



Recurso nº 309/2012

Resolución nº 016/2013

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

En Madrid, a 17 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D^a E.B.G. en representación de SOCIEDAD 2003, S.A., contra la resolución de la Presidenta del INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA) de fecha 23 de noviembre de 2012, por la que se adjudica el contrato “Diseño, construcción en régimen de alquiler, montaje, desmontaje, mantenimiento del pabellón, servicios complementarios y almacenamiento y mantenimiento de los elementos estructurales del pabellón de TURESPAÑA en Ferias Internacionales de Turismo (FITUR) durante el año 2013”, con número de expediente 020012C0027 y se acuerda la exclusión de la licitación de la SOCIEDAD 2003, S.A., el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. TURESPAÑA convocó, mediante anuncio remitido al DOUE el 10 de julio de 2012, publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 13 de julio de 2012 y en el Boletín Oficial del Estado el 23 de julio de 2012, licitación para adjudicar por procedimiento restringido y tramitación urgente el contrato “Diseño, construcción en régimen de alquiler, montaje, desmontaje, mantenimiento del pabellón, servicios complementarios y almacenamiento y mantenimiento de los elementos estructurales del pabellón de TURESPAÑA en Ferias Internacionales de Turismo durante el año 2013”, con valor estimado del contrato de 2.325.000 €, en el que la empresa recurrente solicitó participar.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

En sesión celebrada el 11 de septiembre de 2012, tras calificar la documentación presentada por las empresas solicitantes, la Mesa de Contratación acuerda admitir al procedimiento a todas las empresas que presentaron solicitud.

Mediante resolución de 18 de septiembre de 2012 se invitó a las empresas a presentar las ofertas correspondientes, fijándose como plazo límite para la presentación de la documentación las 14:00 horas del día 11 de octubre. Mediante certificado del Jefe del Registro General del INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (folio 58 del expediente) se acredita que al finalizar tal plazo la recurrente había presentado un sobre en el registro.

Tercero. La apertura de los sobres que contenían la documentación correspondiente a criterios valorables mediante juicio de valor tuvo lugar en sesión de la Mesa de Contratación celebrada el día 18 de octubre de 2012. En el acta de la sesión (folio 129 del expediente) se señala:

“Se invita a los asistentes a que comprueben que los sobres se encuentran en la Mesa y en idénticas condiciones a como fueron entregados. Después, la Secretaría da cuenta ante los asistentes del contenido de cada uno de aquéllos, advirtiéndose que la documentación técnica de la SOCIEDAD 2003, S.A. está incompleta. Se invita nuevamente a los asistentes, una vez finalizada la apertura, a que manifiesten las dudas o explicaciones necesarias, con el siguiente resultado:

NINGUNA

La Mesa hace entrega en el mismo acto al representante del Comité de Expertos de la documentación”

La celebración de esta sesión había sido notificada a la interesada el día 16 de octubre de 2012, convocándola para asistir a aquella.

Cuarto. En el acta de la sesión celebrada por la Mesa de Contratación el día 30 de octubre de 2012 (folio 131 del expediente) se dispone:

“El último párrafo de la cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige esta contratación determina que, sin la inclusión en el sobre de la documentación expuesta en los tres apartados anteriores, y dado el carácter obligatorio y esencial de la misma, no se entrará a estudiar ninguna propuesta técnica. En

consecuencia, la Mesa acuerda rechazar dicha proposición técnica sin entrar a valorarla, y excluir del procedimiento a la empresa licitadora”.

No obstante, la sesión de la Mesa de Contratación de 30 de octubre de 2012 no fue pública y no hay constancia en el expediente de que se haya practicado notificación alguna de los acuerdos adoptados en ella.

Quinto. La Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 6 de noviembre de 2012, puso de manifiesto, en acto público, la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor. En el acta de la sesión (folio 132 del expediente) se manifiesta:

“Previamente a la difusión del resultado de la valoración, se hace notar que la oferta técnica de la SOCIEDAD 2003, S.A., como refleja el informe técnico emitido por el Comité de Expertos, no ha sido valorada dado que no se ha incluido en ella una muestra de los materiales a utilizar para la construcción del proyecto, como indica expresamente el PCAP en su punto 12.4. En consecuencia, la Mesa de Contratación acordó su exclusión al procedimiento el día 30 de octubre de 2012, como refleja el acta nº 45 de la Mesa de Contratación”.

La celebración de esta sesión fue notificada a la interesada el día 31 de octubre de 2012, convocándola para asistir a aquélla.

Sexto. La Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 13 de noviembre de 2012, acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a favor de la sociedad CAYFT, S.A por un importe de 1.270.500,00 €, IVA incluido. En el acta de la sesión, (folio 136 del expediente) se señala:

“Asimismo, se acuerda la propuesta al órgano de contratación de la exclusión de la SOCIEDAD 2003, S.A”.

