RE 105/2014

Acuerdo 69/2014, de 11 de noviembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por FORMIMETAL. S.L. frente a su exclusión en la licitación «Acuerdo marco por el que se determinan las condiciones a las que habrán de sujetarse los contratos derivados a adjudicar por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte para la adquisición de mobiliario de uso educativo para los centros públicos de educación de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovida por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de septiembre de 2014 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Acuerdo marco por el que se determinan las condiciones a las que habrán de sujetarse los contratos derivados a adjudicar por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte para la adquisición de mobiliario de uso educativo para los centros públicos de educación de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovida por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón (en adelante el Departamento), contrato de suministros en su modalidad de acuerdo marco, tramitado por procedimiento abierto y varios criterios de

adjudicación, con un valor estimado para la totalidad de los seis Lotes en los que se divide la licitación de 1 583 234,99 de euros, IVA no incluido.

Consta en el expediente que el 1 de octubre de 2014 se publicó en el DOUE una corrección de errores, de la que resulta que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día de 10 de octubre de 2014, a las 14:00 horas,

Al procedimiento se presentaron quince licitadores, entre ellos la recurrente FORMIMETAL, S.L. (en adelante FORMIMETAL).

SEGUNDO.- La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 21 de octubre de 2014, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre nº 1), presentada por los licitadores, y acordó la exclusión de FORMIMETAL «*por no haber presentado en sobre cerrado la documentación sujeta a evaluación previa (sobre nº 2), al haber aportado dicha documentación en un archivador, sin precintar ni incluir en sobre alguno, metido en una carpeta junto con los sobres nº 1 y 3, debidamente cerrados y firmados*». Basa la Mesa la exclusión en la previsión contenida en el artículo 145.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y en la cláusula II.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación (en adelante PCAP).

El acuerdo de la Mesa se notifica a FORMIMETAL el 24 de octubre de 2014, informándole de la posibilidad de interponer frente al mismo el correspondiente recurso especial en materia de contratación.

TERCERO.- El 27 de octubre de 2014 tuvo entrada, en el Registro del Departamento, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por D. Víctor Ruberte Herrero, en representación de FORMIMETAL, contra el acuerdo de la Mesa de contratación por el que se acuerda la exclusión de su representada de la licitación.

La recurrente ha cumplido, al menos formalmente, lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

El recurso alega, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

Consideran que no se ha producido ninguna irregularidad en la presentación de la propuesta, ya que presentaron tres sobres dentro de un único sobre sellado, y todos iban debidamente firmados. Afirman que no precintar el archivador que contenía la documentación del sobre nº 2 se debió a un simple error, que podía ser subsanado, al ir todos los sobres en un único paquete sellado y precintado que garantizaba su confidencialidad. Entienden que se ha cumplido la finalidad del artículo 145.2 TRLCSP, que trata de asegurar que la documentación aportada por la empresa no sea manipulada ni cambiada por un tercero antes de su apertura por la Mesa de contratación. Consideran que la mención de la Ley a «*sobres*» debe entenderse ampliada a su finalidad, siendo equivalente a carpetas, archivadores etc, y que su exclusión sin trámite de subsanación les provoca indefensión.

Por lo expuesto solicita se anule la exclusión de su representada y se le admita al procedimiento.

CUARTO.- El 29 de octubre de 2014 el Departamento traslada al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el recurso, el expediente completo y el informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP.

A fin de evacuar el trámite de alegaciones, el Tribunal notificó el 30 de octubre 2014, la interposición del recurso a los otros licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de FORMIMETAL para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministros, en la modalidad de acuerdo marco, cuyo valor estimado es superior a 100 000 €. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas

de la Comunidad Autónoma de Aragón), y se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo, sobre la que se plantea el recurso, es la adecuación de la exclusión de la empresa FORMIMETAL del procedimiento de licitación, por no entregar su oferta técnica (Sobre nº 2), —documentación que debe ser objeto de valoración posterior de acuerdo con los criterios de valoración que se establecen en el Anexo VI del PCAP— debidamente cerrada.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación de la Mesa de contratación y del órgano de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al PCAP que — junto con el Pliego de Prescripciones Técnicas—, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Para ello, hay que comenzar recordando que una de las manifestaciones del principio de igualdad de trato a todos los licitadores, consagrado en el artículo 1 TRLCSP, es el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites, dando una interpretación prácticamente literal a los preceptos que lo regulan. Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de la documentación con observancia estricta de los requisitos formales exigibles, y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos.

