Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 105/2022

Acuerdo 107/2022, de 11 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U." frente a su exclusión y la adjudicación dictadas en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de digitalización y gestión informatizada del resumen diario de prensa, radio y televisión del Ayuntamiento de Zaragoza», promovido por esa entidad local.

Ponente: Paula Bardavío Domínguez.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de mayo de 2021 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), los anuncios de licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento de este acuerdo. Según figuraba en los citados anuncios, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 22 de junio de 2021.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 232 042,16 euros, IVA excluido.

A la licitación concurrieron los siguientes licitadores:

- ARAGÓN DIGITAL, S.L.
- HALLON INTELLIGENCE, S.L.
- REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U.

- SEGUIMEDIA, S.L.

Segundo.- El día 13 de abril de 2022, la Mesa de contratación acordó, en base al informe técnico de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor de fecha 31 de marzo de 2022, la exclusión de tres de los licitadores del procedimiento, entre ellas, la mercantil ahora recurrente.

Según figura en el acta levantada al efecto, el motivo de la exclusión era: *«Rebold Marketing and Communication, S.L.U. ha incorporado al sobre nº 2 información sobre el tiempo de entrega de los resúmenes que es objeto de valoración en el sobre nº 3.»*

Mediante Decreto de la Consejera de Presidencia, Hacienda e Interior del Ayuntamiento de Zaragoza, de 3 de agosto de 2022, se resolvió –por lo que a este acuerdo interesa-, la exclusión de la licitación de la recurrente y se adjudicó el contrato a la mercantil “ARAGON DIGITAL, S.L.”. Este Decreto fue publicado y notificado a los interesados en el procedimiento a través de la PCSP el día 8 de agosto de 2022.

Tercero.- Con fecha 26 de agosto de 2022, se recibió en este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.U.R., en nombre y representación de la mercantil “REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U”, frente al Decreto de Alcaldía mencionado en el Antecedente de hecho anterior.

El recurso, aduce –en síntesis– la disconformidad a Derecho del acto de exclusión de su oferta, debido a que, a su juicio, de los datos incluidos en el Sobre “Dos” no se podía extraer el contenido de su proposición incluida en el Sobre “Tres” por lo que el órgano de contratación ha errado al aplicar una exclusión automática.

Solicita, por lo expuesto que, con la estimación de su recurso, se anule la exclusión y también la licitación al no ser posible la retroacción de actuaciones dado que ya se conocen las ofertas valorables con arreglo a fórmulas.

Cuarto.- Con fecha 29 de agosto de 2022, este Tribunal dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriendo del mismo, el expediente de contratación y el informe a que alude el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). La documentación solicitada fue aportada el día 2 de septiembre de 2022.

En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso, defendiendo la legalidad de su actuación.

Quinto.- El mismo día 29 de agosto de 2022, este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió a la actora la subsanación de la documentación que se acompaña al escrito de recurso en lo concerniente a la acreditación de su representación por la persona firmante del mismo, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. El requerimiento fue atendido el día 31 de agosto siguiente.

Sexto.- El día 2 de septiembre de 2022 se dio traslado del recurso al resto de licitadores del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimara oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Se han recibido alegaciones de la mercantil adjudicataria, oponiéndose al recurso.

Séptimo.- Con fecha 20 de octubre de 2022, se da traslado a la recurrente del informe que el órgano de contratación ha emitido con motivo de la interposición de su recurso, a fin de que en el plazo de cinco días hábiles, alegue y presente cuantos documentos y justificaciones estime convenientes en defensa de sus derechos, todo ello previo a su resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U." para interponer el recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de exclusión de un licitador, actuación específicamente contempladas entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.b) de la LCSP, puesto que, si bien el recurso se interpone frente al acto en el que se acuerda la exclusión así como la adjudicación, lo cierto es que en el escrito de recurso no se alega ninguna ilicitud frente a ésta, por lo que se considera impugnada exclusivamente la exclusión.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión, a continuación procede entrar a valorar el motivo en que se fundamenta.

