizado cabe apreciar que, si se declarase la nulidad de la resolución de adjudicación por haberse omitido, durante la tramitación del procedimiento, un trámite necesario (concretamente el anuncio de la celebración del acto de apertura de proposiciones), con retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior a la celebración del acto de apertura, el resultado que se obtendría sería la repetición del acto de apertura de proposiciones, si bien, no existiría variación en las mismas, por lo que la clasificación final de las empresas se mantendría idéntica, siendo la oferta más ventajosa económicamente la correspondiente a ELECNOR, S.A., por lo que finalmente resultaría la adjudicataria del contrato. Por lo demás, en ese acto todos los licitadores podrían obtener, simultáneamente, información referida a las proposiciones presentadas por todas las empresas, si bien, teniendo en cuenta que dicha información ya la conocen, asistieran, o no, en su día, al acto de apertura, no parece aportar ninguna ventaja práctica la repetición del mismo”

Pues bien, a la vista de la doctrina señalada, y pasando al análisis del caso concreto aquí enjuiciado, resultan los siguientes elementos relevantes:

a) En primer lugar, si bien el recurrente afirma que el acto de apertura del sobre C no fue público, de la lectura del acta de la sesión se comprueba que sí asistió público.

Por un lado, el recurrente alega que en la plataforma de contratos la referencia a dicha sesión literalmente indica la expresión “acto no público”. Ahora bien, como señala el órgano de contratación en su informe, ese dato no puede causar estado pues deriva de que el acto fue incorporado a la plataforma con posterioridad a su celebración, por lo que el sistema informático no permitiría que apareciera con la referencia de “acto público”.

Pero lo que es más relevante, y así lo expresa el informe del órgano, es que de acuerdo con el acta de la sesión celebrada el 19 de abril, en el acto materialmente sí asistió público, pues consta en esa acta la presencia del representante de una de las licitadoras, al cual se le permitió el acceso a la sesión.

Eso determina que si bien se produjeron irregularidades en la debida publicidad previa de la sesión, esos defectos no afectaron a la verdadera naturaleza del acto.

Recordemos además que la publicidad en la apertura de las proposiciones, según la doctrina antes recogida del TACRC, debe cumplir dos objetivos, como son: garantizar la integridad de las ofertas y permitir el conocimiento a cada uno de los licitadores de todas las ofertas presentadas. Pues bien, ambos objetivos se cumplieron en este caso, como veremos a continuación.

b) La recurrente señala que el no tener conocimiento del acto de apertura con anterioridad a su celebración determinó que se encontrara en una situación de indefensión.

A este respecto, hay que reiterar lo señalado con anterioridad respecto a las especialidades procesales de esta licitación. Como ya indicamos, la mesa de contratación en esa sesión procedía únicamente a la apertura del sobre C de la recurrente, pues las ofertas del resto de licitadores ya habían sido abiertas en sesión celebrada el día 2.02.2018.

Así, esto supone que los principios de publicidad y transparencia en este caso sean objeto de matización, puesto que la recurrente ya conoce las ofertas y puntuaciones del resto de licitadores, no otorgándole la propia apertura de su sobre C ninguna información relevante, por lo que no cabe admitir que se encontrara en una situación de indefensión. Por lo tanto, el primer objetivo antes señalado fue efectivamente respetado.

c) Además, el representante de ZENITH no alega ni cuestiona en ningún momento que se tenga vulnerada la integridad de su oferta, ni ante el órgano de contratación ni en esta vía de recurso. Es preciso reiterar que la finalidad de la apertura de las ofertas económicas en acto público es la de que los licitadores puedan verificar la integridad de sus proposiciones y que, por lo tanto, comprueben que se respetó el secreto de las distintas ofertas cumpliendo así el principio de igualdad entre los licitadores.

Como señala el Tribunal administrativo de recursos contractuales de Castilla y León (TARCCYL) en su Resolución 32/2015:

“Para que la omisión del carácter público de la apertura de los sobres constituya una infracción procedimental que provoque la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación y, por ende, del contrato, es preciso que no se haya garantizado el secreto de las ofertas, de tal manera que se hayan infringido los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, que exigen que la evaluación de las ofertas se hagan de forma objetiva y en condiciones de competencia objetiva..”

En este supuesto concreto, sólo existiendo en ese acto el sobre de un único licitador y no cuestionándose que el mismo fuera objeto de alteración, cabe concluir que no se vulneró el principio de igualdad.

En definitiva, podemos afirmar que los dos objetivos que debe cumplir el acto de apertura de proposiciones fueron debidamente cumplidos.

d) Por último, y esto es especialmente relevante para el caso, tal y como recoge el informe del órgano de contratación, la oferta económica de la recurrente incluida en el sobre C incumple el contenido del PCAP al recoger en su oferta un precio unitario superior al máximo previsto, por lo que la misma fue excluida de la licitación.

