



Recurso nº 326/2012

Resolución nº 014/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 17 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.G.M., en representación de las empresas AUTO ANDALUCÍA JAEN, S.L. y AUTO ANDALUCÍA, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato (Lote 1) decretado por el órgano de contratación, la Corporación Radio Televisión Española (en adelante, RTVE), el 27 de noviembre de 2012 por el que se procede a la adjudicación del referido lote 1 a la UTE AUTOS MÍGUEZ, S.A. y AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ANDALUCÍA, S.L., relativo al *“procedimiento de contratación del servicio de vehículos ligeros con conductor para la Corporación RTVE, S.A. en todo el territorio nacional, excepto Madrid, Barcelona y Baleares”*, expediente 2011/100083, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Plataforma de Contratación del Estado con fecha de 5 de octubre de 2011 publicó el siguiente anuncio de licitación: Expediente nº 2011/10083 para la contratación del servicio de vehículos ligeros con conductor para la Corporación RTVE, S.A. en todo el territorio nacional, excepto Madrid, Barcelona y Baleares. En el referido anuncio se hacía constar por parte de la entidad adjudicataria el importe del contrato, por un total de 15.399.000 €, con tramitación ordinaria del expediente y procedimiento abierto para su adjudicación. En este primer anuncio, se refleja que el plazo máximo para la presentación de ofertas finalizaba el 15 de noviembre y que, la apertura de la oferta técnica tendría lugar públicamente el día 21 de noviembre de 2011 a las 11:00 horas (folios 51 y 52). Del mismo modo, consta que el anuncio de licitación fue enviado para su publicación en el DOUE el día 5 de octubre de 2011.

En los folios 58 a 65 hallamos la segunda versión del anuncio de la referida licitación segregado en 17 lotes publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el día 10 de octubre de 2011. Se señala como plazo de presentación de ofertas hasta el 21 de noviembre de 2011 a las 14:00 horas y el acto público de apertura de la oferta técnica el 21 de noviembre a las 11:00 horas (sic)

Y por último, en los folios 66 a 71 se documenta la tercera versión del anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el día 14 de octubre de 2011. Fija el plazo de presentación de ofertas hasta el 28 de noviembre de 2011 a las 14:00 horas y el acto público para proceder a la apertura de la oferta técnica, el 2 de diciembre de 2011 a las 11:00 horas.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la anterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), vigente en el momento del inicio del procedimiento de contratación, dado que se acordó por el Consejo de RTVE en la sesión celebrada el 6 de julio de 2011.

Tercero. Según se refiere tanto en el anuncio hecho público en la Plataforma de Contratación del Estado como en el indicativo dirigido al DOUE, el plazo máximo para la obtención del pliego de condiciones generales de la contratación y la documentación complementaria, así como el plazo de recepción de ofertas y solicitudes de participación finalizaban el 28 de noviembre de 2011. Dentro del referido plazo, el órgano de contratación certifica la relación de las empresas interesadas en el contrato, entre las que se incluyen debidamente las recurrentes, con el compromiso formal de su constitución en una U.T.E. de resultar adjudicatarias del contrato.

Cuarto. Obra en el expediente la documentación rectora del procedimiento de contratación, en concreto, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y el pliego de condiciones generales para la contratación de servicios por el procedimiento general (PCG) para el expediente nº 2011/10083. De este PCG destacan tres de sus cláusulas: una, la octava (8ª) referida a la apertura de las proposiciones; otra, la novena (9ª) sobre la adjudicación del contrato; y la décima (10ª) sobre la fijación de los criterios base de la adjudicación. Éstas resultan esenciales para resolver la controversia planteada por las empresas recurrentes.

Quinto. Por acta de 2 de diciembre de 2011 se documenta el resultado de la apertura pública realizada por el Comité de Gestión de Compras de la Corporación RTVE, S.A. En la referida acta se da fe de que con fecha de 2 de diciembre de 2011 tuvo lugar la apertura pública del Sobre B “Oferta técnica”. Rechazadas por falta de acreditación de solvencia técnica las empresas relacionadas en el acta, a continuación públicamente se procede a la apertura de la proposición técnica. Por último, se refleja que el Presidente indicó que se comunicaría a todas las empresas interesadas la fecha y hora de la apertura pública de las proposiciones económicas, *“dicha fecha será publicada, asimismo, en el perfil de contratante de RTVE (<http://rtve.es/programas/licitaciones>)”*.

Sexto. Por acta de 26 de diciembre de 2011 y tras la apertura realizada por el Comité de Gestión de Compras de la Corporación RTVE, S.A., del Sobre A “Propuesta económica”, queda reflejado que el Presidente notificó en el acto el resultado de las proposiciones admitidas, resultando que, dentro de las mismas, se hallan las recurrentes, esto es, la U.T.E. AUTO ANDALUCÍA JAÉN, S.L. – AUTO ANDALUCÍA, S.L.

