



Recurso nº 156/2011

Resolución nº 191/2011

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 20 de julio de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por don A.P.C, como apoderado de la entidad ALMERAYA, S. A., contra la Resolución de 15 de junio de 2011, por la que se adjudica, en procedimiento abierto, el contrato de la concesión administrativa del servicio de transporte regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Almería, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 30 de diciembre de 2010 la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento publicó en el Boletín Oficial del Estado y en el Perfil del Contratante, anuncio para la licitación de un contrato de la concesión administrativa del servicio de transporte regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Almería, a la cual presentó oferta la sociedad recurrente.

Segundo. Examinada y calificada por la mesa de contratación la documentación administrativa presentada por los licitadores, en la que no se observaron omisiones o defectos en la documentación presentada por el recurrente, se procedió el 9 de marzo de 2011 en sesión pública a dar a conocer el resultado de la puntuación de las proposiciones del sobre nº 2 y a la apertura y lectura de las proposiciones sobre criterios cuantificables de forma automática (sobre nº 3). La mesa de contratación, a la vista del informe realizado por el equipo técnico de valoración, acordó excluir de la licitación a varias empresas firmantes de las proposiciones entre ellas a la recurrente ALMERAYA, S.A., en todos los casos por aplicación del párrafo 2 de la cláusula 4.7.2 del Pliego de condiciones que dispone *"la inclusión en los sobres nº 1 ó nº 2 de documentos*

correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador, por vulnerar el carácter secreto de las ofertas a que se refiere el artículo 129.2 de la LCSP".

En informe de la mesa de contratación, adjunto al Acta de la referida sesión, se detallan todos y cada uno de los motivos de exclusión de los licitadores, y en lo que se refiere al recurrente detalla pormenorizadamente que parte de la documentación contenida en el sobre nº 2 considera que corresponde al sobre nº 3. Expuestas en el acto publico las causas concretas de inadmisión, se indicó a los licitadores que podían formular por escrito las observaciones y reservas que estimasen oportunas de acuerdo con el artículo 87.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, lo que hizo el recurrente por escrito de 11 de marzo de 2011.

Tercero. El 15 de junio de 2011 el órgano de contratación adoptó el acuerdo de adjudicación, ahora impugnado, remitiéndose su notificación al recurrente el 16 de junio de 2011, constando su recepción el 17 de junio de 2011. El acuerdo de adjudicación recoge las exclusiones de licitadores acordadas y su motivación reproduciendo el informe a que se refiere el antecedente anterior.

Cuarto. Contra el mencionado acuerdo la representación de ALMERAYA, S. A. presentó recurso dirigido ante este Tribunal el 5 de julio de 2011, habiendo formulado el anuncio previo al órgano de contratación el 1 de julio de 2011. En el recurso solicita la revocación del acto de adjudicación con retroacción de las actuaciones al momento en el que fue excluida su oferta, así como pone de manifiesto la suspensión automática del expediente de contratación tras la interposición del recurso, al amparo del artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Quinto. La Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe el 7 de julio de 2011.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, el 8 de julio de 2011, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su

derecho conviniesen. La representación de BUS MADRID ALMERÍA, S. L., adjudicataria del contrato, presentó alegaciones el 14 de julio de 2010.

Séptimo. El 13 de julio de 2011 se notificó a la recurrente y al órgano de contratación el acuerdo del Tribunal de mantener la suspensión automática conforme a las previsiones del artículo 316.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por el recurrente como especial en materia de contratación, se interpone contra el acto de adjudicación y corresponde a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Segundo. El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación de un contrato de gestión de servicio público y que el presupuesto de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, es superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310.1.c) de la Ley de Contratos del Sector Público.

El recurso se presentó en la sede del órgano de contratación el 5 de julio de 2011, dentro del plazo legalmente previsto para ello (artículo 314.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). BUS MADRID ALMERÍA, S. L argumenta en su escrito de alegaciones que el recurso se dirige en realidad contra el acto de exclusión y no contra el de adjudicación, siendo por ello extemporánea su presentación, por lo que debe inadmitirse.

Al respeto hemos de señalar que el órgano de contratación no notificó individualmente el acto de exclusión señalando la posibilidad de recurrir contra él ante este Tribunal de conformidad con el artículo 310.2.b), sino que se limitó a anunciarla en acto público, dando a los licitadores presentes la posibilidad de formular observaciones de acuerdo con el artículo 87.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que hizo el recurrente por escrito de 11 de marzo de 2011.

