

Recurso nº 86/2019**Resolución nº 90/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 26 de abril de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por ELECNOR S.A. contra a súa exclusión da contratación dunha subministración para renovación parcial e sistema intelixente de xestión do alumado público exterior AESS2020, expediente 6494/2018, promovida polo Concello da Estrada, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello da Estrada convocouse a licitación dunha subministración para renovación parcial e sistema intelixente de xestión do alumado público exterior AESS2020, cun valor estimado declarado de 810.599,62 euros.

Nos pregos se identifica a contratación como *“Contrato mixto de suministro y obra con prevalencia del contrato de suministro de renovación parcial y sistema inteligente de gestión del alumbrado público exterior”*.

Segundo.- O 04.04.2019 ELECNOR S.A. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal.

Terceiro.- Con data 04.04.2019 reclamouse ao Concello da Estrada o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 15.04.2019.

Cuarto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 15.04.2019, sen que se presentaran alegacións.

Quinto.- Este TACGal o 10.04.2019 acordou adoptar a suspensión do procedemento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme aos artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A súa lexitimación deriva do feito de concorrer á licitación na que resultou inadmitida polos motivos que mais adiante se analizan.

Cuarto.- A recorrente foi notificada o 15.03.2019 do acordo, adoptado pola mesa, de excluír á empresa ELECNOR S.A. porque *“presenta a documentación correspondente aos sobres 1 e 2 xuntas no mesmo sobre e no mesmo soporte, polo que incumpre a cláusula 15 dos PCAP”*.

Quinto.- Dado que estamos perante a impugnación dun acordo de exclusión dunha proposición nun contrato de valor estimado superior a 100.000 euros, o recurso é admisible.

Sexto.- A recorrente foi excluída pola mesa porque *“presenta a documentación correspondente aos sobres 1 e 2 xuntas no mesmo sobre e no mesmo soporte, polo que incumpre a cláusula 15 dos PCAP”*.

Ante todo, a propia recorrente recoñece que a súa oferta non se axusta, como tal, á configuración establecida na cláusula 15 do PCAP, co seguinte tenor:

“Establece la cláusula 15 del PCAP, respecto del contenido de las proposiciones, que las proposiciones constarán de sobres o archivos electrónicos que se presentarán cerrados y firmados por el licitador, dividiéndose en tres sobres: Sobre 1 (DEUC) , Sobre 2 (Oferta de criterios evaluables mediante juicios de valor) y Sobre 3 (Oferta de criterios valorable en cifras o porcentajes).

Elecnor presentó su oferta mediante medios digitales, concretamente mediante dos memorias USB. En una primera memoria USB (Sobre 1) se incluyeron dos carpetas separadas, independientes y con los nombres referidos en el pliego. La primera carpeta con la denominación “Deuc” y una segunda carpeta con la denominación “Memoria técnica para el juicio de valor”. Por otro lado, se presentó una segunda memoria USB (Sobre 2) que contenía la oferta económica.”

No recurso se solicita a nulidade do acordo de exclusión, ditado pola mesa, por resultar excesivamente formalista e non estar xustificada.

A realidade do sucedido non aparece como controvertido, e así tamén o informe do órgano de contratación sinala:

“Como se desprende do acordo da Mesa de contratación celebrada o 8 de marzo de 2019 a empresa ELECNOR S.A., quedou excluída do procedemento por presentar a documentación indicada na Cláusula 15.1 dos PCAP, correspondente ao sobre 1 titulado: DECLARACIÓN RESPONSABLE E DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, na que se describen con claridade os cinco apartados nos que se divide e os documentos que corresponden a cada un deles, xunto coa descrita no apartado 15.2 titulado: OFERTA DE CRITERIOS AVALIABLES MEDIANTE XUÍZOS DE VALOR e no que se indica que deberá incluírse o ANEXO V.