Séptimo. Por acta notarial expedida con fecha de 28 de diciembre de 2012 se da fe de las ofertas económicas recibidas en segunda ronda en el referido expediente de contratación administrativa. Se adjunta a la misma, las invitaciones cursadas a las empresas que han pasado la primera fase del concurso para mejorar su oferta económica. Consta que no fue invitada la UTE recurrente. Anexas al acta notarial referida se encuentran la segunda ronda de proposiciones económicas presentadas por las que superaron la primera fase.

Octavo. El 27 de enero de 2012 se emite el acta de la reunión del Comité de Gestión de Compras en la que se constata la aprobación, previo informe de valoración presentado por el Director de Administración Económico-Financiera y que se adjunta como Anexo I, de la propuesta de adjudicación, a las firmas que se especifican para cada uno de los lotes, por un período de cuatro años y dos posibles prórrogas de un año cada una. Para el lote 1 consta que, la propuesta de adjudicación que hace el Comité de Gestión de compras es a favor de la UTE AUTOS MÍGUEZ, S.A. y AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ANDALUCÍA. S.L.

Noveno. Con fecha de 29 de febrero de 2012, la Secretaria del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, S.A. certifica que en la sesión del Consejo del 15 de febrero en relación con el punto 5º del orden del día referido a: *“Debate y en su caso, aprobación, de la propuesta de adjudicación del Expediente 2011/10083 Servicio de vehículos ligeros con conductor para la Corporación RTVE, S.A. en todo el territorio nacional, excepto Madrid, Barcelona y Baleares”*, se acordó por mayoría aplazar el expediente. Tal certificado obra al folio 1060 del expediente y hemos de advertir que no consta la motivación del referido acuerdo.

Décimo. A renglón seguido, el expediente al folio 1061 documenta el acta levantada por la Secretaria del Consejo de Administración en la que certifica que en la sesión del referido órgano de fecha de 17 de octubre de 2012 se acordó, entre otros asuntos, el siguiente: *“Acuerdo Quinto: El Consejo de Administración de la Corporación RTVE, S.A., por unanimidad de sus miembros acuerda aprobar la propuesta de adjudicación del expediente nº 2011/10083, Servicio vehículos con conductor para la Corporación RTVE S.A. en todo el territorio nacional, excepto Madrid, Barcelona y Baleares” por un importe de 13.050.000,00 euros, cantidad que considera para cuatro años de contrato más dos años de posible prórroga”*.

Undécimo. Con fecha de 27 de noviembre de 2012 se acuerda la adjudicación del contrato en el Lote 1 a la UTE AUTOS MIGUEZ, S.A. y AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ANDALUCÍA, S.L. (folio 941 del expediente). Consta en el mismo su notificación a la adjudicataria junto con el resumen de la oferta técnica y económica.

Duodécimo. Con igual fecha 27 de noviembre de 2012 se procede a la notificación del acuerdo de adjudicación a las empresas ahora recurrentes y en la referida resolución se hace indicación expresa de los criterios que se han tenido en cuenta para la valoración de su oferta técnica, con referencia a los reparos hallados en la logística, en la flota y en las mejoras ofrecidas.

Frente a la resolución de adjudicación del lote 1, la UTE excluida en la primera fase dice recurrir en tiempo y forma ante este Tribunal.

Décimo tercero. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaria dio traslado del recurso interpuesto a las empresas concurrentes, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniese.

Dentro del plazo concedido, el día 2 de enero de 2013 ha tenido entrada en el registro del Tribunal, el escrito de alegaciones de la UTE adjudicataria pidiendo expresamente la desestimación del recurso formalizado.

Décimo cuarto. Con fecha de 28 de diciembre de 2012, este Tribunal acuerda mantener la medida provisional de suspensión al abrigo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, previa audiencia al órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 311.1 LCSP y de la misma forma lo dispone el vigente artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Segundo. Las empresas AUTO ANDALUCÍA JAEN, S.L. y AUTO ANDALUCIA, S.L., concurren a la licitación para el Lote 1, cuya adjudicación ahora recurren, en el referido expediente de contratación de servicios. Debe entenderse, por lo tanto, que están legitimadas para el acuerdo de adjudicación, al abrigo del artículo 312 LCSP.

Tercero. Se recurre por las empresas referidas que concurren en UTE, la adjudicación del órgano de contratación en un contrato de servicios de los referidos en el artículo 310.1, a) LCSP y además se impugna uno de los actos enunciados en el artículo 310.2, c) LCSP, por lo tanto, susceptible de recurso especial. Por otro lado, el recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido para ello en el artículo 314.2 LCSP y su interposición ha sido debidamente notificada al órgano de contratación (artículo 314.1 LCSP).

