

Recurso nº 86/2019**Resolución nº 90/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ELECNOR S.A. contra su exclusión de la contratación de un suministro para renovación parcial y sistema inteligente de gestión del alumbrado público exterior AESS2020, expediente 6494/2018, promovida por el Ayuntamiento de A Estrada, 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 el Ayuntamiento de A Estrada se convocó la licitación de un suministro para renovación parcial y sistema inteligente de gestión del alumbrado público exterior AESS2020, con un valor estimado declarado de 810.599,62 euros.

En los pliegos se identifica la 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.- El 04.04.2019 ELECNOR S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces en la web de este Tribunal.

Tercero.- Con fecha 04.04.2019 se reclamó al Ayuntamiento de A Estrada 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 15.04.2019.

Cuarto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 15.04.2019, sin que se hubieran presentado alegaciones.

Quinto.- Este TACGal el 10.04.2019 acordó adoptar la suspensión del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 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.- 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.- Su legitimación deriva del hecho de concurrir a la licitación en la que resultó inadmitida por los motivos que más adelante se analizan.

Cuarto.- La recurrente fue notificada el 15.03.2019 del acuerdo, adoptado por la mesa, de excluir a la empresa ELECNOR S.A. porque *“presenta la documentación correspondiente a los sobres 1 y 2 juntas en el mismo sobre y en el mismo soporte, por lo que incumple la cláusula 15 de los PCAP”*.

Quinto.- Dado que estamos ante la impugnación de un acuerdo de exclusión de una proposición en un contrato de valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible.

Sexto.- La recurrente fue excluida por la mesa porque *“presenta la documentación correspondiente a los sobres 1 y 2 juntas en el mismo sobre y en el mismo soporte, por lo que incumple la cláusula 15 de los PCAP”*.

Ante todo, la propia recurrente reconoce que su oferta no se ajusta, como tal, a la configuración establecida en la cláusula 15 del PCAP, con el siguiente 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.”

En el recurso se solicita la nulidad del acuerdo de exclusión, dictado por la mesa, por resultar excesivamente formalista y no estar justificada.

La realidad de lo sucedido no aparece como controvertido, y así también el informe del órgano de contratación señala:

“Como se desprende del acuerdo de la Mesa de contratación celebrada el 8 de marzo de 2019 la empresa ELECNOR S.A., quedó excluida del procedimiento por presentar la documentación indicada en la Cláusula 15.1 de los PCAP, correspondiente al sobre 1 titulado: DECLARACIÓN RESPONSABLE Y DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, en la que se describen con claridad los cinco apartados en los que se divide y los documentos que corresponden a cada uno de ellos, junto con la descrita en el apartado 15.2 titulado: OFERTA DE CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR y en el que se indica que deberá incluirse el ANEXO V.

La empresa ELECNOR S.A., presenta un sobre físico con la leyenda:

“SOBRE 1 y 2”

SOBRE UNO: DECLARACIÓN RESPONSABLE Y DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

SOBRE DOS: OFERTA DE CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR

Dentro de este sobre existe un único pen-drive con dos archivos electrónicos, de manera que se puede acceder a toda información contenida en él.(...)"

Polo tanto, el recurrente, que como licitador tiene la carga de la correcta presentación de su proposición, presentó un sobre de menos, y, además, en uno de los presentados acumuló la documentación que debía estar separada en sobres independientes.

El artículo 139.2 LCSP recoge que *"2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones,..."*

En el artículo 157 LCSP se recoge la separación de sobres y los momentos de su apertura:

"1. La mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberán presentar los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición.

Posteriormente, el mismo órgano abrirá y examinará las proposiciones, y formulará la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que se deban aplicar para efectuar la selección del adjudicatario.

2. Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145, se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

3. En todo caso, la apertura de las proposiciones se deberá efectuar en el plazo máximo de veinte días contado desde la fecha de finalización del plazo para presentarlas.

Si la proposición está contenida en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos se deban abrir en varios actos independientes, el plazo anterior se entenderá cumplido cuando se abiera, dentro de este, el primero de los sobres o archivos electrónicos que componen la proposición.

4. En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación se puedan emplear medios electrónicos”.

De esta manera, también el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, al establecer las funciones de la mesa de contratación en el procedimiento abierto, prevé la calificación de la documentación general acreditativa de la capacidad como actuación previa a la apertura de las proposición presentadas.

Efectivamente, estos artículos advierten de la necesidad de presentación de todos los sobres y de forma separada con el fin, y esto es importante, de que sean abiertos en su momento procedimental, así como que se pueda garantizar que no hubo apertura hasta ese preciso momento, lo que anticipamos ya no puede ser considerado como una mera cuestión formal irrelevante. Efectivamente, cada sobre debe ser abierto en su momento, de ahí la necesidad de que se pueda garantizar que no hubo acceso previo, lo cual no quedaría cumplido en el caso que se nos presenta por el no respeto a la presentación de la documentación en tres sobres y separados, todo esto debido sólo a una falta imputable al licitador. De hecho, y sólo a mayor abundamiento, no sólo estaba toda esa información en el mismo sobre, sino incluso en el mismo soporte pues como recoge el órgano de contratación: *“Dentro de este sobre existe un único pen-drive con dos archivos electrónicos, de manera que se puede acceder a toda información contenida en él.”*,

A la misma conclusión llegamos si acudimos a los pliegos. El PCAP, en cuanto al contenido de las proposiciones, apartado 15, establece lo siguiente:

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

15.1.- Sobre o archivo 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.

(...)"

Además, en la cláusula 17 del PCAP se dispone:

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

Apertura del Sobre nº UNO y calificación de la documentación administrativa

Concluido 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."

Del contenido de los pliegos que rigen la contratación se deduce claramente que el recurrente no ajustó su proposición a las previsiones del PCAP y solamente aportó dos sobres rotulados: sobre 1 y sobre 2, lo cual afectó a la correcta configuración de su proposición con vulneración, en todo caso, de los artículos 139.2 y 157 LCSP.

Estamos hablando aquí de que no se presentaron todos los sobres requeridos. No sólo eso, sino que lo sucedido implicó que la totalidad de la información que debía estar en un sobre independiente, se introdujo junto con la documentación referida a otro aspecto de la proposición a la que se accede antes – recordemos que incluso se presenta en el mismo soporte de almacenamiento informático-, de forma que no quedaba garantizado que esa parte de la propuesta anticipada hubiera sido secreta hasta el momento donde debía ser abierta, lo cual no es una mera formalidad de la que cabe abstraerse sino que afecta a los principios de igualdad y transparencia de la licitación.

En definitiva, consideramos como ajustada a derecho la actuación del órgano de contratación, como recoge la Resolución 86/2015 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía cuyas explicaciones hacemos nuestras:

“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 lo 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 ELECNOR S.A. contra el acta de la mesa de contratación del Ayuntamiento de A Estrada, de fecha 08.03.2019, que acordó su exclusión de la contratación de un suministro para renovación parcial y sistema inteligente de gestión del alumbrado público exterior AESS2020, expediente 6494/2018.

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.