Séptimo. Mediante resolución de 23 de noviembre de 2012 de la Presidenta de TURESPAÑA, se acuerda la adjudicación del contrato a la empresa CAYFT S.A. por presentar la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios establecidos en el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Asimismo, se resuelve la exclusión de la SOCIEDAD 2003, S.A. en los siguientes términos:

“Por otra parte, resuelvo excluir a la SOCIEDAD 2003, S.A. al no haber incluido en su oferta técnica, como consta en el Acta de la Mesa de Contratación número 48” una muestra de los materiales a utilizar para la construcción del proyecto, según lo indicado expresamente en el PCAP en su punto 12,4”.

Esta resolución es notificada a la SOCIEDAD 2003, S.A. el día 23 de noviembre de 2012.

Octavo. Contra la resolución referida, la SOCIEDAD 2003, S.A. anunció la interposición de recurso especial en materia de contratación mediante escrito remitido por fax a la Secretaría General del INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA el día 5 de diciembre de 2012.

El recurso tuvo entrada en el registro del Tribunal el día 11 de diciembre de 2012.

Noveno. Con fecha 14 de diciembre de 2012, por la Secretaría del Tribunal se procedió a notificar la interposición del recurso a todos los licitadores para que formularan las alegaciones que a su derecho convinieran, sin que ninguna de ellas haya hecho uso de su derecho.

Décimo. Con fecha 20 de diciembre de 2012 el Tribunal acordó levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLSCP, de forma que los expedientes puedan continuar por sus trámites. Del referido acuerdo, la Secretaría del Tribunal dio traslado a los interesados y al órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, habida cuenta de que el INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA) es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a través de la Secretaría de Estado de Turismo.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues se trata de un licitador que, habiendo solicitado participar en el procedimiento de licitación, fue seleccionado para ello por el órgano de contratación y presentó oferta dentro del plazo establecido para ello, habiendo sido excluida su oferta

con posterioridad. Tiene, por tanto, la condición de licitador. La legitimación deriva de la condición de licitador.

Tercero. Respecto del acto impugnado, la recurrente señala que el recurso se dirige frente a la resolución de 23 de noviembre de 2012, en la cual, como se expone en el antecedente de hecho séptimo, se contienen dos acuerdos. i) la exclusión de la sociedad 2003 S.A.; y ii) adjudicación del contrato a CAYFT S.A. A la vista del contenido del recurso, deben entenderse impugnados ambos acuerdos, si bien la impugnación del segundo debe entenderse condicionada a la estimación de la impugnación del primero.

El primero de los actos impugnados es el acto de exclusión de un licitador. De conformidad con lo establecido en el artículo 40.2.b) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, los actos de exclusión de un licitador son actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, por lo que son susceptibles de recurso especial en materia contractual, siempre que el contrato sea de los enumerados en el apartado 1 del referido artículo 40.

El segundo acto impugnado se trata del acto de adjudicación del contrato, el cual es recurrible en esta vía conforme al artículo 40.2.c) del texto refundido LCSP, sujeto a la misma limitación señalada en el párrafo anterior.

En cuanto al contrato, se trata de un contrato de suministro cuyo valor estimado supera el umbral establecido en el artículo 15.1.a) TRLCSP, por lo que el contrato tiene la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada.

En consecuencia, ambos acuerdos son susceptibles de recurso especial en materia contractual.

Cuarto. Respecto del plazo para la interposición del recurso, se plantea la cuestión de cuál debe ser el día a quo para la impugnación del acuerdo de exclusión del licitador.

Consta en el expediente acuerdo de la Mesa de Contratación acordando la exclusión de la SOCIEDAD 2003, S.A. adoptado en la sesión de 30 de octubre de 2012 (antecedente de hecho cuarto), el cual no fue notificado a la sociedad, aunque se hizo público en el acto público celebrado el 6 de noviembre de 2012, al cual fue oportunamente convocada la recurrente.

Posteriormente, con fecha 23 de noviembre de 2012, se remite a la ahora recurrente la notificación de adjudicación del contrato, en la cual se le comunica su exclusión del procedimiento y los motivos concretos de ella, haciéndose constar, asimismo, la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación.

Como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestra resolución 317/2011 de 14 de diciembre, respecto de los actos de exclusión acordados por la Mesa de Contratación, el artículo 40.2.b) del TRLCSP incluye expresamente entre los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación “los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.