Cuarto. Las mercantiles que concurrieron a la licitación, con el compromiso de la futura constitución en UTE de resultar adjudicatarias, fundan el recurso en los siguientes motivos:

1. La existencia de varios vicios en la tramitación del procedimiento que conllevan, a su juicio, a la anulación del mismo. De esta forma, el representante de la UTE explica que examinado el expediente, se ha comprobado que la apertura de las proposiciones administrativas y técnicas se realizó el día 2 de diciembre de 2011 y la oferta económica el 26 de diciembre de 2011, sin que las empresas hubieran tenido constancia de tales actos y por ende, quebrantando todas las reglas que en materia de publicidad de estos actos exigen la normativa de contratación del sector público, pues nos hallamos ante un procedimiento de concurrencia competitiva. De esta forma, literalmente, el recurso sobre este motivo expresa, *“que la UTE a la que represento, no ha tenido ningún tipo de comunicación respecto a las decisiones del órgano de adjudicación del concurso, es decir exclusión por no superación de la oferta técnica, realización de segunda ronda etc., hasta el día 27 de noviembre de 2012, circunstancia que entendemos han vulnerado el procedimiento legalmente establecido y que por tanto ha producido una situación de total indefensión, ya que se desconoce el momento en el que podríamos haber tomado las decisiones oportunas principalmente encaminadas a la disminución de costes empresariales y que provoca la posible nulidad del proceso de adjudicación del lote número 1 del concurso motivo de recurso, así como una circunstancia que entendemos ha producido un perjuicio a las empresas que conforman la UTE, como los gastos de avales, el mantenimiento de la flota de vehículos a disposición por una posible adjudicación, los conductores necesarios con el consecuente gasto social, etc.”*
2. También muestra su disconformidad el representante de la UTE recurrente con la valoración técnica realizada por el órgano de adjudicación. Así, y de acuerdo con los pliegos, la puntuación asignada a la oferta técnica es de 30 puntos, de tal modo que es preciso alcanzar al menos una puntuación igual o superior al 70 %, esto es, **21 puntos**, y la oferta técnica de la UTE ha sido de **19 puntos**, por lo que no ha superado la primera fase del concurso. Frente a la puntuación dada a la

oferta técnica, la parte recurrente muestra su más absoluta disconformidad en la valoración de los tres parámetros previstos en los pliegos, a saber: logística 4 sobre 5 puntos; flota 11 sobre 15 puntos y, mejoras 4 sobre 10 puntos. En lo tocante a la logística, la discrepancia denotada en el escrito del recurso estriba en que se les ha dado mayor puntuación a otras licitadoras por presentar taller propio, cuando las empresas de la UTE recurrente en su oferta técnica ofrecieron instalaciones propias para guardar y mantener los vehículos, cerradas y vigiladas; amén de un mantenimiento de los vehículos acreditado por certificado emitido por un taller de mantenimiento. Sobre la flota, el representante de la UTE considera que no se han valorado correctamente todos los vehículos ofertados (cumplidos los mínimos exigidos en el PPT para cada lote), pues se acreditan los certificados de 13 vehículos más con todas sus autorizaciones en vigor, y que, a su juicio, no han sido valorados, y por ello estima que aquí la puntuación debería de haber sido la máxima, esto es, los 15 puntos. Y por último, en relación con las mejoras, se les asigna 4 puntos sobre 10 por no aportar conductores con idiomas y mejoras que beneficien a la Corporación RTVE, S.A. Literalmente expresa no entender este criterio como mejora *“en relación a los conductores con idiomas no entendemos su importancia, ya que en este caso uno de los miembros de la UTE presta en la actualidad el servicio objeto del concurso y desde el año 1999, no habiendo hecho falta en ningún caso el idioma de los conductores, no obstante, en todas las empresas de este sector hay conductores con idiomas, incluidas las de la UTE. Se adjunta al expediente certificado de ejecución de servicios del Director del Centro Territorial de Sevilla”*.

De todo lo argumentado, el representante de la UTE deduce que la oferta técnica bien valorada hubiera alcanzado el mínimo de 21 puntos necesarios para pasar el corte de la primera fase del concurso. Es más, en el recurso insta la declaración de nulidad, no sólo de la adjudicación del lote 1, sino de todo el concurso referido al mismo, por entender que está aquejado de vicios de nulidad de pleno Derecho.

Adjunta al recurso las dieciocho tarjetas de transporte de los vehículos ofrecidos en la oferta técnica y el certificado del Director del Centro Territorial de TVE en Andalucía expresivo de los servicios prestados por AUTO ANDALUCIA JAEN, S.L.

