



Recurso nº 1133/2018 C. Valenciana 250/2018

Resolución nº 1137/2018

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

En Madrid, a 7 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.P.O.R. en representación de NUEVAS TECNOLOGÍAS INALÁMBRICAS, S.L. (en adelante, "NTI" o "Recurrente") contra su exclusión de la licitación y contra la valoración de las ofertas técnicas de los otros tres licitadores convocada por la Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació para la contratación del *"Suministro de una matriz fi banda L y equipos auxiliares para la correcta recepción y distribución de señales satélites"*, con expediente CNMY18/CVMC/27, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 26 de septiembre de 2018 se dictó resolución de aprobación del expediente de contratación CNMY18/CVMC/27 del contrato de *"Suministro de una matriz fi banda L y equipos auxiliares para la correcta recepción y distribución de señales satélites"* para la Corporació Valenciana De Mitjans De Comunicació, los pliegos aplicables al mismo y el inicio de los trámites correspondientes, encaminados a la adjudicación del contrato mediante el procedimiento abierto no sujeto a regulación armonizada.

Segundo. El 26 de septiembre de 2018 la licitación fue anunciada en la Plataforma del Contratación del Estado.

Tercero. Dentro del plazo establecido para la formulación de ofertas se presentaron las de las siguientes mercantiles: (1) VEREA TELECO COMUNICACIONES, S.L. (en adelante, "VEREA"); (2) NTI; (3) PRODETEL, S.A. (en adelante, "PRODETEL") y (4) REDES DE TELECOMUNICACIÓN Y CONTROL, S.L. (en adelante, "RTC").

Cuarto. El 16 de octubre de 2018 la Mesa de contratación procedió a la apertura del sobre 1 para la calificación de la documentación administrativa requiriéndose subsanación a la



empresa licitadora PRODETEL, S.A. por no haberse aportado la declaración de confidencialidad sobre los datos y documentos. La empresa subsanó la documentación en el plazo establecido.

Quinto. El 18 de octubre de 2018 se procedió a la apertura en acto público del sobre 2 siendo remitidos posteriormente al departamento técnico para su valoración.

Sexto. El 24 de octubre de 2018 se reunió la mesa de contratación para el estudio y valoración del informe presentado por la unidad de Sistemas y Comunicaciones de la SAMC.

El informe fue aprobado por la mesa por unanimidad proponiendo, por tanto, la Mesa de Contratación la exclusión de la empresa NUEVAS TECNOLOGÍAS INALÁMBRICAS, S.L. por los siguientes motivos:

“la empresa recoge información valorable mediante fórmulas automáticas en la memoria técnica presentada. Según lo establecido en la cláusula 17.3.1. del PCAP, únicamente han de incluirse en el sobre 2 aquella información que no sea cuantificable por fórmulas automáticas, siendo causa de exclusión de la licitación la inclusión en el sobre nº2 de cualquier documento perteneciente al sobre nº3”.

Asimismo, del citado informe se desprendía la siguiente puntuación para la oferta técnica de los restantes licitadores no excluidos: (1) VERA E, 34 puntos; (2) PRODETEL, 38,5 puntos y (3) RTC, 28 puntos.

Séptimo. El 24 de octubre de 2018 se notifica a la Recurrente la exclusión de la licitación CNMY18/CVMC/27 relativa al contrato de suministro de una matriz fi banda L y equipos auxiliares para la correcta recepción y distribución de señales satélites para la Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació por no cumplir los requisitos especificados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y, en concreto, por recoger información valorable mediante fórmulas automáticas (sobre 3) en la memoria técnica presentada (sobre 2).



Octavo. El 31 de octubre de 2018 la Recurrente, disconforme con su exclusión del procedimiento, anuncia mediante correo electrónico dirigido al órgano de contratación la interposición del recurso especial en materia de contratación, que formaliza en el registro electrónico de este Tribunal el mismo día.

