



**Recurso nº 868/2013 C.A. Castilla-La Mancha 157/2013**  
**Resolución nº 031/2014**

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

En Madrid, a 17 de enero de 2014

**VISTO** el recurso interpuesto por D. S. F. O., en representación de la mercantil SERVICIOS AMBIENTALES Y CULTURALES S.L. (SERVAC), y D. A. G. M. en representación de la mercantil LOGISTART GESTIÓN DEL PATRIMONIO S.L., contra los actos de tramitación y adjudicación del contrato para el “*Suministro del equipamiento del Museo de la Torre del Vino de Socuéllamos*” cuya licitación fue convocada por el Ayuntamiento de Socuéllamos (Ciudad Real), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El Ayuntamiento de Socuéllamos (Ciudad Real) convocó, mediante anuncio publicado en el BOP Ciudad Real de fecha 3 de octubre de 2013, el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación para la adjudicación del contrato “Suministro del Proyecto Museográfico de la Torre del Vino de Socuéllamos”, teniendo por objeto el suministro del equipamiento del Museo de la Torre del Vino de Socuéllamos que incluye: Instalación, montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y conservación de acuerdo con el Proyecto Museográfico redactado por Expociencia S.L.

**Segundo.** Tramitado el procedimiento administrativo de contratación de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en fecha 8

de noviembre de 2013 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Socuéllamos acuerda la adjudicación del contrato a favor de la empresa PROA SUR S.L.

**Tercero.** Mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2013, presentado en el registro general del Ayuntamiento de Socuéllamos en fecha 18 de noviembre de 2013, D. S. F.O., en representación de la mercantil SERVICIOS AMBIENTALES Y CULTURALES S.L. (SERVAC) y D. A. G. M. en representación de la mercantil LOGISTART GESTIÓN DEL PATRIMONIO S.L. anuncian la interposición de recurso especial en materia de contratación contra los actos de tramitación y adjudicación del contrato.

En concreto, en el escrito de anuncio se identifican como actos impugnados los siguientes:

- Acuerdo de la Mesa de Contratación de 28 de octubre de 2013 por el se procede a la apertura del Sobre nº1 relativo a la documentación administrativa presentada por los licitadores.
- Acuerdo de la Mesa de Contratación de 29 de octubre de 2013 por el que procede a la apertura de los Sobres nº 2, 3 y 5 (criterios valorables mediante la aplicación de un juicio de valor) presentados por los licitadores acordando la puntuación a asignar en cada uno de ellos a los distintos licitadores.
- Acuerdo de la Mesa de Contratación de 5 de noviembre de 2013 por el que se procede a la apertura de los Sobres nº 4 y 6 (criterios de valoración automática) presentados por los licitadores acordando la puntuación a asignar en cada uno de ellos a los distintos licitadores. Se fija asimismo la puntuación definitiva de cada uno de los licitadores y, visto el empate existente entre las empresas SERVAC-LOGISTART UTE y PROA SUR S.L. se acuerda lo siguiente:

*“Considerando que se trata de determinar la oferta más ventajosa teniendo en cuenta los cinco criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de Condiciones y no sólo el económico.*

*Analizados los cinco criterios de adjudicación establecidos en el Pliego, es un hecho objetivo que la empresa PROA SUR S.L. ha superado en número de factores, tres, a la UTE SERVAC-LOGISTART, que se ha impuesto únicamente en dos.*

*Considerando que las ofertas deben ser examinadas integralmente se entiende que la propuesta de PROA SUR S.L. es, en su conjunto y globalmente considerada, la oferta más ventajosa atendiendo al objeto del contrato.*

*La Mesa por unanimidad de los señores asistentes propone al órgano de contratación adjudicar a la empresa PROA SUR S.L. el Suministro del Proyecto Museográfico de la Torre del Vino de Socuéllamos, en las condiciones indicadas en su oferta”.*

- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Socuéllamos de 8 de noviembre de 2013 por el que se adjudica a la entidad PROA SUR S.L. el contrato de Suministro del Proyecto Museográfico de la Torre del Vino de Socuéllamos.

Posteriormente, mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal en fecha 28 de noviembre de 2013, se interpone el recurso especial en materia de contratación anunciado.

**Cuarto.** A través del recurso presentado se pretende que se deje sin efecto el acuerdo de adjudicación de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Socuéllamos de 5 de noviembre de 2013 ordenando retrotraer el expediente de contratación al momento anterior a la celebración de las sesiones de la Mesa de Contratación cuyos acuerdos han sido impugnados para que se convoquen con antelación y en forma a los licitadores o, en su caso, que se ordene la retroacción al momento anterior a la celebración de la sesión del órgano de contratación para que se resuelva la adjudicación del contrato a favor de la entidad recurrente de conformidad con los criterios expuestos en el recurso.