A empresa ELECNOR S.A., presenta un sobre físico coa lenda:

“SOBRE 1 y 2”

SOBRE UNO: DECLARACIÓN RESPONSABLE Y DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

SOBRE DOS: OFERTA DE CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR

Dentro deste sobre existe un único pen-drive con dos arquivos electrónicos, de xeito que se pode acceder a toda información contida nel.(...)"

Polo tanto, o recorrente, que como licitador ten a carga da correcta presentación da súa proposición, presentou un sobre de menos, e, a maiores, nun dos presentados acumulou a documentación que debía estar separada en sobres independentes.

O artigo 139.2 LCSP recolle que *"2. As proposicións serán secretas e arbitraranse os medios que garantan tal carácter ata o momento de apertura das proposicións,..."*

No artigo 157 LCSP recóllese a separación de sobres e os momentos da súa apertura:

"1. A mesa de contratación cualificará a documentación a que se refire o artigo 140, que deberán presentar os licitadores en sobre ou arquivo electrónico distinto ao que conteña a proposición.

Posteriormente, o mesmo órgano abrirá e examinará as proposicións, e formulará a correspondente proposta de adxudicación ao órgano de contratación, unha vez ponderados os criterios que se deban aplicar para efectuar a selección do adxudicatario.

2. Cando, de conformidade co establecido no artigo 145, se utilice unha pluralidade de criterios de adxudicación, os licitadores deberán presentar a proposición en dous sobres ou arquivos electrónicos: un coa documentación que deba ser valorada conforme os criterios cuxa ponderación depende dun xuízo de valor, e o outro coa documentación que deba ser valorada conforme criterios cuantificables mediante a mera aplicación de fórmulas.

3. En todo caso, a apertura das proposicións deberase efectuar no prazo máximo de vinte días contado desde a data de finalización do prazo para presentalas.

Se a proposición está contida en máis dun sobre ou arquivo electrónico, de tal forma que estes se deban abrir en varios actos independentes, o prazo anterior entenderase cumprido cando se abra, dentro deste, o primeiro dos sobres ou arquivos electrónicos que compoñen a proposición.

4. En todo caso, a apertura da oferta económica realizarase en acto público, salvo cando se preveña que na licitación se poidan empregar medios electrónicos”.

Desta maneira, tamén o artigo 22 do Real Decreto 817/2009, ao establecer as funcións da mesa de contratación no procedemento aberto, prevé a cualificación da documentación xeral acreditativa da capacidade como actuación previa á apertura das proposición presentadas.

Efectivamente, estes artigos advirten da necesidade de presentación de todos os sobres e de forma separada co fin, e isto é importante, de que sexan abertos no seu momento procedimental, así como que se poida garantir que non houbo apertura ate ese preciso momento, o que anticipamos xa non pode ser considerado como unha mera cuestión formal irrelevante. Efectivamente, cada sobre debe ser aberto no seu momento, de aí a necesidade de que se poida garantir que non houbo acceso previo, o cal non quedaría cumprido no caso que se nos presenta polo non respecto á presentación da documentación en tres sobres e separados, todo isto debido só a unha falta imputable ao licitador. De feito, e só a maior abastanza, non só estaba toda esa información no mesmo sobre, senón incluso no mesmo soporte pois como recolle o órgano de contratación: *“Dentro deste sobre existe un único pen-drive con dous arquivos electrónicos, de xeito que se pode acceder a toda información contida nel.”*

Á mesma conclusión chegamos se acudimos aos pregos. O PCAP, en canto ao contido das proposicións, apartado 15, establece o seguinte:

“Los sobres o archivos electrónicos se dividen de la siguiente forma:

15.1.- Sobre o arquivo electrónico UNO

TÍTULO: SOBRE 1: DECLARACIÓN RESPONSABLE y DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

(...)

15.2.- Sobre o arquivo electrónico DOS

TÍTULO: SOBRE 2: OFERTA DE CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR.

(...)

