

Recurso 87/2013
Resolución 86/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 9 de julio de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.F.D.C. y D.G.I.O. en calidad de **Delegados de los trabajadores de la ASOCIACIÓN IMERIS** contra el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento abierto de adjudicación del contrato denominado “Servicios integrales para la ejecución de medidas judiciales de medio abierto” (Expte. 1/13/2) en el lote 4, tramitado por la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de abril de 2013, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación del contrato “Servicios integrales para la ejecución de medidas judiciales de medio abierto” (Expte. 1/13/2), tramitado por la Consejería de Justicia e Interior.

Con esa misma fecha el anuncio de licitación del citado contrato fue publicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 27.817.981,00 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En el procedimiento presentaron ofertas varios licitadores, entre ellos la Asociación en la que trabajan los recurrentes.

TERCERO. El 7 de junio de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación formalizado por los Delegados de los Trabajadores de la ASOCIACIÓN IMERIS, contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluyó de la licitación la oferta de la citada Asociación, al haberse presentado abierto el sobre 2 correspondiente a la documentación relativa a los criterios evaluables mediante juicio de valor, respecto a lote 4.

CUARTO. El 12 de junio de 2013, la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo debidamente compulsado, foliado y encuadernado, y el listado de los licitadores con los datos precisos a efectos de notificaciones.

Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, el 14 de junio de 2013.

QUINTO. El 19 de junio de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición del recurso a todos los licitadores, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

En efecto, el contrato en cuestión es un contrato de servicios que pretende concertar una Administración Pública, cuyo valor estimado asciende a 27.817.981,00 euros y en el que es objeto de impugnación el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.b) y 40.2.b) del TRLCSP, procede el recurso especial en materia de contratación.

TERCERO. El recurso ha sido interpuesto en plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartado 2.b) del TRLCSP que señala 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 aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

(...)

b) Cuando se interponga (el recurso) contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

El acuerdo de exclusión de la licitación se adoptó por la mesa de contratación el 20 de mayo de 2013 y el recurso tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 7 de junio de 2013, por lo que se interpuso en el plazo de 15 días hábiles previsto en el citado precepto legal.

CUARTO. Previamente al examen de las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, es necesario examinar si asiste o no a los recurrentes la legitimación activa necesaria para impugnar el acuerdo de exclusión. Para ello debe partirse de lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP según el cual *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Como ya ha planteado este Tribunal en Resoluciones anteriores, por todas la 57/2013, de 8 de mayo respecto a la legitimación activa de los Colegios Profesionales y otras Corporaciones de Derecho Público y la 56/2013, de 7 de mayo, respecto a la legitimación de los sindicatos y en el mismo sentido la Resolución 277/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“dicho precepto debe interpretarse a la luz de la doctrina sentada por los Tribunales que, en relación con el concepto de “interés legítimo”, exige, para que pueda considerarse que el mismo concurre, que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de*

marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras)”.

En la Resolución 57/2013 se concluía que el Consejo Andaluz de Arquitectos recurrente carecía de legitimación puesto que *“no invoca, ni siquiera de modo genérico, lesión alguna en los derechos e intereses de los arquitectos, no concreta la incidencia de la resolución recurrida en los mismos, ni explica qué derechos o intereses se tratan de preservar o defender a través del recurso interpuesto.*

Así pues, la mera lectura del escrito de impugnación nos lleva a concluir que el mismo se construye bajo la única premisa de defender la legalidad en materia de contratación pública, lo cual, sin entrar en el acierto o desacierto de los argumentos esgrimidos por el recurrente, impide reconocerle legitimación al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, pues la acción popular no tiene cabida en este ámbito material de la actuación administrativa”.

En cambio, en el caso que nos ocupa, los recurrentes son los Delgados de los trabajadores de la Asociación que participó en la licitación del contrato en cuestión y cuya oferta fue excluida de la licitación por presentar el sobre nº 2 abierto. Los recurrentes aportan el acuerdo adoptado en la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación IMERIS de 4 de junio de 2013, por el que se otorga a dichos Delegados la representación de los trabajadores para la interposición del presente recurso.

Dichos trabajadores alegan que tienen interés legítimo para la interposición del recurso puesto que actualmente están prestando el servicio de puesta en marcha y funcionamiento de los equipos de medio abierto para la ejecución de medidas judiciales de menores infractores, según contrato 775/2009 LOTE 4, que vienen desarrollando esta actividad de forma continuada desde el año 2000 y que la exclusión de la oferta de la Asociación IMERIS supone un perjuicio real para ellos puesto que perderían la relación laboral que actualmente tienen con la misma, cuando además no se prevé la obligación de subrogar a dicho personal por la empresa que resulte adjudicataria del contrato.

Por tanto, está acreditado el interés de los recurrentes para interponer el recurso en representación de los trabajadores de la Asociación IMERIS.