En apoyo de sus pretensiones alega, en síntesis, lo siguiente:

- Defectos sustanciales en la tramitación del expediente al no haberse convocado a los licitadores a las sesiones de la Mesa de contratación celebradas los días 29 de octubre y 6 de noviembre de 2013. Alega la recurrente que *“con la falta de convocatoria previa de los licitadores a las sesiones de la Mesa de contratación se ha*

*prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, causando notable indefensión”* lo que determina, a su juicio, la procedencia de anular el acuerdo recurrido en aplicación de los artículos 32.1 del TRLCASP y 62.1.e de la Ley 30/1992. En consecuencia solicita que se ordene la retroacción del procedimiento al momento anterior a notificar a los licitadores la convocatoria a la sesión de la Mesa de contratación que se celebre para la apertura de los sobres que contengan las ofertas recibidas.

- Inadecuación del criterio adoptado por la Mesa de contratación para dirimir el empate existente entre los licitadores alegando que, en todo caso, debería haberse acudido al sistema de sorteo.
- No obstante lo anterior, entiende la recurrente que no es preciso acudir al sistema de sorteo ya que entiende que la puntuación otorgada por la Mesa de contratación a los distintos criterios de adjudicación no se ajusta a Derecho y que, teniendo en cuenta la valoración que considera correcta, su oferta superaría a la de la adjudicataria PROA SUR.

**Quinto.** La Secretaría del Tribunal, mediante comunicación de fecha 10 de diciembre de 2013 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Dicho trámite ha sido evacuado por la mercantil PROA SUR S.L mediante escrito de alegaciones presentado en fecha 17 de diciembre de 2013.

La entidad PROA SUR S.L, adjudicataria del contrato, alega, en síntesis, lo siguiente:

- Inadmisibilidad del recurso en lo que se refiere a la impugnación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Incumplimiento de los requisitos de solvencia económica y técnica por parte del recurrente, lo que determina que no sea admisible la propuesta presentada por la UTE recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 del TRLCSP, añadiendo que sería nula cualquier adjudicación del contrato que se hiciera a favor de

un licitador que no cumpla con los requisitos de solvencia exigidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.b del TRLCSP.

- Adecuación a Derecho del criterio adoptado por la Mesa de contratación para resolver el empate existente entre los licitadores sin que sea lícito acudir al criterio de subasta propuesto por la recurrente.
- Adecuación a Derecho de las puntuaciones asignadas por la Mesa de contratación a cada uno de los licitadores en la valoración de los distintos criterios.

Concluye solicitando que se desestime el recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato y otros actos de trámite y que, subsidiariamente, en el caso de que se ordene la retroacción del expediente, se acuerde excluir del procedimiento de licitación a la UTE recurrente por no reunir los criterios de solvencia económica y técnica exigidos en los pliegos.

**Sexto.** El órgano de contratación ha emitido informe de fecha 2 de diciembre de 2013 en relación con las distintas cuestiones planteadas por la entidad recurrente a través del presente recurso especial en materia de contratación.

**Séptimo.** Interpuesto el recurso, con fecha 13 de diciembre de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 15 de octubre de 2012 entre la Administración del Estado y la de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

**Segundo.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 42 del TRLCSP, las mercantiles SERVAC y LOGISTART en su condición de licitadoras en el procedimiento de contratación están legitimadas para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación.

**Tercero.** El presente recurso especial en materia de contratación se interpone contra los actos de tramitación y adjudicación del contrato "Suministro del equipamiento del Museo de la Torre del Vino de Socuéllamos".

En cuanto al contrato al que se refieren los actos impugnados, se trata de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1.b del TRLCSP y por tanto, susceptible de recurso especial en materia de contratación.

En cuanto a los actos recurridos, el recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación del contrato así como contra los actos de tramitación del mismo. No plantea dudas la admisibilidad del recurso en relación con el acto de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2.c del TRLCSP.

En cuanto a los actos de tramitación impugnados se identifican como tales el acuerdo de la Mesa de contratación de 28 de octubre de 2013 por el se procede a la apertura del Sobre nº1 relativo a la documentación administrativa presentada por los licitadores, el acuerdo de la Mesa de contratación de 29 de octubre de 2013 por el que procede a la apertura de los Sobres nº 2, 3 y 5 presentados por los licitadores acordando la puntuación a asignar en cada uno de ellos a los distintos licitadores y el acuerdo de la Mesa de contratación de 5 de noviembre de 2013 por el que se procede a la apertura de los Sobres nº 4 y 6 presentados por los licitadores acordando la puntuación a asignar en cada uno de ellos a los distintos licitadores.

El **artículo 40.2.b del TRLCSP** señala que:

*"b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.”*

Partiendo de lo anterior, debe inadmitirse parcialmente el presente recurso especial en materia de contratación en relación con los acuerdos de la Mesa de contratación de 28 de octubre de 2013 y de 29 de octubre de 2013 por entender que los mismos son actos de trámite no susceptibles de impugnación.

No obstante, sí resulta admisible la impugnación del acuerdo de la Mesa de contratación de 5 de noviembre de 2013 ya que el mismo decide directamente sobre la adjudicación del contrato.

