

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

En Madrid, a 19 de julio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.R.S., en nombre y representación de Expertus Technology Software, S.A., contra la exclusión de su oferta de la licitación del procedimiento de contratación para la “Cesión de licencia de uso, soporte técnico y mantenimiento de un software de ticketing personalizable y auto-gestionable para la venta de entradas y abonos, gestión de espectadores, control de accesos y gestión de informes”, tramitado por Madrid Destino, Cultura y Turismo, número de expediente: SP17-0435, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de abril de 2017, se publicó tanto en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) como en el perfil de contratante el anuncio de convocatoria de la licitación del contrato de servicios de referencia mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 487.500 euros.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) bajo la denominación de Requerimientos técnicos mínimos del servicio, *“La necesidad de que las proposiciones de las empresas licitadoras se adecúen a los requisitos exigidos con carácter de mínimos obligatorios en los pliegos, obedece a la propia finalidad de la contratación que se quiere llevar a cabo y a las necesidades que con ella se pretende satisfacer. En consecuencia, las ofertas de las empresas que no los cumplan, no pueden ser objeto de valoración y, por tanto, serán excluidas de la licitación”.*

Los Requerimientos funcionales mínimos establecidos (en adelante, RFM) se recogen en el apartado 4 del PPT y las empresas deben acreditar que cumplen la totalidad de los mismos para que sus ofertas puedan ser valoradas.

Por otro lado, de acuerdo con la cláusula 17.B) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en el sobre B) se incluirá la documentación relativa a aquellos criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor que impida su valoración mediante cifras o porcentajes, que de conformidad con el apartado 21 del Anexo I del presente documento son:

- Módulo de venta.
- Sistema.
- Explotación de datos.
- Control de acceso.
- Informes de venta.
- Soporte.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron seis licitadoras entre ellas la recurrente.

Con fecha 9 de junio de 2017, tuvo lugar el acto de reunión de la mesa de contratación para la valorar la admisión de licitadores al procedimiento de referencia, procediendo a la apertura y traslado de los sobres B) de criterios no valorables en cifras o porcentajes a los servicios técnicos para su estudio y valoración.

Examinadas las ofertas de las licitadoras, con fecha 13 de junio de 2017, los servicios técnicos correspondientes de Madrid Destino emitieron informe proponiendo la exclusión de la licitadora Expertus, al apreciar que en la propuesta presentada dentro del sobre B) de criterios no valorables en cifras o porcentajes no se incluye la documentación requerida relativa a los mencionados criterios que acredite el cumplimiento de los requerimiento técnicos mínimos del servicio establecidos en el PPT. Además se deja constancia en el acta correspondiente a la reunión de la mesa, de fecha el 14 de junio, que la única documentación incluida en el sobre B), de criterios no valorables mediante cifras o porcentajes, corresponde a las mejoras propuestas por el licitador, que deben estar incluidas en el sobre C), de criterios sujetos a cifras o porcentajes, por lo que se propone la exclusión de la oferta de la recurrente.

Atendiendo a dicha propuesta la mesa elevó propuesta de exclusión al órgano de contratación, que el día 15 de junio siguiente, acuerda excluir a la licitadora Expertus.

El 16 de junio de 2017, se notificó a la recurrente el Acuerdo de exclusión, donde se recogen los motivos de la misma.

Tercero.- El 28 de junio de 2017, previo anuncio al órgano de contratación, se presentó recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación que lo remitió a este Tribunal acompañado de la copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), donde tuvo entrada el 3 de julio de 2017. Indica el órgano de contratación en su informe que junto con el recurso se acompañan dos sobre B) y C) “nuevos”.

Se dará cuenta del contenido tanto del recurso como del informe del órgano de contratación al examinar las concretas cuestiones de fondo hechas valer en los mismos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Expertus Technology Software, S.A., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al haber resultado excluida.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso, una vez subsanado el defecto advertido por la Secretaría de este Tribunal.

Tercero.- Madrid Destino es una empresa municipal que, en virtud de lo establecido en el artículo 3 del TRLCSP, forma parte del sector público y tiene la consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su Consejo de Administración por una Administración Pública que es poder adjudicador como el Ayuntamiento de Madrid.

Los contratos de Madrid Destino tendrán carácter privado, rigiéndose en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en los artículos 190 y 191 del TRLCSP, siendo susceptibles de recurso especial en materia de contratación cuando estén sujetos a regulación armonizada.

El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el

mismo, en el marco de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 15 de junio de 2017, practicada la notificación el 16 de junio, e interpuesto el recurso el 28 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Se expone en el recurso:

- Que no le consta en absoluto que la inclusión de la documentación de los sobres B) y C), respectivamente, se haya hecho erróneamente.

- Que tampoco le consta que, en el acto de apertura del sobre en cuestión, haya intervenido fedatario público que pueda acreditar la errónea presentación de los sobres.