Noveno. El 7 de noviembre de 2018 el órgano de contratación emitió informe de oposición al recurso, mientras que el 15 de noviembre de 2018, después de que por la Secretaría del Tribunal se diese traslado del recurso a los restantes licitadores, la adjudicataria del contrato, PRODETEL, formuló alegaciones solicitando la desestimación del aquél.

Décimo. La recurrente solicitó en su recurso la suspensión del presente procedimiento de contratación, lo que se le concedió mediante Resolución de la Secretaria de este Tribunal, por delegación del mismo, de fecha 19 de noviembre 2018, encontrándose en suspenso en la actualidad el presente procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”), aplicable *ratione temporis* a la revisión del presente procedimiento de contratación, convocado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018, así como por aplicación del convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Valenciana el 22 de marzo de 2013, publicado en el BOE del día 17 de abril de 2013, por resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 10 de abril de 2013.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones de plazo, lugar y forma de presentación del recurso especial previstas en los artículos 50 y 51 de la LCSP.

Tercero. La Recurrente está legitimada activamente para la interposición del recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.



Cuarto. Constituye el objeto del presente recurso especial la exclusión de la Recurrente de la licitación y contra la valoración de las ofertas técnicas de los otros tres licitadores convocada por la Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació para contratar el *“Suministro de una matriz fi banda L y equipos auxiliares para la correcta recepción y distribución de señales satélites”* (en adelante, “Resolución recurrida”).

Pretende la Recurrente que, con carácter principal, se proceda a la anulación del acuerdo de exclusión y su readmisión en el proceso con su oferta completa, así como la exclusión de las ofertas presentadas por las restantes licitadores, continuando el procedimiento sólo con su oferta y, subsidiariamente, la declaración de nulidad de la totalidad del expediente administrativo, *“ante las graves irregularidades del pliego, confusión en las mejoras, inclusión en cada sobre, aceptación de ofertas no ajustadas técnicamente, etc”*.

En defensa de sus pretensiones alega, en síntesis, (1) que su error (admitido) de presentar en el sobre 2 una mejora cuantificable mediante fórmula no es una causa de exclusión según los pliegos, sino que éstos sólo determinan que no es correcto o no es oportuno, siendo el error achacable, en gran medida, a la defectuosa redacción y configuración de los pliegos y (2) que las ofertas técnicas de los restantes licitadores no se ajustan a los pliegos de prescripciones técnicas, pues ofertan un elemento que no coincide con las especificaciones indicadas en el proceso, beneficiándose económicamente por la adquisición, en su caso, de un equipo miento mucho más barato.

El órgano de contratación, por su parte, alega que la exclusión operada es conforme a derecho, por cuanto en los pliegos se preveía expresamente que la inclusión de documentación de un sobre en otro sería causa de exclusión, mientras que debe rechazarse que el órgano de contratación haya actuado con arbitrariedad en la valoración de las ofertas técnicas de los restantes licitadores.

Por su parte, la adjudicataria del contrato, en su condición de interesada, defiende asimismo la conformidad a derecho del acto de exclusión y de las valoraciones técnicas contenidas en el informe emitido en su momento por el órgano de contratación.



Quinto. Así planteada la cuestión controvertida, debemos distinguir dos objetos impugnados: de un lado, el acto de exclusión de la Recurrente y, de otro lado, la valoración de las ofertas técnicas de las otras tres licitadoras (VEREA, PRODETEL y RTC).

Pues bien, en relación con el segundo de los objetos, este Tribunal debe decretar su inadmisibilidad, pues no constituye un acto impugnabile que autónomamente pueda ser sometido a la revisión de este órgano.

El artículo 44.2 de la LCSP define los actos recurribles cuando dice que

“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.”