**Cuarto.** El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP, constando igualmente el preceptivo anuncio ante el órgano de contratación al que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP.

**Quinto.** Como hemos señalado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, a través del recurso interpuesto se pretende la retroacción del expediente de contratación al momento anterior a la celebración de las sesiones de la Mesa de contratación cuyos acuerdos han sido impugnados para que se convoque con antelación y en forma a los licitadores o, en su caso, que se ordene la retroacción al momento anterior a la celebración de la sesión del órgano de contratación para que se resuelva la adjudicación del contrato a favor de la entidad recurrente de conformidad con los criterios expuestos en el recurso.

Como primer motivo de impugnación, la recurrente alude a la existencia de defectos sustanciales en la tramitación del expediente al no haberse convocado a los licitadores a las sesiones de la Mesa de contratación celebradas los días 29 de octubre y 5 de noviembre de 2013, entendiéndose que *“con la falta de convocatoria previa de los licitadores a las sesiones de la Mesa de contratación se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, causando notable indefensión” lo que determina, a su juicio, la procedencia de anular el acuerdo recurrido en aplicación del los artículos 32.1 del TRLCASP y 62.1.e de la Ley 30/1992”.*

Aun cuando este motivo de impugnación se refiera, en parte, al acuerdo de la Mesa de contratación de 29 de octubre de 2013, respecto del cual se declara inadmisibile el recurso, procede, ex artículo 40.3 del TRLCASP, el examen del mismo teniendo en cuenta que el motivo de impugnación se hace valer igualmente contra el acto de adjudicación del contrato

Pues bien, partiendo de lo anterior resulta que, examinado por este Tribunal el expediente administrativo remitido por el órgano de contratación, se comprueba que, efectivamente, no consta ni en el PCAP ni en ningún anuncio, la convocatoria de los licitadores para el acto público de apertura de las ofertas.

En relación con esta cuestión, el órgano de contratación, en el informe de fecha 2 de diciembre de 2013, señala que *“ al y como consta en el informe emitido por la Informática de este Ayuntamiento, desde el día 23 de octubre de 2013 no se ha podido modificar ni actualizar la página web del Ayuntamiento por los motivos que el informe recoge. No obstante, indicar que es habitual, en estos casos, que el personal administrativo de Secretaría avise por teléfono a las empresas licitadoras”*. No obstante, no existe ningún medio que permita acreditar que dicho aviso telefónico se realizó a los licitadores.

Por otro lado, examinado el contenido de las actas levantadas por la Mesa de contratación, no consta que ninguno de los licitadores estuviera presente en el acto público de apertura de las ofertas.

Por tanto, siendo cierta la falta de convocatoria de los licitadores al acto público de apertura de las ofertas, debe analizarse, con carácter esencial para la resolución del presente recurso, la trascendencia de dicha omisión dentro del expediente de contratación y las consecuencias que se derivan de la misma.

La cuestión aquí planteada ya ha sido examinada por este Tribunal en la **Resolución 385/2013 de 19 de septiembre** dictada en el Recurso 372/2013. En la misma se indicó lo siguiente:

*“Consideraremos, pues, como cierto el hecho afirmado por la empresa recurrente de que la fecha de celebración del acto público de apertura del Sobre B no fue previamente*

anunciada en el perfil del contratante, lo que, como veremos a continuación, implica la concurrencia de un vicio en la tramitación el procedimiento de contratación.

I. Carácter público del acto de apertura de las proposiciones.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 160.1 i.f del TRLCSP -conforme al cual “en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público”, con la salvedad del supuesto de utilización de medios electrónicos en la licitación, y, en este mismo sentido, el artículo 22.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, que al enumerar las funciones de la Mesa de contratación, incluye, entre las mismas, la de abrir “las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público”- **el acto de apertura del sobre conteniendo la proposición económica de las empresas** (en nuestro caso, el Sobre B) **debe tener carácter público.**

Y dicho carácter implica, a su vez, necesariamente, que de manera previa a la celebración del acto se informe debidamente a los posibles interesados en asistir al mismo acerca de la fecha y lugar en que tendrá lugar dicho acto (en efecto, si no se comunica al “público” potencial del acto la fecha y lugar en que el mismo se celebrará, difícilmente podrá hacerse efectivo el derecho de dicho “público” de asistir al mismo).

II. Irregularidad de la omisión del trámite de anuncio del acto

En el supuesto examinado la información referida a la fecha y lugar de celebración del acto de apertura no se ha trasladado a los licitadores, al menos, no a través del cauce previsto al efecto en el PCAP –publicación en el perfil del contratante-, sin que conste que se haya informado a través de otras vías a las empresas participantes en la licitación acerca de la celebración del acto en cuestión (a pesar de lo cual, según afirma el órgano de contratación en su informe, y se recoge en el Acta de la Mesa celebrada el 3 de mayo de 2013, al acto asistió “público”).