La recurrente impugna su exclusión así como la adjudicación, acordadas en el mismo acto, argumentando que la información incluida en la información técnica –Sobre "Dos"- no revela el contenido de la propuesta contenida en el Sobre "Tres". Concretamente, en su escrito de recurso señala lo siguiente:

«En esta licitación se valora el compromiso del licitador en adelantar la entrega de (i) la portada y noticia de apertura de los diarios aragoneses, (ii) las noticias de interés de los periódicos aragoneses y (iii) el resumen completo. Este adelanto podía ser de 30 o de 60 minutos a las horas establecidas en la cláusula 2.1 del PPT y, en función de si se comprometen en adelantarlo 30 o 60 minutos, se recibe una u otra puntuación. Cabía la posibilidad de no ofertar ningún adelanto y, en este caso, la puntuación a recibir es de 0 puntos.

Los horarios mínimos eran los siguientes

	De lunes a viernes	*Sábados, domingos y festivos*
Portada y noticia de apertura de los diarios aragoneses	*8.30 horas*	*10 horas*
Noticias de interés de los periódicos aragoneses	*9.00 horas*	*11 horas*
Resumen completo	*9.30 horas*	*11 horas*

REBOLD incluyó en el sobre 2 una explicación de la metodología y de la operativa que siguen para elaborar los resúmenes de prensa digital diarios y, a tal efecto, describió 6 fases de esta operativa.

Debe tenerse en cuenta que la descripción de la fase 6, la última, que se corresponde con la de entrega de los resúmenes, no establece ni fija una hora concreta. Ni tan siquiera menciona una hora.

Bien es cierto que en la descripción de la fase 2, la de ingesta, y de la fase 4, la de revisión, se hace referencia a los siguientes horarios:

> *Ingesta: Cada día, hacia las 4:00 de la mañana, el proceso comienza con la recepción en formato digital de las ediciones de las cabeceras de ámbito nacional y de los primeros diarios regionales procedentes directamente de los grupos editoriales. Los diarios o revistas que no*

llegan de los editores, se reciben en formato papel y se someten a un escaneado de alta resolución a todo color.

Revisión: Las noticias se asignan a cada uno de los dosieres con las herramientas de indexación del punto 1. Desde las 06:00 horas están disponibles todas las noticias de los medios nacionales y antes de las 08:00 horas el 95% de la prensa regional. Un equipo de periodistas especializados y organizados por sectores de negocio, revisa las noticias asignadas y las valida o descarta de acuerdo a los criterios consensuados con el cliente, y procede posteriormente a enviarlas.

Estos horarios hacen referencia a las horas en las que REBOLD recibe las portadas y las noticias de la prensa digital, pero no se refieren en ningún momento a las horas de entrega. De estos horarios tampoco puede deducirse ni inferirse si REBOLD ofertará un adelanto de 30 o de 60 minutos o no ofertará ningún adelanto. Las razones son las siguientes:

- *Primera: las horas especificadas en el sobre 2 son, como decíamos, las horas en que REBOLD recibe o tiene a su disposición la prensa del día en cuestión.*
- *Segunda: después de que REBOLD reciba la prensa, todavía existe un trabajo a realizar, que son las fases 4 y 5, que atañen al personal de REBOLD, consistente en revisar, validar o descartar noticias y desmaquetar. En ningún momento se explica cuánto tiempo duran estas tareas y como afectarán al adelanto a ofertar.*
- *Tercera: En la fase 4 se explica que el 95% de la prensa digital está disponible antes de las 8:00 horas. No se especifica cuánto tiempo es antes de las 8:00 horas ni cuando se dispondrá del 5% restante de prensa digital.*

  Esto, unido al hecho que REBOLD no especifica cuánto tarda en revisar, validar, descartar noticias y desmaquetar, hace imposible saber si el adelanto será de 30, de 60 minutos o no habrá ningún adelanto.

REBOLD describe una operativa determinada y, para desarrollar esta operativa, especifica unas horas. Ahora bien, estos horarios no son lo suficientemente detallados como para deducir si se ofrecerá un adelanto o si no se ofrecerá.