La valoración de las ofertas técnicas, a partir del informe emitido por el técnico designado por el órgano de contratación, es indudablemente un acto de trámite del procedimiento de adjudicación, pero en ningún caso tiene la naturaleza cualificada que permite acceder a esta vía especial de revisión. Ello no obsta para que, lógicamente, las discrepancias en relación con el contenido de dicho informe puedan hacerse valer frente al acuerdo de adjudicación del contrato, para el caso de gozar de legitimación activa para su impugnación.

Debe negarse asimismo que pueda existir una conexión lógica que habilite para impugnar esta valoración técnica junto con el acuerdo de exclusión, que sí constituye un acto de trámite cualificado especialmente recogido en la norma. Ambos actos son cualitativamente distintos y tienen una plena independencia procedimental y a efectos de impugnación, sin que las conclusiones que por este Tribunal se pudiesen hacer en relación con la legalidad del proceso de valoración de las ofertas técnicas pudiesen afectar en nada a la legalidad o ilegalidad de la exclusión de la Recurrente del procedimiento.

En consecuencia, el recurso especial debe ser parcialmente inadmitido, en lo tocante a la impugnación de la valoración de las restantes ofertas técnicas presentadas en el procedimiento de licitación.

Sexto. Pasamos a examinar el segundo objeto de la impugnación, relativo a la exclusión de la Recurrente del procedimiento de licitación.

Analizaremos este motivo tratando sucesivamente las alegaciones relativas a la falta de claridad de los pliegos, en primer lugar, para después examinar la naturaleza del error como causa de exclusión.

En relación con la primera cuestión, conviene traer aquí a colación la conocida naturaleza que los pliegos no impugnados tienen como ley del contrato, como este Tribunal ha tenido oportunidad de reiterar en diferentes resoluciones, por todas, la

Así lo viene aclarando reiterada doctrina de este Tribunal, sirva de ejemplo la reciente Resolución nº 475/2018, de 11 de mayo., en la que recordando la nº 178/2013, de 14 de mayo se advierte que:



“FD 7º.- (...) Ahora bien, es sabido que los Pliegos de Condiciones Contractuales y de Prescripciones Técnicas constituyen parte esencial del mismo contrato, como expresamente proclaman los arts. 115.3 y 116.1 del TRLCSP al establecer que “sus cláusulas se consideran parte de los contratos” y que, por tanto, los requisitos de personal exigidos para las ambulancias, ajustados estrictamente a lo dispuesto por el Real Decreto 836/2012 regulador del transporte sanitario, fueron perfectamente conocidos y aceptados por todos los licitadores al publicarse el anuncio del contrato y presentar sus respectivas ofertas sin que fueran impugnados los Pliegos ni se efectuara observación alguna respecto de su contenido, debiéndose recordar, a este respecto, el principio capital de todo el derecho contractual público de que, con arreglo a lo dispuesto por el art. 145.1 del TRLCSP, “la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”. Esta aceptación por los licitantes, “sin salvedad o reserva alguna”, del contenido de los Pliegos al presentar sus proposiciones, hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuanto que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra ‘los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación’ (art. 40.2.a), fase en la que el ahora recurrente pudo y debió, en su caso, interponer los recursos pertinentes si estimaba inadecuados los requisitos exigidos por los Pliegos para la prestación del servicio a contratar, lo que hace inadmisibile la pretensión del recurrente de, contradiciendo sus propios actos, anular la adjudicación ya realizada después de haber aceptado incondicionalmente los Pliegos y haber presentado su propia oferta económica ajustada a los mismos.

Octavo. En este sentido, cabe invocar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma. ‘Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los



que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía'. Doctrina plenamente aplicable al supuesto contemplado, como lo ha sido, de hecho, en otras resoluciones de este mismo Tribunal como las recientes 17/2013 y 45/2013 que inadmitieron los recursos interpuestos por su extemporaneidad al no haberse previamente recurrido contra los pliegos o contra los actos previos que constituían realmente el verdadero objeto del recurso, tal como ocurre en el caso presente en el que, si bien se recurre formalmente contra el acto de adjudicación, realmente se está recurriendo extemporáneamente contra los Pliegos contractuales que no fueron en su día objeto de recurso alguno".