Este principio justifica el mandato del artículo 145.2 TRLCSP, de conformidad con el cual «*las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública*». Precisamente para garantizar este secreto, el artículo 80.1 RGLCAP dispone que la documentación para las licitaciones se presentará en «*sobre cerrado*»; que, de conformidad con el artículo 83 del mismo Reglamento «*no podrá abrirse hasta el acto público previsto al efecto*»; en el que, entre otros trámites, deberá darse «*ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados*». Para el caso de que no fuese así y se presentaran dudas acerca de las condiciones de secreto en que ha sido custodiada alguna de las proposiciones, el propio artículo 83 en su apartado 3 establece que se suspenda el acto de apertura y que se inicie la correspondiente investigación sobre lo sucedido.

Además, la cláusula II.5 del PCAP determina, respecto a la presentación de proposiciones: «*Las proposiciones constarán de los sobres que a continuación se indican, cerrados y firmados por el licitador o persona que lo representa …*».

Resulta doctrina reiterada para el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas Resolución 205/2011), y plenamente asumida por este Tribunal, que «*esta normativa persigue una doble garantía, por un lado, asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el periodo de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público, (…) y por otro, que los asistentes al acto*

público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada. Y es que, el secreto que afecta a las proposiciones de los licitadores, además de poder ser verificable cuando tenga lugar el acto público de apertura de las ofertas, alcanza no sólo a otros licitadores en el procedimiento sino incluso a los propios gestores del expediente de contratación, incluidos los miembros de las mesas de contratación a quien corresponde valorar las ofertas, y cuyo conocimiento no podrá ser anterior al momento de su apertura en el correspondiente acto público».

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

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

TERCERO.- La recurrente basa su recurso, por un lado, en que presentó los tres sobres dentro de un único sobre sellado y precintado que garantizaba su confidencialidad; y que no precintar el archivador que contenía la documentación del sobre nº 2 se debió a un simple error.

Por otro, que su exclusión sin trámite de subsanación les provoca indefensión.

Por su parte el órgano de contratación, en su informe al recurso —emitido el 29 de octubre por el Secretario General Técnico del Departamento— sostiene que, para garantizar el secreto de las proposiciones exigido por el artículo 145 TRLCSP, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la anterior Ley (en adelante RPLCSP) indica que «*la presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de ésta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos*», y el artículo 27 de esta norma reglamentaria dispone que su apertura se llevará a cabo en un acto público. Considera, además, que la no presentación en forma de la oferta es un defecto que en ningún caso es subsanable.

Efectivamente, frente a la alegación de que la empresa presentó toda la documentación en un sobre cerrado, con lo que quedaba garantizado el secreto de su proposición, hay que señalar que tanto la normativa aplicable (artículo 80 del RGLCAP) como los Pliegos (cláusula II.5 del PCAP) exigían la presentación de la documentación no en un único sobre sino en tres sobres cerrados y, en lo que se refiere al Sobre nº 2, en un sobre cerrado comprensivo de los numerosos documentos que han de conformar la oferta técnica. Tal procedimiento (exigencia de la presentación de la documentación en tres sobres cerrados) es el único que garantiza el secreto de las proposiciones, tanto frente a terceros

como frente a la propia Administración, hasta el acto público de apertura. La presentación de una parte de la documentación cuya valoración se somete a un juicio de valor en un archivador completamente abierto (por mucho que toda la documentación de la licitación pudiera haberse incluido en un único sobre cerrado, como sostiene la recurrente) no permite en modo alguno preservar el secreto de la proposición.

Y no puede argumentarse la existencia de un «*simple erron*» para admitir la presentación de la documentación correspondiente al Sobre nº 2 en un archivador totalmente abierto, ya que forma parte del deber de diligencia de los licitadores verificar que las proposiciones que formulan se ajustan a las exigencias formales previstas en los Pliegos, que son la ley del contrato, como ya se ha señalado. Las actuaciones materiales exigibles a los licitadores sobre cómo deben presentarse las propuestas con el objetivo de preservar el secreto de las mismas nunca pueden ser objeto de subsanación, por su propia naturaleza.

En conclusión, la presentación de la documentación del Sobre nº 2 fuera de un sobre cerrado, además de posibilitar una eventual alteración de la oferta técnica, permite a la Mesa de contratación tener conocimiento de determinados aspectos de la proposición en un momento procedimental en el que la oferta debe ser secreta para todos, vulnerando el secreto de las proposiciones y la finalidad que con dicho secreto se pretende salvaguardar, que no es otra que la de garantizar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículos 1 y 139 del TRLCSP). Por todo ello, ha de considerarse que el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de octubre de 2014 por el que se

excluyó a la empresa FORMIMETAL del procedimiento de licitación, es ajustado a Derecho, por lo que el recurso especial ha de ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y 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 de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por D. Víctor Ruberte Herrero, en representación de FORMIMETAL, S.L, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de octubre de 2014, por el que se acuerda su exclusión de la licitación «Acuerdo marco por el que se determinan las condiciones a las que habrán de sujetarse los contratos derivados a adjudicar por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte para la adquisición de mobiliario de uso educativo para los centros públicos de educación de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovida por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.