El Ayuntamiento de Zaragoza no concreta en el Decreto de 3 de agosto de 2022 como y en qué sentido se vio influido: si consideró que REBOLD se comprometería en 30 minutos, en 60 o si consideró que no se ofrecería ningún adelanto. Se limitó a sancionar a REBOLD con la exclusión sólo por consignar unas horas.

Estas horas, reiteramos, son demasiado genéricas y en ningún momento aluden a las horas de entrega al órgano de contratación. Esta situación no es equiparable al establecimiento de un calendario o de una planificación de la que se deduzca que se esté avanzando información que debería mantenerse en secreto. La intención no era pautar unas horas ni encadenarlas para que se dedujera una hora de entrega.»

Por su parte, el órgano de contratación, en el informe emitido con ocasión del presente recurso defiende su actuación del siguiente modo:

«Si bien es cierto que no existe una revelación clara sobre cuál es la hora en la que se va a hacer la entrega del dossier de prensa digital, no debemos olvidar que una exposición tan detallada y precisa sobre el proceso de elaboración del dossier haciendo referencia expresa en alguno de sus apartados a horarios mínimos y/o máximos en los que acometer alguna de esas etapas, constituye un indicio claro de que se va a ofertar una reducción en el plazo de entrega di dossier de prensa en el sobre nº 3, lo que puede condicionar indiscutiblemente el criterio de los servicios técnicos al emitir su informe, y en consecuencia la propuesta de la Mesa de Contratación y el posterior acuerdo de adjudicación del órgano de contratación.

Por ello y no por otro motivo se debe considerar correcta la propuesta de la Mesa y por tanto la resolución de exclusión de la oferta de la recurrente pues

sólo de esta manera se han garantizado los principios de imparcialidad, confidencialidad, igualdad de trato, no discriminación y seguridad jurídica.

La cláusula 14.2 del PCAPE contempló expresamente la advertencia a los licitadores de que no debían proporcionar en el sobre n.º 2 información que debía valorarse en el sobre n.º 3, y si bien en este caso no hay una referencia expresa al plazo de entrega del dossier, la elaboración del dossier contiene tal grado de detalle que supone una muestra evidente de una posible reducción del plazo de entrega del dossier de prensa digital a ofertar en el sobre n.º 3.

A tales efectos debemos considerar el informe emitido por la Dirección de Comunicación que en relación a este aspecto ha indicado lo siguiente,

"... *Desde la Dirección de Comunicación reiteramos la valoración realizada que dio lugar* a *la exclusión de "Rebold Marketing and Comunication S.L.U.". Al detallar su método de trabajo, la empresa licitadora adelanta claramente información que corresponde valorar mediante fórmulas, anticipando que "desde las 6:00 horas están disponibles todas las noticias de los medios nacionales y antes de las 8:00 horas el* 95% *de la prensa regional': una aseveración que no debería ser valorada en ningún caso con la documentación presentada en el SOBRE 2 y que induce* a *tener en cuenta aspectos sujetos* a *valoración mediante fórmulas. La licitadora recurrente plantea ahora que "estos horarios hacen referencia* a *las horas de recepción de las portadas y las noticias de la prensa digital". Se trata de una valoración de parte que, en caso de ser cierta, no aportaría ningún valor* a *la propuesta presentada, razón por la que parece evidente que la intención de "Rebold Marketing and Comunication S.L.U.* " *es adelantar una información correspondiente* a *una valoración mediante fórmulas con el objeto de influir en el proceso de valoración subjetiva.*

Pero éste no ha sido el único dato valorable en el sobre n.º 3 que se incluyó en el sobre n.º 2 por parte de la recurrente como a continuación comprobaremos.