Quinto. El órgano de contratación en el informe emitido el 21 de diciembre de 2012 realiza una exposición cronológica de las actuaciones del expediente de contratación, sin emitir reparo alguno sobre las argumentaciones del recurrente. De forma objetiva y cronológicamente ordenado, enuncia lo ocurrido desde el día 5 de octubre de 2011, fecha de publicación de la licitación en la Plataforma de Contratación del Estado. Del informe destacan los siguientes hitos:

- 28-noviembre-2011 a las 14:00 horas, plazo para la recepción de propuestas.
- 2-diciembre-2011, apertura pública de las proposiciones técnicas.
- 14-diciembre-2011, informe técnico sobre la valoración de las ofertas técnicas.
- 26-diciembre-2011, apertura de proposiciones económicas.
- 28-diciembre-2011, petición de segunda ronda económica a los licitadores que superaron la fase primera del concurso.
- 24 y 27-enero-2012, el Comité de Gestión de Compras eleva la propuesta de adjudicación de los lotes al Consejo de Administración de RTVE, S.A.
- 15-febrero-2012, el Consejo de Administración de la Corporación RTVE, S.A. acuerda posponer la adjudicación del expediente 2011/10083.
- 17-octubre-2012, el Consejo de Administración adopta por unanimidad aprobar la propuesta de adjudicación del expediente 2011/10083.
- 12-noviembre-2012, se requiera a la UTE adjudicataria AUTOS MIGUEZ, S.A. y AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ANDALUCÍA, S.L., para la presentación de la documentación necesaria “para proceder a la adjudicación del contrato” (sic).
- 27-noviembre-2012, adjudicación a favor de la UTE y notificación del resultado a todos los interesados en el procedimiento, además de proceder a su publicación en el perfil de contratante de la Corporación RTVE, S.A..
- 7-diciembre-2012, se concede vista del expediente a la UTE ahora recurrente.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, y entrando sobre el fondo del asunto, hemos de analizar, en primer lugar, los vicios o defectos procedimentales esgrimidos por la recurrente, pues en su caso, de confirmar su existencia, nos conducirían sin más a la declaración de nulidad no sólo del acuerdo de adjudicación del lote 1 sino incluso de todo lo actuado bajo el principio "*quod nullum est, nullum effectum producit*".

La apreciación de una o de varias causas de nulidad de pleno Derecho harían, por lo tanto, prescindible entrar en la revisión de la valoración de la proposición técnica en cuanto a los parámetros indicados de logística, flota y mejoras.

De este modo, el Tribunal en el presente recurso procederá a analizar los criterios de valoración de las ofertas técnicas de forma subsidiaria, esto es, si no se apreciara la concurrencia de vicios de nulidad de pleno Derecho, invocados de contrario, en el seno del procedimiento de contratación llevado a cabo por la Corporación RTVE, S.A.

Es preciso aclarar para la determinación de las normas aplicables en materia de contratación administrativa, la naturaleza jurídica del órgano de contratación pues, en efecto, la Corporación RTVE, S.A., como sociedad mercantil, forma parte del sector público, esto es, está sujeta al procedimiento de contratación "ex" artículo 3.1, h) LCSP, y aunque no tiene la consideración de Administración Pública en los términos definidos en el artículo 3.2 LCSP, sí que nos hallamos ante **un poder adjudicador**, según el artículo 3.3, b) del mismo texto legal. Nótese que constantemente traemos a colación los preceptos de la Ley 30/2007, pues resulta aplicable a esta licitación al amparo de la norma de Derecho inter temporal contenida en la Disposición Transitoria Primera del vigente Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ya que los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de ésta se rigen por la normativa anterior.

Esta precisión es necesaria, con el fin de delimitar las singularidades aplicables a los contratos anunciados por los poderes adjudicadores, y es más, con el fin de evaluar los requisitos de capacidad y solvencia exigibles a los contratistas, dado que el primer considerando de la UTE recurrente es la vulneración de las normas sobre publicidad en un procedimiento de concurrencia competitiva, como lo es el procedimiento de

contratación, que han de respetar todos los entes, cualquiera que sea su forma de personificación jurídica que integran el sector público.

Si bien, estamos en presencia de un contrato privado, propio de un poder adjudicador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1º LCSP, no es menos cierto que, en cuanto a la **preparación y adjudicación**, el párrafo 2º del referido precepto nos remite en defecto de normas específicas, a lo dispuesto en materia de contratación administrativa y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo, o en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante.

El Capítulo II del Título I del Libro III propio de la selección de los contratistas y adjudicación de los contratos, bajo la rúbrica “Adjudicación de otros contratos del sector público”, en los artículos 173 a 175 LCSP contiene las normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública.

En todo caso y en lo que ahora nos interesa, los poderes adjudicadores han de respetar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación en la adjudicación de sus contratos, con independencia de que sus efectos y extinción queden sujetos al ámbito del Derecho Privado. Por otro lado, tal y como ha precisado este Tribunal, el procedimiento administrativo propio para la preparación y adjudicación del contrato ha de ser respetuoso con los principios, plazos y normas contenidas en la legislación contractual. En el expediente incoado por la Corporación RTVE, S.A. el 6 de julio de 2011, hemos de estar al análisis de las normas que para la preparación y adjudicación de los contratos establecía la LCSP.