Pues bien, en este caso la Recurrente no impugnó los pliegos rectores del contrato, con lo que no puede ahora al combatir su exclusión alegar la falta de claridad de los pliegos, que debió hacer valer en su momento.

Séptimo. En segundo lugar, analizada la improcedencia de los reproches a los pliegos no impugnados, pasamos a referirnos a la cuestión de si la Recurrente incurrió o no en una verdadera causa de exclusión.

La cláusula 17.1 e), párrafo segundo, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del presente contrato (en adelante, "PCAP") establece que

"La incorrecta inclusión de la documentación en un sobre que no le corresponda, incumpliendo lo previsto en el pliego, conllevará la exclusión de la oferta".

Por su parte, la cláusula 17.3.1, párrafo segundo, determina que

"Las proposiciones se presentarán en tres sobres firmados y cerrados de forma que se garantice el secreto de su contenido. Por ello, es causa de exclusión de la licitación la



inclusión en el sobre nº 2, o en el soporte magnético correspondiente, de cualquier documento perteneciente al sobre nº 3”.

Dentro de la misma cláusula los PCAP son aún más concretos en relación con el sobre en el que debe incluirse la documentación relativa a las mejoras cuantificables mediante fórmula, al señalar que

“Mejoras propuestas: Los licitadores que, sin alterar las prescripciones del presente Pliego, deseen ofertar adicionalmente prestaciones complementarias que redunden en la efectividad del contrato, se considerarán incluidas dentro del precio ofertado. Las mejoras ofertadas deberán ir acompañadas de una información en detalle que justifique los beneficios que puedan suponer para la ejecución del servicio. No se deberán incluir en el sobre 2 las mejoras cuantificables mediante fórmula matemática que deberán ir en el sobre 3”.

En consecuencia, más allá de lo alegado por la Recurrente, resulta absolutamente claro que los pliegos preveían la específica obligación de incluir las eventuales mejoras evaluables mediante fórmula dentro del sobre 3 y que anudaron al posible incumplimiento de esta previsión de este mandato la consecuencia taxativa de la exclusión del procedimiento.

Por lo tanto, siendo pacífico que la Recurrente incluyó su mejora evaluable mediante fórmula en el sobre incorrecto, este Tribunal debe confirmar la legalidad de la decisión de exclusión adoptada por el órgano de contratación.

Esta decisión de exclusión se alinea además con la doctrina en relación con el conocimiento anticipado de las partes de la oferta evaluables automáticamente o mediante fórmula y su posible condicionamiento del juicio de valor que, en el caso de existir, siempre ha de tener carácter previo.

Así se han venido pronunciando nuestros tribunales de justicia, pudiendo citar, por todas, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Primera, de 18 de diciembre de 2013, recurso de apelación 23/2013, en cuyo Fundamento de Derecho Sexto se recuerda que