Es, por tanto, claro, que, como hemos adelantado, en la tramitación del procedimiento de contratación se ha producido un vicio o defecto, al haberse omitido un trámite exigido por la aplicación de la normativa de aplicación.

### III. Efectos de la irregularidad apreciada

*La determinación de los efectos sobre el procedimiento y el acto final de adjudicación de la concurrencia de dicho vicio o defecto exige un análisis particular, análisis que debe comenzar con el estudio de la finalidad que persigue la atribución de carácter público al acto de apertura del sobre conteniendo las proposiciones económicas de las empresas.*

*A la vista de las actuaciones que se llevan a cabo en el acto de apertura de las proposiciones, se puede considerar que la finalidad del acto es doble: por un lado, permite a los licitadores comprobar la integridad de los sobres presentados por cada uno de ellos hasta el momento de su apertura en dicho acto, descartando así toda posible sospecha de “manipulación” de los mismos por parte de la Administración contratante, con lo que supondría uno de los medios arbitrados para garantizar el cumplimiento de la regla básica del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la apertura de los sobres (artículo 145 del TRLCSP); por otro lado, permite dar a conocer a las empresas licitadoras, de manera simultánea, inmediatamente después de la propia apertura de los sobres, cuál ha sido la oferta propuesta por cada una de ellas.*

*Pues bien, cabe apreciar que para la consecución de ninguna de las dos finalidades del acto de apertura que han sido señaladas, resulta “esencial” el carácter público del acto de apertura: en efecto, la garantía de la integridad de los sobres se produce, principalmente, a través del establecimiento de un sistema de custodia de los mismos desde el momento de su presentación hasta el momento de su apertura en el acto correspondiente, teniendo la presencia en el mismo de los interesados carácter eminentemente “testimonial”, pudiendo, en cualquier caso, articularse distintos mecanismos complementarios para acreditar la falta de manipulación de los sobre (debe recordarse, en cualquier caso, que la apertura de los sobres, con independencia de la presencia o no de público, es un acto que se celebra ante la Mesa de contratación, entre cuyos componentes no solamente existen funcionarios dependientes del órgano de contratación, sino también funcionarios dependientes de otros órganos y unidades de la Administración contratante y, en todo caso, un funcionario que tiene atribuidas funciones de asesoramiento jurídico, y un funcionario que tiene atribuidas funciones de control económico-presupuestario, lo que, de por sí, podría considerarse suficiente garantía); por otro lado, el conocimiento por*

*parte de las empresas licitadoras del contenido de sus respectivas proposiciones se puede obtener permitiendo –como se hace- el acceso de las empresas a la documentación obrante en el expediente, una vez celebrado el acto de apertura y, especialmente, en el momento de recibir la comunicación de la resolución de adjudicación, sin que se aprecie ventaja práctica alguna en el hecho de que una empresa pueda conocer esta información, una vez abiertos los sobres, con antelación a las demás.*

*Partiendo de lo anterior, procede ya exponer cuáles serían las dos opciones que, en principio, cabría mantener acerca de los efectos de la omisión del anuncio del acto de apertura sobre el procedimiento:*

*a) Retroacción del procedimiento de licitación hasta el momento de producirse el vicio de omisión de anuncio de la celebración del acto de apertura del Sobre B, es decir, hasta el momento previo a la celebración del mismo, procediéndose a la debida inclusión de la información referida a su celebración en el perfil del contratante del órgano de contratación, y continuando el procedimiento a partir de ese momento.*

*b) Teniendo en cuenta que no es posible, en rigor, repetir el acto de apertura del Sobre B en los mismos términos como se produjo inicialmente, dado que los sobres han sido ya, efectivamente, abiertos, anulación de todo el procedimiento desde el mismo momento de la presentación de las proposiciones por las empresas licitadoras, dando la oportunidad a éstas de presentar nuevamente sus proposiciones, celebrándose, en el momento oportuno, el acto de apertura de las proposiciones previamente anunciado, por lo que todas las empresas podrán presenciar el mismo, comprobar la integridad de los sobres, y recibir información sobre todas las proposiciones de manera simultánea.*

*Ambas opciones deben, a nuestro juicio, descartarse, tal como han quedado expuestas, por las razones que pasamos a exponer.*

*Comenzando por la opción b), que podríamos calificar como “extrema” por la intensidad de los efectos que se producirían en este caso, entendemos que en el supuesto examinado su rechazo es claro, si se tiene en cuenta que la “virtualidad” de dicha opción, sobre la opción a), es permitir a los licitadores comprobar, de manera personal y directa, que los sobres no han sido manipulados, lo que con esta última opción no se podría ya*

*conseguir respecto de los licitadores que no asistieron al acto de apertura inicialmente celebrado.*

