



Recurso nº 1108/2016 C.A. Galicia 157/2016

Resolución nº 38/2017

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

En Madrid, a 20 de enero de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. N.G.C., en representación de la mercantil SERVICIOS SOCIAIS A COMUNIDADE, S.L. (SSAC), contra su exclusión del procedimiento "*Servicio de ayuda en el hogar del Ayuntamiento de Cerdedo*" convocado por el Ayuntamiento de Cerdedo-Cotobade (Pontevedra); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por la Alcaldía del Ayuntamiento de Cerdedo se convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra, el día 6 de septiembre de 2016, licitación para adjudicar, por el procedimiento abierto, el contrato de servicios arriba referido, con un valor estimado de 240.000,00 euros.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSF en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Abierto el plazo para presentar ofertas, presentadas las ofertas por los licitadores, en sesión de 9 de noviembre de 2016, la Mesa de Contratación acuerda la exclusión de la empresa SERVICIOS SOCIAIS A COMUNIDADE, S.L., pues se comprueba que se ha presentado el sobre C, relativo a la oferta económica, abierto y sin cerrar. No se

procedió por la Mesa a la apertura del sobre B de la propuesta. El acuerdo no fue notificado mediante comunicación con acuse de recibo a la sociedad excluida.

Cuarto. El día 16 de noviembre de 2016 se interpone ante el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa de Contratación. En el citado recurso, la empresa alega en síntesis: que el “Sobre C”, aun no estando sellado con la goma de su solapa superior, está perfectamente cerrado a intrusos o a quien quiera ver su contenido, gracias al cierre de su solapa doblada superior. Una vez presentado y aceptado en el Registro General del Ayuntamiento, pasa a ser competencia de este garantizar la salvaguarda del secreto del sobre hasta que es presentado a la Mesa de Contratación. Se indica además que no procede la aplicación del artículo 84 del RD 1098/201, de 12 de octubre, al no haberse visto el interior del sobre.

Quinto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación. En el citado informe se invoca la aplicación de los artículos 145.2 del TRLCSP, y los artículos 80.1 y 84 del RLCAP, así como la cláusula décima del PCAP. Los preceptos indicados exigen que la documentación para la licitación se ha de presentar en sobres cerrados. Con el informe se adjunta, además, fotografía del Sobre C, donde se aprecia que éste está abierto con el protector del adhesivo todavía colocado en la solapa superior que ha de cerrarlo. Finalmente se cita la Resolución número 205/2011, de 7 de septiembre, de este Tribunal, que resolvió sobre un caso similar al del presente recurso.

Sexto. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores en fecha 30 de noviembre de 2016, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. No se ha evacuado este trámite por ningún licitador.

Séptimo. En fecha 1 de diciembre de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida cautelar consistente en la suspensión del expediente de contratación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, y hasta el dictado de la resolución que acuerde el levantamiento, con arreglo al artículo 47.4 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. En aplicación del artículo 42 del TRLCSP ha de entenderse que la entidad recurrente es titular de un interés legítimo en el expediente de contratación y ostenta, por tanto, legitimación activa para la interposición del recurso. Se han cumplido las prescripciones del plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre el acuerdo de exclusión del procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios, con valor estimado de 240.000,00 euros, de la Categoría 25 del Anexo II, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía, de conformidad con lo establecido en los artículos 10, 40.1.b) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto. La única cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si la presentación de la documentación por los licitadores en sobres que no están cerrados, constituye causa de exclusión de la propuesta o no. Y el sentido de esta resolución no puede ser otro que considerar correcta la exclusión acordada por el órgano de contratación.

Como bien señala el órgano de contratación, resolviendo sobre un caso similar, en la Resolución 205/2011, de 7 de septiembre, decíamos que: *“la contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 LCSP), lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites. Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos.*

Este principio de igualdad de trato justifica el precepto del artículo 129.2 LCSP 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 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que “la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados”, 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”.

La normativa anterior persigue por tanto 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 -si se trata de la oferta como es el caso del expediente en cuestión -, 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.

En consecuencia, si las proposiciones deben de ser secretas y lo que se trata de garantizar en todo caso es la igualdad entre los licitadores, es claro que la garantía de que aquellos concurren en igualdad de condiciones impone que el poder adjudicador, en este caso la Administración contratante, no sólo desconozca las propuestas hasta el acto formal de apertura de éstas -lo cual sólo es posible mediante la presentación de las proposiciones en sobres cerrados que acrediten que los mismos no han sido abiertos desde el momento de su presentación-, sino que además los asistentes al citado acto de apertura puedan verificar que se ha cumplido de forma efectiva el secreto exigido en la LCSP.