La cláusula 15.B.2 del PCAPE no sólo valora la mejora en el plazo de entrega del resumen de prensa digital diario, sino también la mejora en el plazo de

entrega del resumen de radio digital diario y del resumen de televisión digital diario, siendo ambos criterios valorados de la misma manera que el supuesto de prensa digital diario, es decir, 1 punto por cada 30 minutos de adelanto con un máximo de 2 puntos (clausula 15.B.2.b y c del PCAPE). Por su parte las clausulas 2.2 y 2.3 del PPT fijan como horarios de entrega de estos resúmenes los siguientes:

- *Radio: 16:30 horas para la primera edición y 21:30 horas para la segunda edición.*
- *Televisión: 16:30 horas para los informativos de mediodía y 21:30 horas para los informativos de la noche.*

A efectos de acreditar ese adelanto de información en relación a estos resúmenes de prensa radio y televisión digital- debemos recurrir a la página 6 y 7 de su memoria que dispone textualmente lo siguiente,

"... 2. *Indexación. Desde las 7:00 horas hasta las 23:30, nuestro sistema trabaja* a *tiempo real para realizar la transcripción de audio* a *texto (Speech to text) que se almacena en nuestra base de datos y pasa* a *un proceso de indexación en el que se cruzan los términos o palabras clave constituidas previamente con los textos cualitativos aportados. Nuestros textos son de una calidad inmejorable, aportando todos los detalles y comentarios expresado. Con nuestro sistema de alta tecnología e inteligencia de datos, la periodicidad de envío de noticias de la programación controlada por Rebold (nacional, regional y local) está entre los 5 y los 20 minutos desde su emisión.*

3. Entrega. Las noticias asignadas se ofrecen inmediatamente al cliente a *través de nuestra plataforma de seguimiento integral Acceso 360 y con el envío de alertas* a *través de correo electrónico (en periodicidad de* 5 *minutos). Se ofrece opcionalmente el envío por Telegram de las mencionadas aportadas (sin límite de usuarios). Nuestra plataforma también ofrece la posibilidad de descargar cada clip de 5/10 minutos con las menciones encontradas, asi como la opción de compartir cada mención en redes"*

*Es decir, conforme a los datos aportados en esta memoria la periodicidad en cuanto al envío de noticias de radio y televisión sería entre 5 y 10 minutos desde su emisión según indica literalmente la propia memoria**,** de modo que quedaría acreditado que se está dando por adelantado esa información pues como se comprueba en la cláusula 2.4 del PPT las horas de emisión de los programas de radio y televisión respecto de los que se pide información, se inician a las 7:20 de la mañana mientras que la primera información según el PPT debe darse a las 16:30 horas, pudiendo anticiparse a las 15:30 horas.*

También el informe de la Dirección de Comunicación incide en este aspecto señalando lo siguiente,

".. . *A mayor abundamiento, el punto 3 de la página 7 de la memoria la empresa incumple nuevamente lo dispuesto en los pliegos de condiciones en lo referente a los resúmenes de radio y televisión, ya que explícita claramente que "las noticias asignadas se ofrecen inmediatamente al cliente a través de nuestra plataforma de seguimiento integral Acceso 360". Hay que tener en cuenta que los pliegos técnicos establecen un horario de entrega para las noticias emitidas por radios y televisiones (puntos 2.2 y 2.3) sobre el que las licitadoras debían plantear mejoras en el SOBRE 3 que se valoran mediante fórmulas. Así lo contempla el pliego de condiciones administrativas particulares específicas establecen:*

"2.1. Mejoras en el tiempo de entrega de los resúmenes (hasta 6 puntos):

- *RESUMEN DE PRENSA DIGITAL DIARIO: Por cada 30 minutos de adelanto en el tiempo de entrega sobre el previsto en el punto 2.1 de! Pliego de Prescripciones Técnicas: 1 punto, hasta un máximo de 2 puntos.*
- *RESUMEN DE RADIO DIGITAL DIARIO: Por cada 30 minutos de adelanto en el tiempo de entrega sobre el previsto en el punto 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas: 1 punto, hasta un máximo de 2 puntos.*

- *RESUMEN DE TELEVISIÓN DIGITAL DIARIO: Por cada 30 minutos de adelanto en el tiempo de entrega sobre el previsto en el punto 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas: 1 punto, hasta un máximo de 2 puntos.* "