*Sin embargo, en el caso analizado se da la circunstancia de que no se cuestiona por la empresa recurrente, ni directa ni indirectamente, la integridad de los sobres, ni se sugiere, expresa o tácitamente, una posible manipulación de los mismos. Razón por la que, entendemos, no resultaría en modo alguno proporcionada la adopción de la solución “extrema” de dejar sin efecto toda la licitación, desde el momento de presentación e las proposiciones, a los solos efectos de permitir a la empresa recurrente asistir al acto de apertura y comprobar la integridad de los sobres.*

*De hecho, aun en el caso de haberse cuestionado –lo que, en nuestro caso, no se hace– la integridad de los sobres, tampoco, a nuestro juicio, procedería necesariamente dejar sin efecto la licitación en los términos expresados, al menos no sin antes haber desplegado la actividad probatoria necesaria para tratar de esclarecer los hechos relativos a la garantía de la integridad de los sobres en el caso analizado.*

*Por lo tanto, consideramos que debe descartarse esa segunda opción.*

*En cuanto a la opción a), como hemos visto resulta claro que en el supuesto sometido a examen se ha producido un vicio en la tramitación del procedimiento.*

*Ahora bien, consideramos que en el caso analizado resultaría aplicable la doctrina jurisprudencial ampliamente asentada (por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999) conforme a la cual, con base en el principio de economía procesal, no procede declarar nulidades por vicios procedimentales -con la consiguiente retroacción del procedimiento al momento anterior de producirse el vicio- cuando la nueva resolución que, en su caso, se hubiese de dictar, subsanado el posible defecto formal, sea idéntica en sentido material a la anterior.*

*Trasladando dicha doctrina al supuesto analizado cabe apreciar que, si se declarase la nulidad de la resolución de adjudicación por haberse omitido, durante la tramitación del procedimiento, un trámite necesario (concretamente el anuncio de la celebración del acto*

de apertura de proposiciones), con retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior a la celebración del acto de apertura, el resultado que se obtendría sería la repetición del acto de apertura de proposiciones, si bien, no existiría variación en las mismas, por lo que la clasificación final de las empresas se mantendría idéntica, siendo la oferta más ventajosa económicamente la correspondiente a ELECNOR, S.A., por lo que finalmente resultaría la adjudicataria del contrato. Por lo demás, en ese acto todos los licitadores podrían obtener, simultáneamente, información referida a las proposiciones presentadas por todas las empresas, si bien, teniendo en cuenta que dicha información ya la conocen, asistieran, o no, en su día, al acto de apertura, no parece aportar ninguna ventaja práctica la repetición del mismo.

#### IV. El acto de apertura de proposiciones en el Derecho Comunitario

Finalmente, debemos llamar la atención sobre el hecho de que la normativa comunitaria en materia de contratación pública no contiene exigencia referente al carácter público del acto de apertura de proposiciones.

Así, la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo capítulo VI lleva por rúbrica “Normas de publicidad y transparencia”, se ocupa con especial intensidad de la regulación de la publicidad exigida para el anuncio de las convocatorias de licitación a desarrollar por las Administraciones Públicas, siendo éste un elemento que se erige en uno de los pilares fundamentales del sistema de contratación pública, en garantía del principio de concurrencia, si bien, no se contiene referencia alguna al carácter público del acto de apertura de las proposiciones, más allá de la obligación de indicar, en el anuncio de la licitación en los procedimientos abiertos, cuáles son las “personas admitidas a asistir a la apertura de las plicas” (Anexo VII A, punto 13).

Por tanto, **no se puede afirmar que el carácter público del acto de apertura constituya un “elemento esencial” del sistema de contratación administrativa, de manera que la vulneración de esta regla tenga suficiente trascendencia anulatoria para dejar sin efecto el procedimiento de licitación.”**

Idéntica conclusión cabe alcanzar en el caso que nos ocupa por lo que procede desestimar la primera de las pretensiones formulada por la entidad reclamante en el sentido de no acceder a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la apertura, por parte de la Mesa de contratación, de los sobres que contienen la documentación relativa a los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor (sobres nº 2,3 y 5) .

**Sexto.** Descartada la retroacción del procedimiento, procede analizar el segundo de los motivos de impugnación hechos valer por la entidad recurrente y que se refiere al criterio adoptado por la Mesa de contratación para dirimir el empate existente entre los licitadores.

Como se ha señalado anteriormente, en el presente caso sucede que la Mesa de contratación en la reunión celebrada en fecha de 5 de noviembre de 2013, ante el empate existente entre las empresas SERVAC-LOGISTART UTE, ahora recurrente, y PROA SUR S.L. adoptó el siguiente acuerdo:

*“Considerando que se trata de determinar la oferta más ventajosa teniendo en cuenta los cinco criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de Condiciones y no sólo el económico.*

*Analizados los cinco criterios de adjudicación establecidos en el Pliego, es un hecho objetivo que la empresa PROA SUR S.L. ha superado en número de factores, tres, a la UTE SERVAC-LOGISTART, que se ha impuesto únicamente en dos.*

*Considerando que las ofertas deben ser examinadas integralmente se entiende que la propuesta de PROA SUR S.L. es, en su conjunto y globalmente considerada, la oferta más ventajosa atendiendo al objeto del contrato.*

*La Mesa por unanimidad de los señores asistentes propone al órgano de contratación adjudicar a la empresa PROA SUR S.L. el Suministro del Proyecto Museográfico de la Torre del Vino de Socuéllamos, en las condiciones indicadas en su oferta”.*

La parte recurrente considera que el criterio aplicada por la Mesa de contratación para dirimir el empate “no es legal ni admisible” y, citando el Informe 7/2010, de 23 de junio, de

la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, entiende que el único criterio admisible para dirimir el empate es el del sorteo.