QUINTO. Procede, pues, analizar la cuestión de fondo que se suscita en el recurso y que queda circunscrita a si fue adecuado a derecho el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de la oferta del Asociación en la que trabajan los recurrentes por haber presentado la documentación correspondiente al sobre nº 2 en una carpeta con corchetes y no en un sobre cerrado, respecto al lote 4.

Los recurrentes reconocen en el escrito de su recurso que los sobres nº 1 y nº 3, relativos a la “documentación acreditativa de los requisitos previos” y “documentación relativa a criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas”, fueron entregados en sobre cerrado. Sin embargo, el sobre nº 2 correspondiente a la “documentación técnica” fue entregado en una carpeta cerrada (con cierre tipo corchete) debido a su tamaño y la incapacidad para ser introducida en un sobre de papel.

La mesa de contratación entendió que la documentación correspondiente al sobre nº 2 no estaba en sobre cerrado como exige el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP en adelante) y por ello se excluyó dicha oferta de la licitación.

Frente a ello, los recurrentes alegan que se le debería haber dado la posibilidad de subsanar dicho defecto y que aún no habiéndose subsanado el posible vicio, no sería obstáculo para que la Asociación siguiera participando en la licitación puesto que la documentación se aportaba en formato papel y en formato digital en un CD no regrabable y en sobre cerrado, por lo que de haberse violado el secreto de la licitación habría sido en perjuicio de la Asociación puesto que la carpeta en cuestión estaba en poder de la mesa de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido en relación al recurso indica que la documentación correspondiente al sobre nº 2 se encontraba en un archivador abierto (lote 4), siendo posible abrirse y sustituirse la documentación contenida en los mismos.

Asimismo, manifiesta que la posibilidad de subsanación a que aluden los recurrentes va referida, de acuerdo con el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a la documentación administrativa del licitador que acredita la personalidad jurídica del empresario y la solvencia técnica y económica de la entidad, no siendo subsanable la documentación aportada en los sobre nº 2 y 3.

La Asociación IMERIS interpuso también recurso especial en materia de contratación contra el mismo acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluía su oferta de la licitación. Dicho recurso ha sido resuelto por este Tribunal en virtud de Resolución 85/2013, de 9 de julio, desestimándolo. En el citado recurso se acordó la apertura de fase de prueba y como práctica de la misma se recibió la documentación requerida al órgano de contratación relativa al sobre 2 presentado por la recurrente en el lote 4 y se comprobó que, respecto a dicho lote, había un archivador con corchetes y dentro 7 documentos cogidos por espiral, así como un sobre cerrado conteniendo en soporte digital la documentación relativa a los criterios de valoración mediante juicio de valor.

Este Tribunal ha declarado (por todas, Resoluciones 9/2012 y 2/2012, de 30 de enero y 26 de marzo de 2012, respectivamente), que *“el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (sentencia del TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica)”*, y que *“a esta exigencia obedece que los artículos 145 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y*

económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas”.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC en adelante), siguiendo en este punto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 38/07, de 29 de octubre de 2007), ha señalado (Resolución 205/2011, de 7 de septiembre y 300/2012, de 21 de diciembre) que *“la contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP). Lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites. Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos.”*

El principio de igualdad de trato justifica el mandato contenido en el artículo 145.2 del TRLCSP, con arreglo al cual *“las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”.*

Con la finalidad de garantizar este secreto, el artículo 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), dispone que *“la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurran y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa ”*, añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse *“ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados”* (apartado 2), articulándose medidas (apartado 3) para el caso en que *“se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”.*

Como indicó el TACRC en la ya mencionada Resolución 205/2011, la citada normativa *“persigue por tanto una doble garantía, por un lado, asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el periodo de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público, (...) y por otro, que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada”*. Y es que, el secreto que afecta a las proposiciones de los licitadores, *“además de poder ser verificable cuando tenga lugar el acto público de apertura de las ofertas, alcanza no sólo a otros licitadores en el procedimiento sino incluso a los propios gestores del expediente de contratación, incluidos los miembros de las mesas de contratación a quien corresponde valorar las ofertas, y cuyo conocimiento no podrá ser anterior al momento de su apertura en el correspondiente acto público.”*

En esta misma línea, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de noviembre de 2009, declara que el secreto de las proposiciones que impone el artículo 80 del RGLCAP *“trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o Administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias.”*

Expuesta, en los términos anteriores, la doctrina general sobre el secreto de las proposiciones de los licitadores, se examinará seguidamente su aplicación al concreto supuesto objeto de recurso.

SEXTO. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 145.2 del TRLCSP y en el artículo 80 del RGLCAP, la cláusula 9.2.a) del PCAP que rige la licitación dispone que *“en aquellos casos en que el contrato se adjudique por procedimiento abierto, los*

licitadores deberán presentar tres sobres, cerrados y firmados, de forma que se garantice el secreto de su contenido, señalados con los números 1, 2 y 3.”