Son dos los vicios de nulidad invocados por el representante de la UTE recurrente, el primero, sobre la provocación de indefensión por incumplimiento de los principios de publicidad, y el segundo, sobre el quebranto de los plazos en el procedimiento de contratación.

Las causas de nulidad en la legislación contractual del sector público son semejantes a las conocidas en el Derecho Administrativo. En este sentido, el artículo 32 LCSP, además de sumar las propias de la materia como la capacitación para contratar con el sector

público, y la existencia de crédito presupuestario, la letra a) del artículo 32 LCSP afirma que son causas de nulidad de pleno Derecho las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC).

En particular, las causas de nulidad invocadas por la UTE recurrente, como apuntábamos más arriba, se refieren a la falta de publicidad de la apertura de las ofertas y al incumplimiento de los plazos en el expediente de contratación.

1. Sobre la falta de publicidad causante de indefensión (artículo 62.1, a) LRJPAC).

Concreta el representante de la UTE en el escrito de formalización de este recurso especial que, una vez examinado el expediente, tuvo conocimiento de que la apertura de las proposiciones administrativas y de las ofertas técnicas tuvieron lugar el día 2 de diciembre de 2011; y la oferta económica, el 26 de diciembre de 2011. Invoca un motivo de indefensión en el procedimiento, pues dice que la UTE no tuvo constancia de tales actos hasta el momento en que se acordó la adjudicación, esto es, el 27 de noviembre de 2012.

Como poder adjudicador, la Corporación RTVE, S.A. ha de respetar los principios de igualdad y de transparencia, de tal forma que ha de dar a todos los licitadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio, ajustándose en todas sus actuaciones procedimentales al principio de transparencia (artículo 123 LCSP).

Analizado el expediente y como ha quedado reflejado en el antecedente primero de la presente, la Corporación ha dado satisfacción a las exigencias de publicidad, pues así quedó reflejado en el anuncio en la Plataforma de Contratación del Estado y en el envío del anuncio para su publicación en el DOUE.

Empero, se cumplen las exigencias de publicidad, en el propio índice del expediente se relacionan tres versiones distintas del anuncio de licitación tanto en la Plataforma de Contratación del Estado como en el DOUE. Los plazos para la presentación de las proposiciones y la indicación del día para la apertura de las ofertas técnicas no resultan

homogéneos, pues en la primera versión se expresa que tendrá lugar el 21 de noviembre de 2011 y en la segunda versión, se lleva tal acto público al día 2 de diciembre de 2011.

Tal forma de actuación puede provocar inseguridad en los licitadores concurrentes, no obstante, entendemos que hemos de estar a la última versión del anuncio tanto en la Plataforma de Contratación del Estado como en el DOUE. En ambos se aclaró que el día de la apertura pública de las ofertas técnicas tendría lugar el 2 de diciembre de 2011.

Del mismo modo, en el acto público de apertura de la oferta técnica se acordó que la fecha y hora de apertura de las proposiciones económicas se notificaría a cada una de las licitadoras concurrentes, y se publicaría en el perfil de contratante de la Corporación RTVE, S.A., pues no olvidemos que, en todo caso, el acto de apertura de la proposición económica es pública, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos (artículo 144.1 LCSP).

Para desentrañar la cuestión sobre la necesaria publicidad de las actuaciones, hemos de traer a colación el contenido del PCG que rigen para este contrato y en concreto, la **cláusula octava (8ª)** referida a la **apertura de las proposiciones**. Literalmente esta cláusula que goza de eficacia jurídica vinculante para las partes, tanto para el órgano de contratación como para los licitadores, expresa que: *“La Corporación RTVE, S.A. a través de la Comisión que se constituya al efecto, procederá en acto público, a celebrar a las 11:00 horas del día 2 de diciembre de 2011, la apertura de las proposiciones técnicas (Sobre B)-, en la Sala de Proyecciones del Edificio Prado del Rey, avenida Radio Televisión, nº 4, en Pozuelo de Alarcón, Madrid, y dará cuenta del resultado de la calificación previa de la documentación general, indicando los licitadores excluidos y las causas de su exclusión e invitando a los asistentes a formular las observaciones que estimen pertinentes, que se recogerán en el acta. Cuando tras el examen de la documentación administrativa en acto previo, el Comité de Gestión de Compras considerara que hay defectos subsanables conferirá un plazo de tres días como máximo, a contar desde su examen, para que se proceda a la subsanación”*. Y continúa afirmando que, *“Posteriormente, se fijará el día y hora en el que se celebrará el acto de apertura de las proposiciones económicas, que será notificado a través del Perfil del Contratante de RTVE, S.A. (<http://rtve.es/programas/licitaciones>)”*.

