

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 6 de marzo de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don G.T.S. en nombre y representación de Dykinson, S.L., contra la Resolución de 24 de enero de 2013, del Órgano de contratación de la Universidad Carlos III, por la que se excluye a la recurrente de la licitación., del contrato "Acuerdo Marco para el suministro y gestión de monografías y material audiovisual que componen las colecciones de la Biblioteca" este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de octubre de 2012, se publicó en el BOCM el anuncio de la convocatoria correspondiente al "Acuerdo Marco para el suministro y gestión de monografías y material audiovisual que componen las colecciones de la biblioteca" de la Universidad Carlos III de Madrid, con un valor estimado de 900.000 euros, IVA excluido, y un plazo de ejecución de 48 meses sin posibilidad de prórrogas.

A la licitación convocada se presentaron 22 empresas, entre ellas la recurrente.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), establecía en el apartado 6.1 del Anexo I que *“Los proveedores desarrollarán una memoria en la que se describirán los elementos que se puntúan a continuación. La información que no conste en dicha memoria no se podrá valorar en ningún caso”*, recogándose entre otros criterios valorables mediante juicio de valor la *“Capacidad para ofrecer un servicio óptimo”* a la que se asigna un máximo de 10 puntos. Dentro de este criterio se establecen una serie de subcriterios tales como la existencia de compromiso de atención personalizada, de sistema de gestión automatizado, de sistema vía web para seguimiento del estado de los pedidos, de servicio de libros a examen y posibilidad de iniciar un Servicio de Approval y plan de calidad.

Por otro lado, el tiempo medio de entrega y tiempo de respuesta en el servicio, se recogen específicamente en el punto 6.2 del Anexo I como criterio valorable mediante cifras o porcentajes, al que se asigna hasta un total de 50 puntos.

Por último en relación con el contenido del PCAP la cláusula 7 del Anexo I bajo la rúbrica *“Documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación del contrato”*, distingue claramente la documentación a presentar en relación con cada criterio señalando:

“SOBRE 1:La documentación que se detalla en la Cláusula 11. 1 de esta Pliego.

SOBRE 2:La documentación que contenga la oferta relativa a criterios de valoración basados en juicios de valor.

SOBRE 3:La oferta económica y de otros criterios basados en cifras o porcentajes conforme al modelo del Anexo III de este Pliego”.

Con fecha 20 de diciembre se reunió la Mesa de contratación procediendo al examen y valoración técnica correspondiente a la documentación relativa a criterios

basados en juicio de valor, señalándose que tres empresas entre ellas la recurrente, habían incluido en el sobre 2, datos correspondientes los criterios valorables mediante cifras o porcentajes. Como consecuencia de tal circunstancia en dicho acto se acuerda elevar al órgano de contratación propuesta de la Mesa de Contratación de exclusión de las empresas que habían incurrido en tal error, lo que se verificó el día 24 de enero de 2013, por el Presidente de la Mesa de contratación.

Segundo.- Con la misma fecha 24 de enero de 2013 se dicta por el Rector de la Universidad Resolución de exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación. Dicha Resolución fue notificada a la recurrente el día 29 de enero haciendo constar en la notificación la razón por la que había sido excluida del procedimiento, indicando en concreto *“La empresa Dykinson S.L ha incluido en el Sobre 2 oferta correspondiente a cifras o porcentajes”*, aclarándose mediante escrito comunicado dirigido a la recurrente al día siguiente, que la información que se había incluido erróneamente en el sobre 2 fue la siguiente: *“Menciona explícitamente los tiempos de entrega para los 3 tipos de material.”*

Tercero.- Frente a dicha Resolución la empresa Dykinson S.L., interpuso recurso especial en materia de contratación el 14 de febrero de 2013 ante el órgano de contratación que lo remitió a este Tribunal, acompañado del expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP el mismo día 20 de febrero.

La recurrente solicita que se anule y deje sin efecto el acto impugnado, por considerar que en ningún lugar del PCAP se detallaba que no se pudiera hacer referencia a los tiempos de entrega en el sobre 2, entendiéndose que la misma está vinculada al criterio “Capacidad para ofrecer un servicio óptimo” valorable mediante juicio de valor. Asimismo considera que no hay contaminación en el proceso en cuanto que en el momento de apertura de la documentación del sobre 2 no se conocen los tiempos de entrega del resto de licitadores, y debe tenerse en cuenta que se trata de un Acuerdo Marco, constituyendo dicho error una mera irregularidad

formal. Además aducen que este mismo error fue sufrido por otros licitadores de donde se puede deducir la falta de claridad del PCAP.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, señala que siendo reconocido el error padecido por la recurrente, no cabe alegar confusión en el pliego que se expresa con claridad en diversos puntos sobre la documentación que debía incluirse en cada sobre, sin que quepa inferir del error de otros dos licitadores la existencia de oscuridad en el PCAP. Así mismo señala que el defecto padecido no es una mera irregularidad formal, como aduce la recurrente sino que se trata de evitar el conocimiento de cuestiones susceptibles de valoración automática antes de que se haya efectuado la valoración de los criterios susceptibles de valoración mediante juicio de valor. Considera además que el hecho de que se trate de un Acuerdo Marco no debe impedir que se considere vulnerado el secreto de la oferta puesto que no puede olvidarse que es preciso obtener determinadas puntuaciones mínimas en cada fase para pasar a la siguiente, por lo que es preciso mantener la máxima objetividad en cada una de ellas.