En la misma cláusula se desarrolla el contenido de cada uno de los sobres que han de presentar los licitadores, indicándose, en lo que aquí interesa, que “en el sobre número 2, se incluirá la proposición relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor, que incluirá, según el Anexo IV *“el proyecto integral para la ejecución de medidas judiciales de medio abierto, debiéndose incluir de forma complementaria una copia digital en formato odt, pdf o similar”*

De los preceptos citados y del PCAP se desprende, en suma, la exigencia de que los licitadores presenten toda la documentación del sobre nº 2 (criterios cuya valoración depende de un juicio de valor) en un sobre cerrado.

Pues bien, la presentación de la documentación cuya valoración se somete a un juicio de valor en un archivador con corchetes (lote 4), pero que se puede abrir sin ningún tipo de alteración del mismo y sin que quede constancia de ello, no permite en modo alguno preservar el secreto de la proposición.

Por último, la presentación por la Asociación de una copia de la documentación en soporte digital (exigencia impuesta a todos los licitadores en el PCAP) permitiría, en su caso, acreditar la integridad de la documentación incluida en el sobre nº 2, esto es, la ausencia de alteraciones, adiciones o supresiones en dicha documentación, como alega el recurrente, pero no el secreto de la proposición ni frente a la Administración ni frente a terceros, siendo así que la normativa aplicable (artículo 83.2 del RGLCAP) exige preservar dicho secreto hasta el acto de apertura pública de la documentación.

En conclusión, la presentación de la documentación del sobre nº 2 fuera de un sobre cerrado, además de posibilitar una eventual alteración de la oferta técnica, permite a la mesa de contratación tener conocimiento de determinados aspectos de la proposición en un momento procedimental en el que la oferta debe ser secreta para

todos, vulnerando el secreto de las proposiciones y la finalidad que con dicho secreto se pretende salvaguardar, que no es otra que la de garantizar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículos 1 y 139 del TRLCSP).

SÉPTIMO. En cuanto a la alegación de los recurrentes de que se le tendría que haber dado la posibilidad de subsanar el defecto consistente en que la documentación relativa a los criterios evaluables mediante juicio de valor no estuviera en sobres cerrados, hay que señalar que, como se indicó en la Resolución de este Tribunal 54/2013, de 2 de mayo, sobre la cuestión de los defectos subsanables en el curso del procedimiento de adjudicación, son numerosas las ocasiones en que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se ha manifestado (informe 56/96, de 18 de octubre de 1996; 26/97, de 14 de julio de 1997; 37/97 y 44/97 de 10 de noviembre de 1997; 23/99, de 30 de junio de 1999; 6/00 y 31/00, de 11 de abril y de 30 de octubre de 2000), manteniendo el criterio de que, sin ser posible realizar una lista exhaustiva de defectos subsanables y no subsanables, las expresiones utilizadas en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado (hoy artículo 81 del RGLCAP) dan pie para considerar insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos.

En tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, indicó que *“el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”*.

En el caso de incumplimiento del deber de presentar las ofertas en sobres cerrados, que como hemos indicado, es una exigencia del artículo 145.2 del TRLCSP con el fin de que las ofertas permanezcan secretas hasta el momento de la licitación pública, el carácter secreto de las mismas sólo queda garantizado si éstas vienen en sobre cerrado desde el momento de su presentación, pero si presentadas las ofertas en sobre abierto se diera la posibilidad de subsanar tal defecto cerrando el sobre presentado, el carácter secreto de las misma no queda garantizado puesto que los sobres permanecen abiertos y la documentación de los mismos “disponible” pudiéndose tener acceso a la misma, hasta que dicho “defecto” se subsanara. Por tanto, la no presentación de la documentación en sobre cerrados es un defecto que no se puede subsanar, ya que el carácter secreto de las proposiciones sólo queda garantizado en el momento de presentación de las mismas y no en un momento posterior de subsanación, donde el carácter secreto ya quedaría sin contenido.

Con base en cuanto se ha argumentado, ha de considerarse que el acuerdo de la mesa de contratación, de 20 de mayo de 2013, por el que se excluyó la oferta de la ASOCIACION IMERIS del procedimiento de adjudicación es ajustado a Derecho, por lo que el recurso especial ha de ser desestimado.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha,

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la por D. F.D.C. y D.G.I.O. en calidad de **Delegados de los trabajadores de la ASOCIACIÓN IMERIS** contra el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento abierto de adjudicación del contrato denominado “Servicios integrales para la ejecución de medidas judiciales de medio abierto” (Expte. 1/13/2) en el lote 4, tramitado por la Consejería de Justicia e Interior

de la Junta de Andalucía, confirmando la validez el acto impugnado en todos sus extremos.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

LA PRESIDENTA