El "ofrecimiento inmediato" al cliente que figura en la memoria supone establecer un plazo de entrega que no debería figurar de ningún modo en este documento y que incumple lo establecido en los pliegos. Esta circunstancia refuerza los argumentos de la valoración realizada en el informe de la Dirección de Comunicación que conllevó la exclusión de "Reboid Marketing and Comunication S.L.U. ", *así como la intención de la empresa de detallar la disponibilidad horaria de la documentación y anticipar claramente que el cliente la tendrá con anterioridad a lo establecido..."*

En consecuencia consideramos que este motivo debe ser desestimado al haber quedado acreditado que la recurrente en la memoria presentada aportó información que podría condicionar el criterio de los servicios técnicos municipales al aludir a aspectos que permiten deducir que se ofertaba una reducción en el plazo de entrega de los diversos tipos de dossieres.»

De lo señalado por el órgano de contratación en su informe sobre el recurso, que trae causa a su vez, del informe técnico solicitado al efecto de elaborar aquél, resulta la alusión a otro supuesto de revelación o anticipación de información correspondiente al Sobre “Tres”, que sería también determinante de la exclusión de la recurrente y al cual no se había hecho referencia con anterioridad en el expediente, ni en el informe técnico de valoración del Sobre “Dos”, ni en la resolución de exclusión.

Así, dado que la recurrente no ha tenido conocimiento de esta causa de exclusión, de entrar ahora este Tribunal, a resolver este recurso teniendo en cuenta esta alegación extemporánea del órgano de contratación, supondría cercenar el derecho de defensa de la recurrente, que no ha podido combatir, -ni siquiera conocer hasta ahora- la citada causa.

Ahora bien, tampoco sería admisible tener por no alegada y por tanto, por no existente, la meritada causa de exclusión, pues de constatarse su realidad, ello menoscabaría el principio de igualdad de los licitadores.

Por ello y en aras del principio de economía procedimental, este Tribunal consideró que lo procedente era dar traslado a la actora, del informe del órgano de contratación, al efecto de que pudiera formular alegaciones respecto a lo expuesto por el órgano de contratación en sede del recurso especial, al objeto de preservar su derecho defensa. Así, en el escrito presentado por la recurrente con ocasión del citado trámite se señaló lo siguiente:

«*Lo que el órgano de contratación no ha argumentado es porqué cuando se decidió excluir a REBOLD no se hizo referencia al plazo de entrega del resumen de radio digital diario y del resumen de televisión digital diario y, en cambio, ahora, ante este Tribunal adquiere estatus de causa de exclusión.*

La ampliación es del todo improcedente porqué un escrito de alegaciones no es el cauce adecuado para incluir un nuevo motivo de exclusión.

No obstante, únicamente para el caso que este Tribunal considere que procede la ampliación realizamos la siguiente alegación. La dirección de comunicación expone lo siguiente:

A mayor abundamiento, el punto 3 de la página 7 de la memoria la empresa incumple nuevamente lo dispuesto en los pliegos de condiciones en lo referente a los resúmenes de radio y televisión, ya que explícita claramente que "las noticias asignadas se ofrecen inmediatamente al cliente a través de nuestra plataforma de seguimiento integral Acceso 360". Hay que tener en cuenta que los pliegos técnicos establecen un horario de entrega para las noticias emitidas por radios y televisiones (puntos 2.2 y 2.3) sobre el que las licitadoras debían plantear mejoras en el SOBRE 3 que se valoran mediante fórmulas.

REBOLD expone en las páginas 6 y 7 de la memoria una forma de actuar, a la vez que describe cómo se presta el servicio. Lo hace en términos generales y su redacción quiere transmitir una determinada eficacia. Es una redacción, reiteramos, genérica que se incluye en la memoria para resaltar los sistemas que dispone la licitadora y su capacidad.