El órgano de contratación tampoco recalificó el escrito del recurrente de 11 de marzo de 2011 como recurso remitiéndolo a este tribunal, en aplicación de lo previsto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, remitiéndolo a éste tribunal de conformidad con el artículo 316.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, limitándose como única contestación de aquel escrito a reproducir en el acto de adjudicación los argumentos del informe de la mesa que fundamentó su exclusión.

Es por ello que, de no admitirse ahora el recurso contra el acto de adjudicación por extemporáneo al no haberse formulado expresamente contra el acto de exclusión, cuando el licitador de buena fe y siguiendo las indicaciones expresas del órgano de contratación presentó escrito impugnando dicha inadmisión, escrito que el órgano de contratación debió recalificar como recurso ante este Tribunal, se estaría produciendo, además de una vulneración del principio de confianza legítima, indefensión material entredicha por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia el recurso debe ser admitido.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Cuarto. El recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos. El primer argumento es que no hay en el sobre nº 2 de su proposición ningún documento del sobre nº 3 mediante el cual se formule una oferta en relación con las *"medidas especiales de atención al público y de comercialización"* referidas a *"reserva y venta de billetes por Internet o teléfono 24 horas"* o *"Información por SMS a los usuarios"*, al haber hecho la Mesa de Contratación una interpretación a su juicio extensiva identificando la mención a "documentos" como relativa a informaciones de las que podría inferirse el contenido del sobre nº 3. Subsidiariamente, como segundo argumento si se considera que la inadmisión de la oferta del licitador podría fundarse en que determinada información permitiría inferir el contenido del sobre nº 3, porque de ella no se extrae que en dicho sobre esté realizando una oferta concreta con relación a dichos aspectos. Y como tercer argumento, también subsidiariamente, que incluso si se considerase que las menciones a canales de información a través de Internet del sobre nº 2 suponían anticipar el contenido

del sobre nº 3 la existencia de esas menciones en el sobre nº 2 no podía ser considerada como una causa de exclusión de acuerdo con la finalidad de la norma aplicada porque las menciones a los canales de información constituyen un elemento habitual en el sector de los transportes terrestres, por lo que no constituiría un elemento diferencial que pudiera hacer preferible la oferta, y unida esta circunstancia a la falta de peso específico de la valoración de ese elemento en relación con la posible adjudicación.

Quinto. En el informe evacuado por el órgano de contratación se sostiene la resolución de acuerdo por la vinculación de los licitadores al pliego en virtud de los artículos 99.2 y 129.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, el carácter secreto de las proposiciones presentadas que deriva de la exigencia que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor se presente en sobre independiente del resto de la proposición, de acuerdo con los artículos 129.2 y 134.2 de la Ley. En fin que en cuanto a la irrelevancia de la parte de la oferta económica anticipada por el recurrente en la valoración final, el órgano de contratación, en esta fase del procedimiento de licitación no le corresponde interpretar la importancia de las puntuaciones. El escrito de alegaciones de BUS MADRID ALMERÍA, S. L., ya analizado en cuanto al argumento de forma, recoge sustancialmente en cuanto al fondo los argumentos del órgano de contratación.

Sexto. Como ya señalamos en nuestra Resolución nº 147/2011, de 25 de mayo, el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público establece entre sus fines el garantizar el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. En el mismo sentido el artículo 123 de la citada Ley señala que *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”*.

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las

Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).

A esta exigencia obedece que los artículos 129 y 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, establezcan que las proposiciones de los interesados, conteniendo las características técnicas y económicas, deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

En fin son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 134. 2 de la Ley disponga que *“la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”*, y que en su ejecución el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público, disponga de un lado en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro el artículo 26 imponga que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa 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 esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”*.

Así las cosas la norma cuando se refiere a *“documentación”* no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene (*“escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”*, en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, RAE, 22 edición) pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores.

De otra parte la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y, en consecuencia con ella, la contenida en la cláusula 4.7.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato al que se refiere la impugnación, es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información

anticipada en el sobre 2º resulta ratificada en el sobre 3º, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión- por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aun, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada.

Constatada la introducción de información correspondiente al sobre 3º en el 2º, se ha vulnerado el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público y resulta de aplicación la cláusula 4.7.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato al que se refiere la impugnación, por lo que debe ratificarse la exclusión acordada y desestimar el recurso interpuesto.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por recurso interpuesto por ALMERAYA, S. A., contra la Resolución de 15 de junio de 2011, por la que se adjudica, en procedimiento abierto, el contrato de la concesión administrativa del servicio de transporte regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Almería.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.