Cuarto.- Con fecha 20 de febrero de 2013, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia, sin que se haya presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación del firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles*

contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”.

Habiéndose remitido la notificación de la Resolución de exclusión del procedimiento el día 29 de enero de 2012, y aclarada el día 30, y siendo interpuesto el recurso el día 14 de febrero de 2013, el mismo se presentó en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de exclusión de un Acuerdo marco correspondiente a un contrato de suministros, con un valor estimado de 900.000 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Como más arriba indicábamos, el recurso se fundamenta en la, a juicio de la recurrente, incorrecta exclusión de su oferta al entender que la inclusión de documentación relativa a los criterios de valoración mediante fórmulas o porcentajes en el sobre 2, solo constituye una irregularidad no invalidante, propiciada por una falta de claridad en el PCAP.

El artículo 145 del TRLCSP dispone:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en

los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”.

La razón de ser de que la valoración de tales criterios sometidos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. A ello responde la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.”* Por ello, tanto el orden de apertura, como el contenido de los sobres no solo son requisitos o exigencias contenidos en las cláusulas del PCAP, sino que derivan de una exigencia legal

La obligación de guardar secreto de las ofertas se vincula con el principio de igualdad de trato recogido entre otras muchas en las Sentencias del TJUE Concordia Bus Finland de 17 de septiembre de 2002 y la Sentencia SIAC Construction de 18 de octubre de 2001.

En el caso que nos ocupa, partiendo del carácter reconocido del error padecido en la inclusión de la documentación correspondiente a criterios valorables mediante fórmula o porcentaje en el sobre correspondiente a los criterios valorables mediante juicio de valor, se ha podido potencialmente producir la influencia proscrita por la Ley, por lo que procedería la exclusión de la oferta de la recurrente.

Nada tiene que ver que se trate, en este caso de un Acuerdo Marco, como aduce la recurrente, dando a entender que en tal procedimiento de contratación no se produce concurrencia competitiva, de manera que carecería de relevancia que la

información de la oferta económica que fuera conocida, antes de la valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor. Sin embargo, sin perjuicio de que nada permite hacer pensar en el TRLCSP, que existe un régimen especial en cuanto al secreto de las ofertas en el procedimiento de adjudicación de los Acuerdos Marco, respecto del de los contratos típicos, lo cierto es que en el caso que nos ocupa, tal y como señala el órgano de contratación, sí que se puede ver afectada la objetividad en la valoración en tanto en cuanto, los licitadores deben superar determinada puntuación para pasar a la siguiente fase del procedimiento de adjudicación.

Por último la recurrente invoca la oscuridad del PCAP para justificar el error padecido. Como ha señalado este Tribunal en anteriores resoluciones, como la Resolución 56/2011 de 11 de septiembre, entre otras, cabe aplicar también al ámbito de la contratación pública, tal y como previenen la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2009, RJ 2010\331, los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados, cuando señala *“En relación con este particular en nuestra reciente Sentencia de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006, expresamos sobre esta cuestión de interpretación de los contratos que: “las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749, recurso. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta “la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas”.*

En el PCAP, tal y como resulta de las cláusulas más arriba recogidas, el criterio “Tiempo medio de entrega y tiempo de respuesta en el servicio”, se recoge

específicamente en el punto 6.2 del anexo como criterio valorable mediante cifras o porcentajes, sin que exista mención alguna dentro de los subcriterios relativos a la organización del servicio que permita avalar la confusión padecida. Por su parte la cláusula 7 del indicado anexo determina con claridad la documentación que debe introducirse en cada sobre. Por lo tanto este Tribunal no aprecia oscuridad alguna en la redacción de las cláusulas del PCAP que hubiera podido dar lugar a la confusión padecida.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Don G.T.S. en nombre y representación de Dykinson, S.L., contra la Resolución de 24 de enero de 2013, del Órgano de contratación de la Universidad Carlos III por la que se excluye a la recurrente de la licitación., del contrato "Acuerdo Marco para el suministro y gestión de monografías y material audiovisual que componen las colecciones de la Biblioteca". Expte: 2012/0005069.

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

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente

ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.