Además, fíjense que, tal y como está redactada la memoria, ésta hace referencia a las noticias después de que estas se hayan emitido. El PPT, en cambio, en los puntos 2.2 y 2.3 hace referencia a los resúmenes de radio y a los resúmenes de televisión, que no es lo mismo. Es decir, no es lo mismo poner a disposición de un cliente la noticia tal y como esta se ha emitido, que realizar los resúmenes de todos los boletines de noticias. Por ello, la memoria trataba de acercar el negocio al órgano de contratación, pero sin concretar hasta el extremo de hacer innecesario un sobre número 3.

El PPT exige que los resúmenes estén disponibles a las 16:30 horas para los informativos de mediodía y a las 22.30 horas para los informativos de la noche, para el caso de la televisión digital y a las 16:30 horas la primera edición y a las 22.30 horas la segunda edición, para el caso de la radio. Y REBOLD no ha concretado cuándo tarda en realizar los resúmenes. Por esta razón no ha adelantado información del sobre 3 en el sobre 2.

Igualmente, debemos apuntar que la dirección de comunicación no examina las circunstancias concurrentes. No explica como supuestamente se vio afectada por ello y como le condicionaba a la hora de valorar.»

Por lo que respecta a la mercantil personada en el presente recurso, formuló alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso, señalando, entre otros argumentos, lo siguiente:

«…Expuesto lo que antecede, y aplicando un sencillo método deductivo: (i) si el resumen de prensa en soporte digital debe estar disponible conforme al punto 2.1 PPT a las 8.30h (portada y noticia de apertura de los diarios aragoneses), 9.00h (noticias de interés de los periódicos aragoneses) y 9.30h (resumen

completo); (ii) si en el sobre 3, a través del anexo III, debían incluirse las posibles mejoras que propone el licitador respecto a la antelación de la disponibilidad de los resúmenes de prensa; y (iii) si está prohibido expresamente en los pliegos el incluir en el sobre 2 algún dato del que pueda deducirse aspectos a valorar en el sobre 3, so pena de exclusión, habremos de llegar a la conclusión de que si la recurrente oferta en el sobre 2, sin mayor concreción, que "desde las 06:00 horas están disponibles todas las noticias de los medios nacionales y antes de las 08:00 horas el 95% de la prensa regional", podrá y habrá de entenderse por el órgano de contratación, conforme a lo descrito y requerido en el punto 2.1 PPT, que las mismas estarán disponibles para su visionado a partir de dichas horas; y siendo que las mejoras consisten en la entrega anticipada de los resúmenes de prensa, incluir en el sobre 2 que las noticias nacionales y regionales podrán estar disponibles antes de las 8.30h, ello supone una clara mejora del servicio, la cual tendría que haberse incluido en el sobre 3 (punto 14.3 PCAPE), no en el sobre 2 como RMC hizo, lo que conllevaría su exclusión conforme al punto 14.2 PCAPE al tratarse de un dato del que pueden deducirse aspectos a valorar en el sobre 3...»

Expuestas las posiciones de las partes hay que estar en primer lugar, a la regulación contenida en los pliegos que rigen la presente licitación y cuya aplicación es cuestionada; así, el PCAPE en su cláusula 14 relativa al contenido de las proposiciones, señala lo siguiente:

«…14.2.- Documentación a incluir en el SOBRE 2: Propuesta sujeta a evaluación mediante juicio de valor:

.- Los licitadores deberán incluir en este sobre su Memoria técnica (- Plan de trabajo propuesto - Solución técnica propuesta), teniendo en cuenta el contenido que se establece la cláusula 15 A) de este Pliego.

. Tendrá una extensión máxima de 25 páginas, incluidos los anexos. No se leerán ni serán objeto de valoración las páginas que excedan de la extensión máxima.

. No se incluirá en este sobre 2 ningún dato del que pueda deducirse aspectos a valorar en el sobre 3 mediante fórmulas aritméticas so pena de exclusión.»

En cuanto a los criterios de adjudicación evaluables mediante aplicación de fórmulas que afectan a la resolución del presente debate, están recogidos en la cláusula 15, que indica lo que sigue:

«…2.- Mejoras en el tiempo de entrega de los resúmenes (hasta 6 puntos):

a- RESUMEN DE PRENSA DIGITAL DIARIO: Por cada 30 minutos de adelanto en el tiempo de entrega sobre el previsto en la cláusula 2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas: 1 punto, hasta un máximo de 2 puntos.