Por todo ello, no podemos afirmar con rotundidad que se hayan quebrantado las normas de publicidad en este expediente, puesto que, con la aceptación del PCG, la UTE pudo tener conocimiento puntual del día y hora en que se procedió a la apertura de la oferta técnica y, amén de la notificación individual, la fecha y hora del acto público para la apertura de las proposiciones económicas también lo pudo conocer a través del Perfil de Contratante, por lo que no podemos, por este motivo, acoger favorablemente su esgrimida indefensión como motivo de nulidad de pleno Derecho “ex” artículo 62.1, a) LRJPAC.

2. Incumplimiento de plazos como motivo de nulidad del artículo 62.1, e) LRJPAC.

El quebranto de los plazos y en particular, la dilación de los mismos ha de ser examinada, dado que, los alegatos de la UTE recurrente, se refieren a la dilación de los plazos y al desconocimiento de las actuaciones, pues afirma la falta de comunicación al respecto de las decisiones adoptadas por el órgano de contratación, en particular, su exclusión por no haber superado la oferta técnica, la realización de la segunda ronda en la proposición económica etc., hasta el día 27 de noviembre de 2012.

Para ello, nuevamente hemos de insistir en el carácter de *lex contractus* del PCG que rigen en esta licitación y, en concreto, a lo dispuesto en la **cláusula novena (9ª) sobre la adjudicación**. A este respecto, la referida cláusula expresa que la Corporación RTVE, S.A. dividirá el procedimiento de licitación en dos fases:

- En la primera se procederá a seleccionar a aquellas empresas que, de acuerdo con los criterios de valoración que figuran en el Pliego, obtengan una puntuación **igual o superior al 70 % en la oferta técnica** y, una vez superada ésta, obtengan una puntuación igual o superior al 80 % en la oferta económica.
- En la segunda fase, las **empresas seleccionadas podrán mejorar su oferta económica**, adjudicándose el contrato al licitador que mejor puntuación técnica y económica acumule. Para la presentación de ofertas en la segunda fase, a los oferentes afectados se les precisará la fecha y el tramo horario en el que deberán presentar, si lo desean, sus proposiciones de mejora

económica. El medio utilizado de comunicación será el correo electrónico (segundaronda@rtve.es) y la subasta se desarrollará conforme al protocolo accesible en la siguiente dirección (www.rtve.es/programas/licitaciones). Una vez finalizado el plazo, la apertura de propuestas se realizará ante Notario, quien levantará la oportuna acta.

Con gran nitidez, por ende, distingue esta cláusula las dos fases del concurso, una primera, de evaluación de las ofertas técnicas, de acuerdo con los criterios base para la adjudicación, relacionados en la **cláusula 10ª del PCGC**.

De tal suerte que, si en la primera fase no se alcanzara una puntuación igual o superior al 70 % de los 30 puntos asignados a las ofertas técnicas, se entiende que el licitador que quede por debajo del umbral (menos de 21 puntos) queda excluido automáticamente. Pero no se le comunicó en ese momento procedimental el acuerdo de exclusión debidamente razonado.

Estos hitos procedimentales no han sido respetados pues, por el poder adjudicador, ya que no se le comunicó su exclusión hasta el momento en que se aprobó la adjudicación del contrato, esto es, hasta el día 27 de noviembre de 2012.

Llegados a este extremo, hemos de interrogarnos si los defectos procedimentales anunciados y la dilación del plazo máximo para efectuar la adjudicación, una vez procedida a la apertura de las proposiciones económicas gozan de la suficiente entidad como para entender que concurre un vicio de nulidad de pleno Derecho “ex” artículo 62.1, e) LRJPAC o si más bien, nos encontramos ante irregularidades de término contempladas en el artículo 63 del mismo cuerpo legal. De acuerdo con el párrafo 2 del precepto: *“La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la **anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo**”*.

Por ello, hemos de recordar la constante doctrina jurisprudencial marcada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo para estimar que los vicios procedimentales puedan reputarse como causantes de nulidad de pleno Derecho, pues se insiste en que no basta cualquier defecto rituario, sino que, se ha de prescindir total y absolutamente del procedimiento

legal y reglamentariamente establecido. Así expresa que, “El motivo de nulidad contemplado en el artículo 62.1.e) LRJPAC supone una ausencia plena del procedimiento legalmente establecido para la adopción del acuerdo o para dictar el acto, a lo que la jurisprudencia de esta Sala equipara la falta de uno de los trámites esenciales” (STS 3ª 3-4-2000 (RJ 2000, 4048)).

Y ello porque para apreciar la nulidad por la omisión del procedimiento legalmente establecido han de concurrir los requisitos, como sostiene la Jurisprudencia desde la Sentencia de 21 de marzo de 1988, de que dicha infracción sea clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad se comprenden los casos de ausencia total del trámite o de seguirse un procedimiento distinto (STS 3ª 15-3-2005 (RJ 2005,4918)).

Al abrigo de tal línea jurisprudencial, en el supuesto que se plantea ante este Tribunal, hemos de reconsiderar tal criterio, pues no olvidemos que el órgano de contratación, en este caso el poder adjudicador, está sujeto a un procedimiento administrativo, y en el presente caso, no podemos afirmar que se haya prescindido total y absolutamente del mismo como para alcanzar la sanción de nulidad de pleno Derecho.