Frente a ello, el órgano de contratación en el informe emitido en relación con el presente recurso especial informa que *“no se ha considerado la posibilidad de llevar a cabo un sorteo en cuanto la normativa vigente parece reservar esta posibilidad únicamente cuando el único criterio de adjudicación en el “precio”, es decir, lo que anteriormente se consideraba una subasta”*.

Por su parte, la entidad adjudicataria PROA SUR S.L. entiende que el sistema de desempate elegido es ajustado a Derecho por no vulnerar ninguno de los principios rectores de la contratación administrativa ni el sistema de clasificación de las ofertas previstos en el artículo 151 del TRLCSP. Por otra parte, discrepa del sistema de sorteo propuesto de contrario y cita en apoyo de sus pretensiones la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2013.

Expuesto lo anterior, el análisis de la cuestión aquí controvertida exige partir de la puntuación definitiva obtenida por las empresas licitadoras y que queda reflejada en el Acta de la Mesa de contratación de 5 de noviembre de 2013 de la siguiente manera:

EMPRESA	MEJORAS	MANTENIMIENTO	ACTUALIZACIONES	PLAZO GARANTÍA	MENOR PRECIO	TOTAL
SERVAC-LOGISTART UTE				5	60	65
PROA SUR S.L.	20	10	5		30	65
SIT GRUPO EMPRESARIAL S.L.					10	10
TECESA S.L.U.					50	50

De lo anterior resulta que las entidades PROA SUR S.L. y SERVAC-LOGISTART UTE obtuvieron la misma puntuación (65) siendo necesario establecer un criterio de desempate entre las mismas comoquiera que el **artículo 151.3 del TRLCSP** establece

que *“no podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*.

Ahora bien, más allá de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta, relativa a la *“Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro”* no se establece en el TRLCSP ningún criterio para determinar la preferencia entre ofertas que obtengan la misma valoración.

Teniendo en cuenta lo anterior y ante el silencio del PCAP sobre el sistema a seguir para dirimir los posibles empates que pudieran suscitarse, se hizo necesario que el órgano de contratación resolviera el desempate adoptando como criterio el contenido en el Acta anteriormente transcrita que, debemos anticipar, a juicio de este Tribunal no resulta ajustado a Derecho como pasamos a exponer a continuación.

La primera cuestión a dilucidar es si, como propone la demandante en primera instancia, debió utilizarse el sistema de sorteo.

La **Sentencia de 7 de marzo de 2013** dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, rectificando el criterio mantenido por este Tribunal en su resolución número 159/2011, parece descartar tal opción, por cuanto señala que el sorteo es *“un procedimiento inaplicable fuera de las subastas y, por tanto, no puede ser aplicable en este caso, existiendo en los Pliegos criterios alternativos, como puede ser el haber obtenido la mejor puntuación en los criterios de evaluación no automática, y por tanto susceptibles de mayor ponderación y, en último término, la utilización del sorteo como medio de desempate supone la inaplicación, sin causa que lo justifique, de los criterios previstos en la disposición Adicional Sexta de la LCSP (ahora D.A. cuarta del TRLCSP) que prevé criterios de desempate distintos de la improcedente utilización del sorteo”*.

Pero en este caso, los pliegos no han establecido criterio alguno de desempate, ni han hecho referencia, siquiera sea de forma indirecta, a los criterios opcionales indicados en la mencionada D.A. cuarta del TRLCSP.

Al adoptar la mesa de contratación un criterio de desempate, después de conocidas todas las valoraciones, tal criterio debe estar exento de cualquier duda de posible arbitrariedad. De la misma manera que la Mesa de contratación opta por considerar para adjudicar el contrato a PROA SUR S.L. que ésta ha superado a la ahora recurrente en cuanto al número de criterios de adjudicación (tres sobre dos), se podría haber optado por una solución contraria, igualmente razonable, si la preferencia se hubiera establecido tomando como referencia los criterios evaluables automáticamente que la ley considera preponderantes (*“...En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos ...”* -Art. 150.2 TRLCSP-). Con este segundo criterio, el contrato, debiera de haberse adjudicado a la UTE recurrente por cuanto su oferta económica, evaluable automáticamente y que pondera el 60% del total, es la mejor.