15.3.- Sobre o arquivo electrónico TRES

TÍTULO: SOBRE 3: OFERTA DE CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES.

(...)"

A maiores, na cláusula 17 do PCAP dispónse:

"17. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. EXAMEN DE LAS PROPOSICIONES.

Apertura del Sobre nº UNO y calificación de la documentación administrativa

Concluído el plazo de presentación de ofertas, se procederá, en el plazo máximo de 20 días naturales contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar ofertas a la apertura de la documentación administrativa presentada por los licitadores en tiempo y forma en el denominado Sobre nº UNO por la mesa de contratación, verificándose que constan los documentos o en caso contrario realizando el trámite de subsanación, concediendo un plazo de tres días para ello.

Finalmente, la mesa de contratación procederá a determinar las empresas admitidas a la licitación, las rechazadas, y las causas de su rechazo.

Apertura y examen del sobre nº DOS

Se procederá, en un plazo no superior a 7 días a contar desde la apertura del Sobres nº UNO, a la apertura en acto público del sobre nº DOS, identificado como "OFERTA DE CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR", al objeto de evaluar su contenido con arreglo a los criterios expresados en el Anexo V."

Do contido dos pregos que reñen a contratación se deduce claramente que o recorrente non axustou a súa proposición ás previsións do PCAP e soamente aportou dous sobres rotulados: sobre 1 e sobre 2, o cal afectou á correcta configuración da súa proposición con vulneración, en todo caso, dos artigos 139.2 e 157 LCSP.

Estamos a falar aquí de que non se presentaron todos os sobres requiridos. Non só iso, senón que o sucedido implicou que a totalidade da información que debía estar nun sobre independente, se introduciu xunto coa documentación referida a outro aspecto da proposición á que se accede antes – lembremos que incluso se presenta no mesmo soporte de almacenamento informático-, de forma que non quedaba garantido que esa parte da proposta anticipada fora secreta ate o momento onde debía ser aberta, o cal non é unha mera formalidade da que cabe abstraerse senón que afecta aos principios de igualdade e transparencia da licitación.

En definitiva, consideramos como axustada a dereito a actuación do órgano de contratación, como recolle a Resolución 86/2015 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía cuxas explicacións facemos nosas:

“En cambio, el supuesto aquí examinado es distinto, pues la inclusión de parte del contenido de la oferta técnica en el sobre nº1 de requisitos previos de capacidad y solvencia es detectada por la mesa de contratación en el examen de la documentación de dicho sobre y, precisamente, es la detección de dicho error en esa fase previa de admisión de licitadores la que lleva al acuerdo de exclusión aquí impugnado.

No obstante, la recurrente sigue manifestando que su error, es decir, la inclusión de información del sobre nº 2 en el sobre nº 1, no ha vulnerado el secreto de las proposiciones, ni la igualdad de trato, ni ha podido influir sobre la decisión de la mesa en el examen de la documentación del sobre nº1, pues dicha decisión se rige por reglas objetivas de cumplimiento de requisitos previos y además, tras su exclusión, se abrieron en el mismo acto los sobres nº2.

Pues bien, en la resolución de esta cuestión, hemos de partir de las previsiones normativas contenidas en la legislación contractual. Así, el artículo 145.2 del TRLCSP establece que “Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”.

Asimismo, el artículo 160.1 del TRLCSP dispone para el procedimiento abierto que “El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, - documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos -, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones (...)”

Finalmente, el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al establecer las funciones de la mesa de contratación en el procedimiento abierto, prevé la calificación de la documentación general acreditativa de la capacidad y solvencia como actuación previa a la apertura de las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público.

De los preceptos citados, se deduce con total claridad que la documentación general que acredita el cumplimiento de los requisitos previos ha de presentarse en sobre separado de aquél que contenga la proposición, debiendo calificarse previamente aquella documentación antes de proceder a la apertura y examen de la oferta, la cual se mantendrá secreta hasta ese momento procedimental.