También la Corporación RTVE, S.A. como poder adjudicador queda afecta al cumplimiento de las formalidades de plazos y términos consagrados en la normativa contractual, y en efecto, el plazo para proceder a la adjudicación del contrato, una vez abiertas las proposiciones económicas o en su caso, las mejoras realizadas en la segunda ronda (28 de diciembre de 2011), no pueden quedar abiertas *sine die*, como se contempla en el expediente, con la adopción de un acuerdo de aplazamiento de la adjudicación del contrato adoptado por el Consejo de Administración de la Corporación RTVE, S.A., el día 29 de febrero de 2012, esto es, transcurridos más de dos meses desde la apertura de las proposiciones económicas mejoradas en la llamada “segunda ronda” protocolizada por documento notarial.

Ante tal demora en la actuación, sin que concurra causa legal que justifique la dilación en la adjudicación, la Corporación RTVE, S.A. infringe la normativa de *ius cogens* impuesta en el **artículo 145 LCSP**, pero la sanción querida por el legislador no es provocar sin más

la nulidad de las actuaciones, sino el derecho de los licitadores para retirar sus proposiciones “ex” artículo 145.4 LCSP.

En resumen, las alegaciones sobre la eventual indefensión y sobre el incumplimiento de plazos esgrimidos por la UTE ahora recurrente, si bien pueden constituir actuaciones irregulares, carecen de entidad jurídica suficiente para reprocharles la concurrencia de vicios de nulidad de pleno Derecho “ex” artículo 62.1, a) y e) de la LRJPAC.

Séptimo. Descartadas las causas de nulidad de pleno Derecho invocadas por la UTE, hemos de proceder al estudio de las consideraciones emitidas por la misma sobre la incorrecta valoración de su oferta técnica, pues a su juicio, del conjunto de la misma se desprende que supera el umbral de corte en la primera fase del concurso, la obtención de al menos 21 puntos.

Sobre la valoración de las ofertas técnicas, este Tribunal en reiterados casos, sirvan de ejemplos las Resoluciones nº 295/2011 y 80/2012, ha expresado que, *“como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por este Tribunal sino que este análisis debe ser limitado de forma exclusiva a aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal deberá respetar los resultados de dicha valoración.*

Pues bien, la impugnación de la recurrente en cuanto se refiere a la existencia de hipotéticos errores en la valoración y puntuación de la oferta técnica presentada por ella incide directamente en la discrecionalidad técnica de la valoración sin afectar a sus aspectos formales sin que, examinados los argumentos de contrario del informe del órgano de contratación, se haya apreciado por este Tribunal arbitrariedad, discriminación, omisiones o errores materiales en la valoración de la oferta técnica”.

La **cláusula 10ª del PCGC** establece los criterios base para la adjudicación con el siguiente tenor:

❖ Aspectos técnicos	30 puntos
○ Flota	15 puntos
○ Mejoras	10 puntos
○ Logística	5 puntos
❖ Condiciones económicas	70 puntos

No se establecen en el PCG los subcriterios para ponderar cada uno de los aspectos técnicos referidos, pero en todo caso hemos de analizar que sean ajustados al objeto del contrato (artículo 134 LCSP), pues si se escapan del objeto y de la finalidad del contrato, la discrecionalidad técnica quedaría transformada en pura y simple arbitrariedad contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación que rigen la contratación administrativa.

De esta forma, los subcriterios marcados por los técnicos que proceden a valorar las ofertas técnicas de acuerdo con los tres criterios bases de adjudicación, si bien gozan de cierta discrecionalidad, no pueden ser arbitrarios pues han de respetar lo preceptuado en el artículo 134 LCSP, cuyo párrafo 1º expresa que: *“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y*

coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”.

Dentro de estos elementos reglados se ha de mover la discrecionalidad técnica propia para la valoración de los criterios base para la adjudicación, marcados en la **cláusula 10ª del PCG**. Así lo viene exigiendo el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, entre otras, en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002 (asunto: Concordia Bus Finland) que en su apartado 52 señaló que, *“La Comisión considera que los criterios de adjudicación de los contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora”*. Además, en esta misma Sentencia, el TJUE concreta que el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las Directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia.

Procede, por consiguiente, valorar si en el caso concreto objeto del recurso se cumplen esos requisitos, esto es, si tales subcriterios que desgranar los criterios objetivos fijados en la **cláusula 10ª del PCG**, están relacionados con el objeto del contrato, si se respetan los principios fundamentales del Derecho Comunitario, en particular, los principios de concurrencia, no discriminación e igualdad de trato, y si, en definitiva, los mismos permiten seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

1. Logística: en la cláusula 10ª es valorada con un máximo de 5 puntos, fraccionada en los siguientes subcriterios reflejados en el informe técnico:

- Instalaciones: 3 puntos.
- Sustitución de vehículos y/o conductores: 2 puntos.