- Que en el supuesto caso de que fueran ciertos los errores de la proposición a los que se refiere el acto de exclusión de la oferta que se impugna, tendrían la total consideración de involuntarios, y en todo caso referidos a errores de maquetación y manipulación de los sobres, sin intención alguna de alterar el procedimiento de licitación.

- Que ni los Pliegos de Cláusulas de la licitación, ni el TRLCSP, ni el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), establecen una relación de los errores que son subsanables o insubsanables.

- Que la situación de error de maquinación y manipulación de los sobres del caso no se prevé como una causa de rechazo de proposiciones de las que dispone el artículo 84 del RGLCAP.

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala que *“la oferta sobre B) de EXPERTUS no consta documentación que acredite el cumplimiento de los requerimientos funcionales mínimos anteriormente descritos y solicitados en el apartado 4 del PPT, por lo que los servicios técnicos no han podido valorar el cumplimiento de los mismos y en consecuencia su oferta técnica. Por otra parte el*

contenido de la oferta presentada en el sobre B) de criterios no valorables en cifras o porcentajes, es parte de la oferta que debería haberse incluido como un criterio de mejora en el sobre C) de criterios valorables en cifras o porcentajes". Para además indicar que no es posible en este momento aportar nuevos sobres conteniendo una nueva oferta por la recurrente.

Conviene recordar que el objeto del procedimiento de contratación no es contratar los servicios de un operador de venta de entradas, sino un software de ticketing personalizable y autogestionable -que dada la magnitud del proyecto por el número de espacios y actividades culturales que Madrid Destino gestiona y que requieren una venta de entradas- implica necesariamente la exigencia de unos determinados requerimientos técnicos. Estos requisitos que se recogen en el PPT hasta en un número de 23, contemplan entre otros, *"Será completamente autogestionable por el recinto vía web mediante el uso de un navegador pudiendo ser usado desde cualquier PC o Tablet con sistema operativo Windows, Android o IOS (...). Contará con un sistema de control de acceso integrado en la solución que trabaje en tiempo real de forma sincronizada", o "Trabjará con tantas formas de pago sean necesarias por cada recinto mencionado pudiendo ser una venta en una forma determinada o mixta".*

En el seno de la contratación pública existe abundante jurisprudencia que establece el sometimiento de la Administración y los licitadores a los Pliegos como ley del contrato, siendo éstos el elemento reglado que permite un control posterior, pues de lo contrario se puede estar discriminando a unos licitadores frente a otros e incurriendo en arbitrariedad en la valoración de las ofertas. Respecto de los licitadores supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso presentar su oferta conforme a los requisitos técnicos contenidos en los mismos y que en caso de no hacerlo puedan ser excluidos de la licitación.

En primer lugar cabe señalar que el PPT no ofrece lugar a dudas cuando, tal y más arriba se ha recogido, indica que el incumplimiento de los requisitos funcionales

mínimos será causa de exclusión de la licitación, debiendo incluir para la comprobación de su cumplimiento la descripción o al menos mención de los mismos en el sobre B) de criterios no valorables en cifras o porcentajes, para su posible comprobación.

La recurrente no acredita haber aportado la indicada documentación, limitándose a señalar que no le consta en absoluto que la inclusión de la documentación de los sobres B) y C), respectivamente, se haya hecho erróneamente, circunstancia que por sí sola podría determinar la desestimación del recurso en cuanto a este motivo, dado que en este punto la carga de la prueba corresponde a la recurrente, que tiene la facilidad probatoria de su lado, amén del contenido del propio expediente de contratación al que habría podido remitirse. Esto no obstante, se comprueba por este Tribunal que en el sobre B) que forma parte del expediente administrativo remitido por el órgano de contratación, se contienen una serie de “pantallazos” descriptivos del funcionamiento del sistema pero no aporta información alguna sobre los requerimientos mínimos exigidos, por lo que debemos considerar acreditado el supuesto de hecho que determina la exclusión de la oferta de la recurrente, esto es la falta de descripción, o cuando menos indicación de los requerimientos exigidos y su soporte documental.

En el caso de que dicha documentación se encontrara en el sobre C) de criterios susceptibles de juicio de valor, dado que el orden de apertura de ofertas previsto en el artículo 150.2 del TRLCSP, exige que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realice tras efectuar previamente la de aquellos susceptible de valoración objetiva o mediante fórmula, el órgano de contratación no podría, so pena de nulidad de la valoración, proceder a abrir el sobre C), para comprobar si se incluía la información necesaria para valorar el cumplimiento de los RFM; siendo numerosos los pronunciamientos de los tribunales contractuales aplicando este precepto.