En caso de no ofertar se valorará con 0 puntos.

b- RESUMEN DE RADIO DIGITAL DIARIO: Por cada 30 minutos de adelanto en el tiempo de entrega sobre el previsto en la cláusula 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas: 1 punto, hasta un máximo de 2 puntos.

En caso de no ofertar se valorará con 0 puntos.

c- RESUMEN DE TELEVISIÓN DIGITAL DIARIO: Por cada 30 minutos de adelanto en el tiempo de entrega sobre el previsto en la cláusula 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas: 1 punto, hasta un máximo de 2 puntos.

En caso de no ofertar se valorará con 0 puntos.»

Así, expuestos los términos del debate, la resolución del presente recurso requiere examinar si la actuación de la Mesa de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público y, en especial, al PCAPE que, junto con el Pliego de Prescripciones Técnicas, constituyen la *lex contractus* como viene afirmando, reiteradamente, la jurisprudencia.

Sobre la cuestión aquí planteada, esto es, la relativa al secreto de las proposiciones, es pertinente reproducir la doctrina de este Tribunal, por todos, su Acuerdo 63/2017, de 11 de mayo, que afirma: «*Como viene señalando este Tribunal administrativo desde su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo, las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad de trato, como en las previsiones normativas citadas requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. En este concreto aspecto de la presentación de propuestas, se basan en la voluntad legal de separar, en dos momentos diferentes, la valoración de las ofertas, en atención a que los criterios para su evaluación estén sujetos a juicio de valor o no; y ello, parece evidente, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas, o contaminadas entre sí, ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que se predica desde el mismo artículo 1 TRLCSP. De ello se deduce que, como ya se argumentó en nuestro Acuerdo 16/2011, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico, presentada por éstos, puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta lo que afectaría al propio sistema de valoración y su necesaria objetividad. De modo que, se infringirían, al «contaminar» el procedimiento, los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra el TRLCSP. En este Acuerdo se precisó que, en todo caso, es necesario realizar una interpretación finalista y sistemática, que obliga al órgano gestor a acreditar de forma racional el incumplimiento del licitador de este deber de no desvelar la oferta económica de forma anticipada. Y no son suficientes meras suposiciones o juicios de valor técnico que no permitan constatar de forma fehaciente este incumplimiento, pues lo contrario, cuando menos, quebraría el principio de proporcionalidad y conllevaría una contravención del principio de igualdad de trato. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, en*

su Resolución 77/2014, ha insistido también en la necesidad de justificar esa contaminación antes de acordar la exclusión. Y ello, porque el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se valoran mediante fórmulas, en tanto adelanta información de la proposición, puede afectar al resultado de la valoración de los aspectos sometidos a juicio de valor, por lo que se originaría una desigualdad en el trato de los mismos. Frente a ello, la única solución posible desde la perspectiva del derecho a buena administración (Acuerdos 16/2011 y 53/2015) es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en la normativa, con respecto a la forma de presentar las mismas con el resultado de desvelar indebidamente aspectos de su oferta. Este es el criterio uniforme en la doctrina consolidada por los Tribunales administrativos de contratación, en relación con el principio del secreto de las proposiciones, y la revelación de su contenido. Por todos, vale citar los Acuerdos de este Tribunal administrativo 1/2011, 42 a 44/2014, 55 a 58/2015, y los recientes Acuerdos 41 a 43 y 47 a 49/2017; en los que se insiste en que el secreto de las proposiciones, se asienta sobre dos principios básicos. El primero, evitar "manipulaciones" de los licitadores con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del sistema de contratación; y el segundo, garantizar que las ofertas económicas y demás aspectos evaluables mediante fórmulas, no sean conocidos 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. Igualmente, la Resolución 72/2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales afirma que: "En este sentido la resolución de este Tribunal nº 137/2014 de 21 de febrero de 2014, señala que `… si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la sujeta a juicio de valor, y la evaluable de forma automática, ello haría que los técnicos al realizar su valoración, dispusieran de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su

oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras infringiéndose así los principios de igualdad de trato v no discriminación consagrados en el TRLCSP (…) Ello supondría también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 145. 2 de la Ley citada, pues documentación o información que debiera de estar incorporada en el sobre nº 3 se conoce con anterioridad a la apertura del mismo. Cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones antes de que se celebre el acto público de apertura, al incluir información evaluable de forma automática en el sobre destinado a la documentación general rompe el secreto de las proposiciones (Resolución 67/2012 de 14 de marzo)"».

Ahora bien, en el presente recurso la recurrente niega que haya existido tales revelaciones del contenido de la oferta y que si acaso hay alguna carecen de la suficiente entidad como para determinar su exclusión, lo que funda en juicios de valor técnico, de manera que la cuestión planteada se revela como eminentemente técnica, por lo que resulta de aplicación la doctrina de la discrecionalidad técnica y la consecuente presunción de acierto del órgano de contratación a su favor.

Es doctrina consolidada de todos los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales (por todos, los Acuerdos de este Tribunal 78/2013, de 23 de diciembre, 8/2014, de 20 de febrero, 22/2018, de 20 de abril, 75/2019, de 14 de junio, y las Resoluciones del TACRC 209/2013, de 5 de junio, 313/2017, de 31 de marzo, 155/2019, de 22 de febrero), que la evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación, y que aquellos han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

Y ello por cuanto a les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «*discrecionalidad técnica*» de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006 –rec. casación nº

7645/2000–, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999). Criterio ratificado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 noviembre de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso nº 336/2016), en el que fue objeto de impugnación –precisamente– otro Acuerdo de este Tribunal, el 106/2016, de 28 de octubre, y que dicha Sala confirmó.

Por ello, a la luz de la doctrina de la discrecionalidad técnica antes referida, apoyada en los argumentos recogidos en el informe del mismo al recurso, así como en el informe técnico de valoración aludido en aquél y que la recurrente no logra desvirtuar, procede el rechazo del motivo de recurso, al no haber atendido la actora la carga de la prueba que sobre ella pesa (valga por todos, el criterio sentado en el Acuerdo 86/2020, de 30 de octubre, de este Tribunal).

Y ello pese a que el órgano de contratación llega a reconocer respecto de la primera causa de revelación del secreto de la oferta que "*no existe una revelación clara sobre cual es la hora en la que se va a hacer la entrega del dossier de prensa digital*" señala también que "*la elaboración del dossier contiene tal grado de detalle que supone una muestra evidente de una posible reducción del plazo de entrega del dossier de prensa digital a ofertar en el sobre nº 3".*

A ello se añade los amplios términos en los que se pronuncia el PCAPE al regular el tema del secreto de la oferta pues señala que «*no se incluirá en este sobre 2 ningún dato del que pueda deducirse aspectos a valorar en el sobre 3*» y por tanto no solamente está prohibido hacer una referencia expresa y concreta de lo que se va a ofrecer en el sobre 3, sino cualquier dato o información que permita deducir contenido del sobre señalado que pueda afectar a la imparcialidad de la valoración de los criterios sujetos a evaluación previa.

Por ello, a juicio de este Tribunal, al suministrar determinada información relativa a la oferta a valorar mediante criterios sujetos a fórmula, se incurre en

la conducta prohibida por la LCSP y por los pliegos que rigen la presente licitación, al producir el efecto de revelar el secreto de las proposiciones, lo que obliga a la exclusión de la oferta. Por ello, se considera ajustada a la legalidad la actuación de la Mesa de contratación y, en consecuencia, se desestima el recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por “REBOLD MARKETING AND COMMUNICATION, S.L.U.”, frente a su exclusión y posterior adjudicación dictadas en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de digitalización y gestión informatizada del resumen diario de prensa, radio y televisión del Ayuntamiento de Zaragoza», promovido por esa entidad local.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, 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.