“En consecuencia, debe destacarse que se verían comprometidas la imparcialidad y la objetividad en el proceso de adjudicación si el Órgano de contratación o la Mesa de contratación tuviesen un conocimiento anticipado de la proposición económica del licitador, que por constituir un criterio evaluable automáticamente y no dependiente de un juicio de valor, podría influir en la posterior valoración de los criterios no evaluables automáticamente en cifras o porcentajes o dependientes de un juicio de valor. Incluso podría influir, en detrimento de aquellos principios, en la valoración de los requisitos de capacidad de la empresa y en la resolución de las dudas que la misma pudiera suscitar a la Mesa de Contratación. Todo ello con el consiguiente riesgo de favorecimiento de una determinada oferta en razón a ese conocimiento previo, en perjuicio de las restantes ofertas, viéndose menoscabado el principio de igualdad de trato a los licitadores. La necesidad de preservar la imparcialidad y objetividad en el proceso de adjudicación exige la separación necesaria entre la apertura de la documentación administrativa y la toma de conocimiento de la proposición económica, e impone el carácter secreto de todas las proposiciones, cuyo incumplimiento ha de conllevar la nulidad del procedimiento (STS de 2 de julio de 2004, rec. 3885/2000). Igualmente, aquella exigencia impone el escrupuloso respeto al orden en que han de sucederse las valoraciones de los distintos criterios de adjudicación, en función de su evaluabilidad automática por aplicación de fórmulas o mediante juicios de valor. Repárese en que las garantías que la Ley establece en el procedimiento de adjudicación se encuentran, no tanto al servicio de la integridad de la oferta del licitador, como de los principios de transparencia en la licitación e igualdad de trato a los licitadores en el procedimiento que presiden el sistema de contratación; lo que requiere, por lo que ahora nos interesa, asegurar que la Mesa de Contratación no se verá afectada en su objetividad e imparcialidad por el conocimiento anticipado de la oferta económica del licitador. Estas últimas consideraciones conducen a una segunda conclusión: La Mesa de Contratación no puede tener conocimiento de las proposiciones económicas de los licitadores con anterioridad a la valoración de los criterios técnicos, no valorables en cifras o porcentajes o dependientes de un juicio de valor, pues tal proceder menoscabaría los principios de imparcialidad y objetividad en el procedimiento de adjudicación que deben presidir su actuación”.



Este mismo principio ha sido objeto de una aplicación reiterada en la doctrina de este Tribunal, proyectándose en este caso sobre la necesidad de excluir a los licitadores que incluyan documentación sobre la proposición económica o evaluable mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación evaluable por juicio de valor. Así, por todas, y sobre la base del principio de igualdad de trato, decíamos en la Resolución 1137/2017, de 1 de diciembre que:

“Por su parte, este Tribunal se ha pronunciado sobre estas cuestiones en diversas resoluciones. Así, en la Resolución 146/2011 señala: ‘(...) En efecto, la razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar por los técnicos, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Así, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no hayan cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la general, la técnica y la económica, la documentación en este caso a incluir en el sobre nº 3 (oferta económica) y referida al equipo de trabajo que se ha incluido en el sobre nº 1 (documentación general), hacen que los técnicos al realizar su valoración dispongan de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino solo de aquellos 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 y no discriminación consagrados en la Ley de Contratos del Sector Público. Ello supone también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 129.2 de la Ley citada, pues documentación que debiera de estar incorporada en el sobre nº 3 se conoce con anterioridad a la apertura del mismo’.

La Resolución 533/2014 señaló en un supuesto similar al objeto del presente recurso: Este Tribunal ha declarado en múltiples resoluciones (por ejemplo, resoluciones 628/2013, 47/2012 y 173/2012), que ‘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 del TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica)’, y que ^{3a} a esta exigencia obedece que los artículos 145 y 160.1 del



TRLCSF 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 síntesis, el conocimiento de la oferta económica o de los criterios evaluables mediante fórmula o de forma automática con carácter previo a la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor constituye una causa de nulidad del procedimiento, porque podría restar objetividad e imparcialidad al órgano de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir parcialmente el recurso interpuesto por D. R.P.O.R. en representación de NUEVAS TECNOLOGÍAS INALÁMBRICAS, S.L. contra su exclusión de la licitación y contra la valoración de las ofertas técnicas de los otros tres licitadores convocada por la Corporació Valenciana de Mitjans de Comunicació para la contratación del “*Suministro de una matriz fi banda L y equipos auxiliares para la correcta recepción y distribución de señales satélites*”, con expediente CNMY18/CVMC/27, en relación con la impugnación de la valoración del resto de las ofertas técnicas presentadas y desestimarle en lo relativo a la exclusión de su oferta.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

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 la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a



contar desde el día siguiente al de 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.