La razón de ser, de que la valoración de los 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. Por ello, tanto el orden de apertura, como el contenido de los sobres no solo son requisitos o exigencias contenidos en las cláusulas de los pliegos, sino que derivan de una exigencia legal. La obligación de guardar secreto de las ofertas se vincula, además, 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. Así lo ha indicado también la jurisprudencia nacional cabiendo citar entre otras la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2013, que señala *“la necesidad de mantener la objetividad e imparcialidad de la Mesa de contratación y, por ende, del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación, en aras de una mayor transparencia e igualdad de trato en la licitación, exige el escrupuloso respeto de los pliegos de cláusulas administrativas que constituyen la ley del contrato, y no solo vinculará a las partes en el cumplimiento y ejecución del contrato, sino también al órgano de contratación en el desarrollo de la licitación, el cual habrá de sujetarse de forma estricta a lo establecido en aquellos. Por ello, en el procedimiento de adjudicación, como decíamos, no podrán desvirtuarse o inaplicarse los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, ni tampoco realizarse interpretaciones diferentes de las que resulten estrictamente de la aplicación de los mismos, y con el mismo rigor debe exigirse el escrupuloso respeto al orden de los distintos trámites del procedimiento, en particular por lo que respecta a los trámites de valoración de los criterios de adjudicación, cuyo orden no podrá ser alterado, sin incurrir en causa de nulidad del procedimiento”*.

En cuanto a la falta de constancia de que en el acto de apertura del sobre en cuestión, haya intervenido fedatario público que pueda acreditar la errónea presentación de los sobres, el órgano de contratación en su informe señala que el procedimiento está asistido por una mesa de contratación que ostenta entre otras funciones, la salvaguarda de las formalidades legales en la contratación, en concreto de los requisitos que han de cumplir las empresas al participar en los procedimientos de contratación.

Efectivamente tal como señala el órgano de contratación la apertura del sobre B) se produjo en acto público con fecha 9 de junio, de que se deja constancia en el acta correspondiente, y por los miembros de la mesa de contratación que es un órgano técnico de asesoramiento en cuya composición, al menos habrá un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, de acuerdo con el artículo 320 del TRLCSP, -y para el caso de las entidades locales, la disposición adicional 2.10-, dota a sus decisiones de la presunción de imparcialidad e independencia (que no fehaciencia) propias de sus funciones, sin que como decimos la recurrente haya acreditado siquiera sea indiciariamente haber aportado la documentación necesaria.

Cabe citar en este sentido el Informe 3/2008, de 7 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, *“la mesa de contratación, con la finalidad de poder seleccionar con objetividad e imparcialidad la mejor oferta y motivar su decisión, tiene una composición que responde a la de un órgano independiente e integrado por una mayoría de personas con calificación técnica y que, además, tienen que gozar de independencia respecto del órgano de contratación con el fin de garantizar aquella objetividad e imparcialidad”*.

Por último, no cabe en este momento, aportar nueva documentación constitutiva de las ofertas, puesto que sin perjuicio de las apreciaciones que realiza el órgano de contratación sobre la diferencia de volumen de los segundos sobres sobre los primeramente aportados, lo cierto es que su aceptación, iría más allá de una subsanación de defectos formales de la oferta, puesto que al no haberse podido abrir el sobre C) implicaría la aceptación de una oferta nueva extemporánea y modificativa de la primera, lo que infringe el principio de igualdad de los licitadores en el procedimiento de licitación, tal y como entre otras muchas se expone en la Resolución 223/2016, 26 de octubre, *“con carácter general cuando las ofertas económicas contengan inconsistencias o errores, corresponderá al Órgano de*

Contratación delimitar la existencia y el alcance del error, y su calificación como subsanable o no, teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos queda clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos. Pero esta actuación del Órgano de Contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición. Por lo tanto, a la vista del error padecido por la recurrente en la proposición económica, a la Mesa de contratación se le plantean dos opciones, o bien rechazar automáticamente la oferta o bien solicitar aclaraciones al licitador, habiendo señalado la Junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre el modo de instrumentalizar una posible solicitud de aclaración de las proposiciones, en su Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008 (JUR 2008, 342037) la posibilidad de utilizar el trámite previsto en el art. 87.1 RGLCAP, cuando señala que “Determinada por la Mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado” (...).”

En el mismo sentido el TACRC en la Resolución 614/2013, de 13 de diciembre, señala que *“la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada”*.

La falta de aportación del sobre que contiene criterios susceptibles de juicio de valor, podría suponer la no valoración o la asignación de 0 puntos a la licitadora,

pero en este caso el defecto padecido no permite comprobar el cumplimiento de los requisitos funcionales, esto es prescripciones técnicas, exigidas al servicio, por lo que la exclusión de la oferta de la recurrente se revela como adecuada a Derecho, debiendo por tanto desestimarse el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 interpuesto por don J.R.S., en nombre y representación de Expertus Technology Software, S.A., contra la exclusión de su oferta de la licitación del procedimiento de contratación para la “Cesión de licencia de uso, soporte técnico y mantenimiento de un software de ticketing personalizable y auto-gestionable para la venta de entradas y abonos, gestión de espectadores, control de accesos y gestión de informes”, tramitado por Madrid Destino, Cultura y Turismo, número de expediente: SP17-0435.

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 del TRLCSP.