La UTE recurrente es valorada por un total de 4 puntos, mientras que las concurrentes al mismo lote, alcanzan el máximo de 5 puntos por la circunstancia de presentar talleres en Sevilla, garaje y taller propio y depósito de combustibles.

En este caso, el hecho de no contar con taller propio penaliza a la UTE recurrente y la coloca en una situación de discriminación, máxime cuando aporta en su oferta técnica (folio 212 del expediente) que las actividades de mantenimiento se realizan con una periodicidad mensual en un taller ajeno. Tal criba, entre taller propio y taller ajeno entra en infracción de los principios enunciados anteriormente en la Jurisprudencia comunitaria.

2. Flota: en la cláusula 10ª es valorada con un máximo de 15 puntos, fraccionada en los siguientes subcriterios reflejados en el informe técnico:

- Nº de vehículos mínimos exigidos: 10 puntos
- 20 % adicional vehículos mínimos exigidos: 3 puntos
- Vehículos de alta gama: 2 puntos.

En este criterio, la UTE recurrente alcanza un total de 11 puntos, pues en el informe (folio 1037) se refleja que se valoran 12 vehículos, por lo que se le puntúa por el número mínimo de vehículos exigidos para el lote 1 (12, de los cuales uno ha de ser un minibus), mientras que en la documentación de la oferta técnica presentada en tiempo y forma, además de cubrir el mínimo exigido, se aportan tarjetas de transporte de otros 18 vehículos, por lo que para no incurrir en arbitrariedad, se ha de proceder a su valoración, dado que, el informe técnico en este parámetro le concede 0 puntos.

3. Mejoras: en la cláusula 10ª es valorada con un máximo de 15 puntos, fraccionada en los siguientes subcriterios reflejados en el informe técnico:

- Otros vehículos: 3 puntos.
- Localizador de vehículos por GPS: 3 puntos.
- Idiomas: 2 puntos.
- Otras mejoras: 2 puntos.

De una recta actuación se ha de comprender que las mejoras han de redundar a alcanzar la máxima eficacia a las prestaciones objeto del contrato, que han de estar relacionadas con el mencionado objeto, y ser ponderadas de forma equitativa con el fin de no generar discriminaciones entre los licitadores.

La UTE ha alcanzado en este extremo, mejoras, 4 puntos sobre 10, resultando aquí donde más hemos de equilibrar y ponderar los principios que inspiran la contratación en el sector público.

Los principales alegatos de la representación de la recurrente estriban en el interrogante sobre por qué se han de valorar los conductores con idiomas y la razón por la que han sido rechazadas en la valoración otras mejoras propuestas en su oferta técnica más afines al objeto contractual y relacionadas en el folio 209.

La falta de concreción de las mejoras en los pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración y del mismo modo, el mismo margen para trazar los subcriterios de los criterios objetivos para la adjudicación del contrato, ya han sido analizados en varias resoluciones de este Tribunal y a título de ejemplo, traemos a colación la nº 69/2012, de 21 de marzo (recurso nº 44/2012), donde se citan otras anteriores, como la de 20 de julio de 2011 (recurso nº 155/2011). En este sentido, se concretó que, *“la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posterior coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”*.

Esto nos lleva a considerar que, si no se han establecido previamente los subcriterios en los criterios bases para la adjudicación (cláusula 10ª) y los criterios a aplicar para la valoración de las mejoras, el PCG adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez, incurriendo en un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 62.1, a) LRJPAC por infracción del principio de igualdad (artículo 14 CE). Entrando, por consiguiente, en franca

colisión con todos los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

Todo ello nos conlleva a la estimación del recurso con expresa declaración de nulidad de la primera fase del concurso para el Lote 1, debiendo, en su caso, la Corporación RTVE, S.A. proceder a poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se ha de tener en consideración los fundamentos expuestos sobre la plasmación en los pliegos de los criterios y subcriterios para una correcta apreciación de las ofertas técnicas que presenten las empresas licitadoras.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.M.G.M., en representación de las empresas AUTO ANDALUCÍA JAEN, S.L. y AUTO ANDALUCÍA, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato en su lote 1 decretado por el órgano de contratación, la Corporación Radio Televisión Española (RTVE), S.A. el 27 de noviembre de 2012 por el que se procede a la adjudicación del referido lote 1 a la UTE AUTOS MÍGUEZ, S.A. Y AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ANDALUCÍA, S.L., relativo al *“procedimiento de contratación del servicio de vehículos ligeros con conductor para la Corporación de RTVE, S.A. en todo el territorio nacional, excepto Madrid, Barcelona y Baleares”*, declarando que el referido acuerdo de adjudicación del lote 1 es nulo de pleno Derecho.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 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 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.