En el presente supuesto, dada la falta de referencia alguna en los pliegos a posibles criterios de desempate y el hecho de que el criterio se adopta después de conocidas y valoradas las ofertas, este Tribunal considera que el sorteo es la solución adecuada.

A la vista de lo expuesto, este Tribunal considera que procede acceder a la petición de la UTE recurrente debiendo anularse el acuerdo de la Mesa de contratación de 5 de noviembre de 2013 y el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de idéntica fecha, relativos a la elección del criterio de desempate y a la adjudicación del contrato, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de elección del criterio de desempate, al objeto de que se celebre el correspondiente sorteo entre las empresas SERVAC-LOGISTART UTE y PROA SUR, S.L., y se adjudique el contrato a la empresa ganadora del mismo.

**Séptimo.** No obstante lo anterior, entiende la recurrente que no es preciso acudir a sistema de desempate alguno porque considera que la puntuación otorgada por la Mesa de contratación a los distintos criterios de adjudicación no se ajusta a Derecho y que, teniendo en cuenta la valoración que estima correcta, su oferta superaría a la de la adjudicataria PROA SUR S.L.

En orden a analizar este último motivo de impugnación, debemos comenzar señalando que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor. Este Tribunal, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha tenido ocasión en numerosas Resoluciones de pronunciarse acerca de esta cuestión, sosteniendo que sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental, caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar *“un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos”* (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 93/2012).

En esta misma línea, hemos señalado en nuestras resoluciones nº 269/2011 y 280/2011: *“En fin, en cuanto a irregularidad de la valoración técnica, como ha señalado anteriormente este Tribunal, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de 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 parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los 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 debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

En el supuesto sometido a examen, una vez analizados los diferentes aspectos sobre los cuales la empresa recurrente muestra su discrepancia respecto de la valoración efectuada por la Mesa de contratación y las alegaciones formuladas para defender la inadecuación de la valoración realizada, no podemos sino llegar a la conclusión de que lo alegado por la recurrente incide directamente en la discrecionalidad técnica de la valoración sin afectar a sus aspectos formales y sin que, examinadas dichas alegaciones y los argumentos en contrario del informe técnico emitido al efecto, se aprecie por este Tribunal arbitrariedad, discriminación, omisiones o errores materiales.

Comenzando con el Criterio B MEJORAS, el PCAP señala que el criterio se valorará con 20 puntos, indicando que las proposiciones de mejora, que se presentarán valoradas, deberán versar sobre los siguientes aspectos: 1.- Interactivo Tablet sobre soporte giratorio. Panorámica 01, 2.- Interactivo Tablet sobre soporte giratorio. Panorámica 02, 3.- Filtrado de las superficies acristaladas, 4.- Pantallas de video vigilancia pasiva. 5.- Otras que considere el licitador.

Añade que los puntos se asignarán a la mejor oferta.

La Mesa de contratación decidió adjudicar los 20 puntos de este criterio a la oferta presentada por PROA SUR S.L. criterio con el que discrepa la recurrente limitándose a señalar que el PCAP admite en el punto 5 otras mejoras ofrecidas por el licitador y que siendo la valoración de su oferta de 41.339,65 euros frente la los 20.200 de PROA SUR, debió adjudicarse a la misma los 20 puntos previstos.

Partiendo de lo anterior, y examinado el Sobre 2 relativo al Criterio de Mejoras presentado por la UTE recurrente (documento 4.2 del expediente) así como por la entidad PROA SUR (documento 5.2 del expediente) este Tribunal coincide con la valoración efectuada por la Mesa de contratación atendiendo a los criterios que expone el órgano de contratación en su informe de 2 de diciembre de 2013 en el que indica lo siguiente:

*“En cuanto a las MEJORAS, la oferta de SERVARC establece en su apartado 3, denominado "Otras mejoras" la realización' de spots comerciales para televisiones o eventos tipo FITUR. Se valoran en 12.000 €. Creemos que la mejora no es tal, por que estos anuncios requieren para ser efectivos, ya sea en televisión o en ferias, que el Ayuntamiento gaste un dinero, bien anunciándose en televisión o acudiendo con un stand a eventos tipo FITUR, con lo cual, la mejora deja de ser tal.*

*En cuanto a la producción de un audiovisual de carácter educativo así como el diseño y redacción de una serie de elementos educativos y promocionales, entendemos que: el proyecto museológico contiene audiovisuales suficientes y que es preferible que cada Colegio y sus profesores organicen didácticamente la visita como entiendan oportuno, sin imponerles una guía pre-establecida.*

*El Pliego de Cláusulas establece cuatro tipos de mejoras tasadas, concretas e individualizadas y fija un apartado quinto genérico e indefinido, donde se deja al licitador determinar el importe de la mejora, pero es evidente que el órgano de contratación da una superior importancia a los cuatro primeros tipos de mejoras, de forma que la empresa SERVAC no hace referencia alguna a los Interactivos Tablet, Panorámica 01 y 02.*

*En consecuencia, las mejoras ofrecidas por SERVAC en el apartado "Otras mejoras" y que han sido valoradas en 20.500 €, no han sido consideradas especialmente idóneas.”*

Frente a ello, debe notarse que la oferta presentada por PROA SUR S.L sí que oferta los cuatro tipos de mejoras que prevé el PCAP por lo que, a juicio de esta Tribunal la valoración efectuada por la Mesa de contratación debe considerarse ajustada a Derecho.