Como ya señalaba este Tribunal en su Resolución 28/2012, de 26 de marzo, ante un supuesto muy similar al aquí examinado, "Si se admitiera en la licitación a aquellas empresas que incumplen la obligación legal de presentar la documentación general del artículo 146 y la proposición en sobres separados, aparte de vulnerarse el principio de secreto de la oferta, se permitiría anticipar el conocimiento de aspectos de la proposición de unos licitadores que no es posible conocer respecto del resto y potencialmente podría beneficiarse al licitador que incumple la norma frente al que acata la misma presentando correctamente en sobres separados la documentación general y la relativa a su oferta, con todo lo que ello supone de infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.

Y es que, aún cuando se pudiera argüir que aquel conocimiento anticipado no coloca en posición de ventaja al licitador incumplidor frente al resto al no influir en la valoración de las ofertas, lo cierto e incuestionable es que revela datos de la proposición en un momento procedimental en que la oferta debe ser aún secreta para todos y por tanto, también para la mesa de contratación que, además, es el órgano competente para su valoración conforme al artículo 160.1 del TRLCSP."

La posición mantenida por este Tribunal es la que, además, sostienen la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –informes 43/02 y 20/07- y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales – resoluciones nº 146 y 147, ambas de 2011-.

En tal sentido, el informe 20/07 de aquel Órgano consultivo se remite al criterio ya sentado en su informe 43/02, de 17 de diciembre, emitido cuando aún regía la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y donde se señalaba que "(...) resulta evidente que la situación de hecho producida -inclusión en el sobre de la documentación general de aspectos técnicos de la proposición – infringe categóricamente los preceptos del artículo 79.1 de la Ley y de los artículos 80,81 y 82

del Reglamento, pues en el sobre de la documentación general se incluyen los aspectos técnicos, lo que no está legal ni reglamentariamente permitido y, sobre todo, contradice el principio del artículo 79.1 de la Ley de que las proposiciones, incluidos los aspectos técnicos de las mismas, deben ser secretas hasta el momento de la licitación pública, es decir, hasta el momento de apertura de las proposiciones.”

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 (RJ\2009\8076), con referencia al anterior marco legislativo contractual, señala que “Ciertamente la norma legal aquí aplicable, art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproducida en los artículos 79.1 y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, impone el carácter secreto de las proposiciones. Se 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 las 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. Por ello cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable (...)”

A la luz de lo expuesto, no puede acogerse este motivo del recurrente. Como señala el informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación, la recurrente anticipó en el sobre nº1 el contenido más crucial de su oferta técnica, y así puede constatarse examinando el contenido del compromiso de medios que se transcribe parcialmente en el fundamento sexto de esta Resolución.

Al respecto, no debe olvidarse que el procedimiento es un cauce reglado y formal de actuaciones concatenadas previsto por el legislador con un sentido claro y una finalidad concreta. Así, en el caso del procedimiento de adjudicación de contratos públicos, el secreto de la oferta hasta el momento procedimental previsto para su apertura es un objetivo perseguido por el legislador, no solo para ordenar formalmente los trámites del procedimiento, sino que va dirigido a un fin concreto: de un lado, a preservar la objetividad, transparencia e imparcialidad en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin que ninguna interferencia -por mínima que sea- pueda potencialmente enturbiar y frustrar la consecución de esas garantías, y de otro, a proporcionar a todos los licitadores un trato igual en la licitación (artículos 1 y 139 del TRLCSP), evitando situaciones de potencial ventaja de unos licitadores frente a otros.”

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por ELECNOR S.A. contra o acta da mesa de contratación do Concello da Estrada, de data 08.03.2019, que acordou a súa exclusión da contratación dunha subministración para renovación parcial e sistema intelixente de xestión do alumeadado público exterior AESS2020, expediente 6494/2018.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.