El incumplimiento de los preceptos antes citados supone la exclusión del licitador, en cuanto que es competencia del mismo presentar y documentar sus ofertas en los términos establecidos en la normativa contractual. Así el propio PCAP reitera las exigencias contenidas en la LCSP y en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al señalar en su cláusula 14 que “los licitadores presentarán, dos sobre cerrados, (...)” y en su cláusula 15

que “la presentación de proposiciones y demás documentación exigida, se efectuará según la forma y requisitos que establecen los artículos 129 y 130 y Disposición Adicional 19ª de la LCSP y 80 del RGLCAP”.

Idéntico criterio que se ha mantenido recientemente en la Resolución 617/2016, de 29 de julio, en la que se señalaba: “Abundando en este razonamiento, y sin necesidad de valernos del Diccionario de la Real Academia, lo cierto es que el sentido propio y habitual de la expresión “sobre cerrado” se refiere al sobre cerrado con el pegamento propio del mismo del que habitualmente disponen o incluso con medios adicionales, como el papel adhesivo, y desde esta perspectiva, es claro que la apertura de un sobre así cerrado no es ni sencilla ni puede pasar desapercibida. No se le oculta a este Tribunal la existencia de técnicas para abrir, sin que se descubra, un sobre que aparentemente puedan dar resultado, pero, por fortuna, no es éste un proceder que quepa reputar imaginable en la Administración Pública española, siquiera sea por la más que posible trascendencia penal que ello tendría.

En suma, se constata el incumplimiento palmario por parte de la recurrente del requisito relativo a la forma de presentación de las ofertas, al no emplear para una parte de la documentación un sobre cerrado, y servirse, en su lugar, de un medio que no cumple las mismas garantías que aquél.

Séptimo. Llegados a este punto, constatada la infracción en la que incurrió la empresa recurrente, hemos de advertir, sin embargo, que el simple incumplimiento de requisitos de forma no justifica, por sí solo, la exclusión de un licitador del procedimiento, pues ello sería contrario a los principios de libre concurrencia y al carácter marcadamente antiformalista de las normas de contratación (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004- y 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-).

Se impone, por ello, determinar si la vulneración de la norma del artículo 80.1 RLGCAP y de la cláusula 17ª del Pliego puede ser considerada, en el caso que nos atañe, como un defecto de forma irrelevante o, por el contrario, afecta a principios sustantivos de la



normativa de contratación. A fin de cuentas, como dijera la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 22 de abril de 1969 (RJ 1969\2157):

“Dentro del grupo de normas que regulan la adjudicación de bienes por el sistema de subasta, no todos los preceptos ni condiciones del Pliego tienen el mismo rango, ni su falta, por tanto, determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida, pues, establecidas esas formalidades preparatorias de la contratación municipal en tutela y garantía de los intereses generales cuya gestión corresponde a los Ayuntamientos, la nulidad sólo se produce cuando se violan las normas que contienen las reglas esenciales para la consecución del fin de la contratación por subasta, que para la Corporación es conseguir el mejor postor y para los concurrentes que no se burlen los derechos de los terceros concurrentes a la misma quebrantando o incumpliendo, por cualquier medio, alguno de los dos principios fundamentales establecidos en el artículo 18 del citado Reglamento de Contratación, a saber: a) Publicidad de la licitación, y b) Secreto de las proposiciones.”

Con tal propósito a la vista, hemos de recordar que la exigencia del artículo 80.1 RGLCAP trae causa de lo dispuesto en el artículo 145.2 TRLCSP, que, al igual que hacía el artículo 79.1 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), reza:

“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública [...]”

La regla del secreto de las proposiciones que se desprende de los preceptos citados, tradicional en nuestro Derecho, al menos, desde el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 (Gaceta de 29 de febrero), ha sido contemplada como una garantía del propio licitador para que su oferta no fuera conocida por otras personas (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 17 de noviembre de 1964 –Roj STS 4048/1964-) y como salvaguarda del principio de igualdad de los licitadores (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 1 de febrero de 1996 –Roj STS 577/1996-). Este último aspecto cobra especial relieve con la introducción, en el artículo 134.2 de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público de la norma que impone que la valoración

de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor se efectúe antes de la de aquéllos evaluables de manera automática o mediante fórmulas; desde entonces, y aunque siga teniendo una dimensión de tutela del derecho del licitador, el secreto de las proposiciones es ante todo una garantía esencial del procedimiento dirigida a asegurar la objetividad de la evaluación de las ofertas, En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 22 de octubre de 2014 (Roj STS 5050/2014) afirma:

“Lo cual determina que, a la hora de calificar jurídicamente esos puros datos fácticos o materiales a la vista de lo establecido en el Pliego y en los artículos 129.2 y 134 de la Ley 30/2007, sea de compartir y confirmar la solución a que llega la sentencia recurrida, ratificando la actuación administrativa que fue objeto de la impugnación jurisdiccional, de que dichos datos eran claramente constitutivos de una inclusión en el sobre núm. dos de una documentación o información correspondiente al sobre núm. tres. Y, por esto mismo, eran determinantes de la causa de exclusión regulada en la cláusula 4.7.2 del Pliego y, también, expresivos del incumplimiento de estos mandatos contenidos en esos dos preceptos legales que acaban de mencionarse: (i) la necesidad de que las proposiciones sean secretas y se arbitren medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (artículo 129.2); y (ii) la obligación de realizar la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas con posterioridad a haberse efectuado previamente la de aquellos criterios en que no concurra tal circunstancia (artículo 134.2).

Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando.

Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo

para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre concurrencia; y lo segundo porque la mejor manera de salvaguardar esa igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un perjuicio de la definitiva calificación, por mínimo que este sea.”

Línea que, por lo demás, ya había avanzado el propio Tribunal Supremo, con muchos matices, en sentencias dictadas bajo el amparo de la legislación anterior, como en la de 20 de noviembre de 2009 (Roj STS 7308/2009):

“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.”

En similares términos, y mencionando además el principio de seguridad jurídica, se ha expresado la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, Sala Sexta, de 30 de abril de 2014 (asunto T-637/11), que, a propósito de la obligación de que la convocatoria de la licitación incluya la advertencia de presentar las ofertas en dos sobres cerrados, impuesta en el artículo 143.3 del Reglamento 2342/2002 de la Comisión, señaló:

“85 Pues bien, la obligación establecida en el artículo 143, apartado 3, de las normas de desarrollo y en el punto 2, apartado 4, párrafo tercero, del anuncio de licitación permite considerar garantizada la confidencialidad de las ofertas que la comisión de apertura de las ofertas halle en dos sobres sellados intactos. Esta norma contribuye de este modo a la seguridad jurídica, eliminando cualquier riesgo de apreciación arbitraria en la apertura de las ofertas, con un coste marginal desdeñable en medios económicos y técnicos, habida cuenta de todos los costes que conlleva la preparación de una oferta. Por consiguiente, la demandante no puede alegar fundadamente que tal obligación viola el principio de proporcionalidad.”

Entroncando con esta perspectiva de salvaguardia de la integridad del procedimiento de contratación, cabe añadir, en fin, una vertiente adicional del secreto de las proposiciones, a saber: la defensa de los derechos e intereses del resto de los licitadores, para los cuales

aquél es garantía de que la Administración no dispensa un trato de favor a ninguno de los concurrentes. Esta dimensión, a la que aludimos en nuestras Resoluciones 205/2011 y 300/2012, subyace en la regulación que se contiene en el artículo 83 RGLCAP del acto público de apertura de las proposiciones, que prevé que se dé 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” (apartado 2) y que, cuando se susciten “dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”, se suspenda el acto y se realicen “urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido” no reanudándose hasta que “todo haya quedado aclarado en la debida forma” (apartado 3). Es obvio que tales cautelas sólo tienen sentido si se estima que el mantenimiento del secreto de las proposiciones –al que está destinada la exigencia de presentar la documentación en sobres cerrados- también tutela la posición de los competidores que cumplen con la carga de presentar la oferta en sobre cerrado, interesados como están en evitar cualquier trato de favor que beneficie a uno de los licitadores.”

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia antes consignada, y no habiendo duda alguna, a la vista de la documentación que obra en el expediente, de que el Sobre C no estaba cerrado mediante el uso del adhesivo de su solapa, hecho este sobre el que no hay controversia, no cabe sino desestimar el recurso interpuesto, por ser conforme a derecho el acuerdo de exclusión de la propuesta presentada por la recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. N.G.C., en representación de la mercantil SERVICIOS SOCIAIS A COMUNIDADE, S.L. (SSAC), contra su exclusión del procedimiento "Servicio de ayuda en el hogar del Ayuntamiento de Cerdedo" convocado por el Ayuntamiento de Cerdedo-Cotobade (Pontevedra).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo 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 recepción de esta 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.