Por su parte, el artículo 44.2.b) del TRLCSP, al regular el plazo de interposición del recurso especial establece que “Cuando el recurso se interponga con actos de trámite - entre los que se incluye la exclusión del procedimiento- adoptados en el procedimiento de adjudicación (...) el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

De acuerdo con lo anterior, el cómputo del plazo para la interposición del recurso especial se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que el licitador haya tenido conocimiento de su exclusión. Por tanto, para este supuesto concreto, el TRLCSP prevé, pero no impone, expresamente la posibilidad de una notificación individual al licitador excluido del procedimiento que le permita tener conocimiento de su exclusión.

Sin embargo, el artículo 151.4 del TRLCSP admite también la notificación de la exclusión con el acuerdo de adjudicación al señalar que “La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos: (...) b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.”

Por tanto, a diferencia del supuesto anterior, el artículo 151.4 del TRLCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos.

En consecuencia, el TRLCSP permite dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado, que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, y el recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remite la notificación de la adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP. Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de manera que en el supuesto de que la Mesa de Contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, éste podrá impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación, supuesto éste aplicable al expediente ahora impugnado.

Visto lo anterior, en la medida en que no hay constancia de la notificación formal del acuerdo de exclusión hasta que tiene lugar la remisión de la notificación de la adjudicación, debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto en plazo, pues entre la remisión de la notificación de la adjudicación (el 23 de noviembre de 2012) y la fecha de interposición del recurso en el registro del Tribunal (el 11 de diciembre de 2012) no se han superado los quince días hábiles previstos en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto. Sobre el fondo, el reproche formulado por la recurrente lo es exclusivamente respecto de la exclusión a la licitación, como consecuencia de la falta de presentación de la documentación exigida en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Se ha señalado anteriormente que procede la inadmisión de la impugnación formulada frente a la exclusión. No obstante, en el caso de que se hubiera admitido, la misma no podría ser estimada.

Consta en el expediente certificación del Jefe de Registro del INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA relativo a la documentación presentada. Asimismo, consta que no se formularon observaciones acerca del estado de los sobres en el momento en que iba a procederse a la apertura de los mismos. Tampoco se formularon observaciones respecto de su contenido después de realizada la apertura. Todo ello equivale a una aceptación tácita de que la documentación que figuraba en los sobres en el momento de la apertura era la documentación que había sido remitida por el licitador.

La prueba aportada por el licitador recurrente va referida a la actuación de dos empresas, MENSAT, S.L. y NACEX SERVICIO EXPRES. Aparte de que de los documentos aportados no puede determinarse el contenido de los paquetes a que los documentos se refieren, la actuación de tales empresas es anterior a la presentación de la documentación en el registro general del INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA, por lo que las consecuencias de la actuación de tales empresas deberá ser soportada por el licitador que contrató sus servicios para la remisión de la documentación, en lugar de hacerlo por correo y podrá, si lo estima oportuno, reclamar las responsabilidades a que hubiere lugar entre la licitadora recurrente y las sociedades cuyos servicios contrató. Pero, las consecuencias de tal actuación no pueden ser imputadas a la Administración contratante.

Por otra parte, el único argumento sustantivo que se formula es el relativo a la experiencia de la recurrente en este tipo de procedimientos, el cual no es suficiente como para estimar la pretensión deducida.

Sexto. Cuestión distinta de lo anterior es determinar si, observada por la Mesa de Contratación la omisión de parte de la documentación requerida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, hubiera debido otorgarse un plazo para la subsanación.

Sobre ello, debe manifestarse un criterio contrario. De una parte, el artículo 81 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sólo se refiere a la subsanación de la documentación administrativa, mientras en el caso que nos ocupa la documentación omitida se refiere a la oferta técnica.

Sobre la posibilidad de aclaración de la oferta o corrección de la oferta presentada se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recientemente en sentencia recaída en el asunto C 599/10, en cuyos apartados 36 a 38 destaca:

“36. Por su propia naturaleza, el procedimiento de licitación restringido implica que, una vez realizada la selección de candidatos y una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de

transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos.

37. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato.

38. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos”.

En consecuencia, presentada la oferta no cabe la posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.

Séptimo. Inadmitida la pretensión de anulación de la resolución de exclusión del licitador, queda sin contenido la pretensión de impugnación de la adjudicación realizada, al desaparecer el fundamento en el que aquélla se sustenta. De esta forma, debe ser desestimada.

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^a E.B.G. en representación de SOCIEDAD 2003, S.A., contra la resolución de la Presidenta de TURESPAÑA de fecha

23 de noviembre de 2012, por la que se adjudica el contrato de “Diseño, construcción en régimen de alquiler, montaje, desmontaje, mantenimiento del pabellón, servicios complementarios y almacenamiento y mantenimiento de los elementos estructurales del pabellón de TURESPAÑA en Ferias Internacionales de Turismo (FITUR) durante el año 2013”, con número de expediente 020012C0027.

Segundo. 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 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 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.