Concretamente, tal y como consta en el acuerdo de exclusión, oferta en el apartado relativo al “*medio TVG, método GPR y concepto 30*” en *TVG para Galicia +16, un precio unitario de 165€, IVA excluido*”, siendo el precio máximo fijado en el PCAP 160€.

Este motivo de exclusión, notificado a la recurrente, no es rebatido en el texto del recurso, ni se hace referencia al mismo.

Hay que destacar que este error en la oferta de la recurrente no puede ser enmendado, ni es fruto de una interpretación de la mesa de contratación, y el mismo debería suponer de manera automática su exclusión del procedimiento de licitación.

Todo lo dicho lleva a este Tribunal a entender que no procede declarar la nulidad del procedimiento solicitada por la recurrente. Si bien la actuación del órgano de contratación tuvo episodios varios de incorrecciones, hasta admitidos, estos errores fueron del campo formal y no pueden ocultar el hecho material trascendente para este enjuiciamiento de que la oferta de la recurrente fue correctamente excluida de la licitación.

Declarar dicha nulidad, no estando en cuestión en este recurso la integridad de las ofertas y afectando la irregularidad a uno solo de los licitadores, que además fue correctamente excluido de la licitación, sería contrario al principio de proporcionalidad, además de causar un grave perjuicio a varios de los licitadores que ya son

adjudicatarios de este acuerdo marco, no sólo por el hecho de que se anule un acto que le fue favorable, sino porque en la nueva licitación lógicamente las ofertas técnicas y económicas presentadas ya son conocidas por todos los competidores.

Podría admitirse la posibilidad de anular la adjudicación y ordenar la retroacción del procedimiento de licitación al punto de la apertura del sobre C de la recurrente, previa publicidad y convocatoria al efecto, pero eso no modificaría la correcta exclusión de su oferta, por lo que tal y como acertadamente señala el TACRC en su resolución antes citada y en virtud del principio de economía procesal, esa opción debe descartarse.

Undécimo.- La recurrente alega también que su propuesta incluida en el sobre B no fue objeto de la debida valoración, puesto que en el informe técnico correspondiente se hace referencia no a la denominación de la empresa recurrente, ZENITH BR PROMEDIO SANO, sino a otra diferente. A este respecto, no alega mayores defectos sustantivos en el informe, ni que la puntuación no sea correcta o incurra en errores en la documentación valorada.

El órgano de contratación, por su parte, argumenta que fue un error en el extracto del informe publicado en la plataforma de contratación, pero que la oferta fue correctamente valorada y acompaña declaración al efecto del técnico responsable.

Pues bien, reconocido por la Agencia Turismo de Galicia la veracidad del error alegado por la recurrente, lo cierto es que, otra vez, lo mismo no puede ser determinante de invalidez. No se aportan a este Tribunal argumentos que permitan apreciar irregularidades en el propio procedimiento de valoración, además de que de una mera lectura del informe y de la oferta de la recurrente no resultan incongruencias que permitan suponer que no fue esta la oferta valorada, por lo que cabe admitir que nos encontramos ante uno mero error de redacción.

Duodécimo.- Finalmente, la recurrente señala que tuvo conocimiento de su exclusión tras la apertura del sobre C con anterioridad a la valoración de la documentación técnica incluida en el sobre B. Indica que recibió la notificación de su exclusión a las 12:36 del día 20.04.2018, sin que a esa hora estuviera publicada la valoración de la oferta técnica.

De la vista de la plataforma de contratos se nos aparece que el informe sobre los criterios no invaluables automáticamente fue publicado el propio día 20 a las 14:34.

Sobre esta concreta alegación, conviene destacar que el hecho relevante, tal y como exige el artículo 150.2 TRLCSP es que la apertura y valoración del sobre B se produzca con anterioridad a la apertura del sobre C, para que dicha puntuación técnica

sujeta a un juicio de valor no se vea contaminada por el conocimiento de la oferta económica. En este caso, consta en el acta de la sesión celebrada el día 19.04.2018 que se cumplió con el iter procesal expuesto dándose lectura de la puntuación correspondiente al sobre B con anterioridad a la apertura del C, por lo que el mero hecho de su comunicación a la recurrente, fuera ya de lo señalado en el fundamento anterior de esta resolución, no determina la invalidez de lo actuado.

Por último, se desestima la solicitud formulada por el órgano de contratación de imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 por temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por no apreciarse tales elementos por interponer el recurso especial en un procedimiento con los avatares del que nos ocupa.

Por todo el anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por ZENITH BR MEDIA S.A. contra las irregularidades acaecidas en el procedimiento de licitación del acuerdo marco del servicio de elaboración, producción y plan de medios de la campaña de promoción de los recursos naturales, culturales y gastronómicos de Galicia durante 2018.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.