En cuanto al criterio C MANTENIMIENTO el PCAP otorga a este criterio 10 puntos que se asignarán a la mejor oferta teniendo en cuenta que se valorarán las condiciones de conservación y reparación de todos los equipos informáticos y audiovisuales suministrados, especificando el tiempo de duración del mantenimiento, el plazo de reparación de averías, etc.

La Mesa de contratación decidió adjudicar los 10 puntos de este criterio a la oferta presentada por PROA SUR S.L. criterio con el que discrepa la recurrente por entender que la oferta presentada por ella es objetivamente superior a la de PROA SUR.

Partiendo de lo anterior, y examinado el Sobre 3 relativo al Criterio de Mantenimiento presentado por la UTE recurrente (documento 4.3 del expediente) así como por la entidad PROA SUR (documento 5.3 del expediente) este Tribunal coincide con la valoración efectuada por la Mesa de contratación; atendiendo a los criterios que expone el órgano de contratación en su informe de 2 de diciembre de 2013, ha estimado más adecuada la oferta de PROA SUR en la que con claridad se ofertaba un plazo de mantenimiento de tres años, con visitas técnicas cada tres meses y un plazo de reparación de menos de 24 horas. Debe tenerse en cuenta que la oferta presentada por PROA SUR especifica, tal y como exigía el pliego, el plazo de reparación de averías, especificación que no se contiene en la oferta presentada por la UTE recurrente.

Por último, en cuanto al criterio ACTUALIZACIONES, el PCAP otorga a este criterio 5 puntos que se asignarán a la mejor oferta teniendo en cuenta que se valorarán las actualizaciones que se oferten en relación con los paneles gráficos, producción audiovisual y producción de interactivos.

La Mesa de contratación decidió adjudicar los 5 puntos de este criterio a la oferta presentada por PROA SUR S.L. criterio con el que discrepa la recurrente por entender que la oferta que ella presentó es o superior a la de PROA SUR.

Partiendo de lo anterior, y examinado el Sobre 5 relativo al Criterio de Actualizaciones presentado por la UTE recurrente (documento 4.5 del expediente) así como por la entidad PROA SUR (documento 5.5 del expediente), este Tribunal coincide con la valoración efectuada por la Mesa de contratación atendiendo a los criterios que expone el órgano de contratación en su informe de 2 de diciembre de 2013 en el que señala lo siguiente:

*“En relación con las ACTUALIZACIONES, se entiende que el plazo ofrecido por SERVAC de dos años es una limitación temporal que obliga al Ayuntamiento, incluso cuando no lo entienda pertinente, a llevar a cabo actualizaciones que muy posiblemente prefiera*

*realizarlas más tarde, cuando los audiovisuales con los que se inaugure el Museo empiecen a quedar desfasados y sea necesario actualizar datos, información, etc;*

*La oferta de PROA SUR permite encargar audiovisuales e interactivos cuando el Ayuntamiento lo entienda oportuno y no por venir constreñido por un plazo de dos años.*

*Además, se ha considerado especialmente interesante el poder disponer de un panel gráfico de 25 m2 a efectos de cualquier otra actividad que pueda organizar el Museo.”*

En consecuencia, atendiendo a todo lo anteriormente expuesto, procede desestimar esta última alegación de la entidad recurrente por entender que la valoración efectuada por el órgano de contratación de los criterios expuestos resulta ajustada a Derecho.

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 presentado D. S. F.O., en representación de la mercantil SERVICIOS AMBIENTALES Y CULTURALES S.L. (SERVAC) y D. A. G. M. en representación de la mercantil LOGISTART GESTIÓN DEL PATRIMONIO S.L. en la parte que impugna los acuerdos de la Mesa de contratación de 28 de octubre de 2013 y de 29 de octubre de octubre de 2013 por tratarse de actos de trámite no cualificados y por tanto no susceptibles de impugnación.

**Segundo.** Estimar parcialmente el recurso en cuanto a la impugnación del acuerdo de la Mesa de contratación de 5 de noviembre de 2013 y del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de idéntica fecha, anulando ambos acuerdos en lo relativo a la elección del criterio de desempate y la adjudicación realizada, retrotrayendo las actuaciones al momento de elección del criterio de desempate, al objeto de que se apliquen las consideraciones expuestas en esta resolución, se celebre el correspondiente sorteo entre las empresas SERVAC-LOGISTART UTE y PROA SUR, S.L., y se adjudique el contrato a la empresa ganadora del mismo.

**Tercero.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.