

Barcelona, 13 de gener de 2016

Resolució: 238/2015

Vist el recurs interposat per la senyora N.V.G. en nom i representació de la societat GABINETE DE PRENSA INFORPRESS, SL contra la resolució que exclou aquesta empresa de la licitació del contracte de serveis de d'assessorament, desenvolupament i execució del Social Media Plan de l'Agència Catalana de Turisme (exp. 15_0191-MPC), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 24 de juliol de 2015, el director general de l'Agència Catalana de Turisme va aprovar el plec de clàusules administratives particulars (PCAP), el plec de prescripcions tècniques (PPT), l'expedient de contractació i la licitació del contracte de serveis indicat a l'encapçalament, dividit en 10 lots, amb un valor estimat de 426.200,00 euros i a adjudicar mitjançant procediment obert i una pluralitat de criteris de valoració de les ofertes, uns dependents d'un judici de valor i uns altres de ponderació automàtica.

SEGON. Publicada la licitació en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) i en el perfil de contractant de l'òrgan de contractació, van concórrer per al lot 8 (Brasil) dues empreses: VITAMINE COMMUNICATIONS, SL i GABINETE DE PRENSA INFORPRESS, SL.

TERCER. Desenvolupats els tràmits de la licitació, GABINETE DE PRENSA INFORPRESS, SL va resultar exclosa del lot 8 de la licitació per resolució de 16 de novembre de 2015, pel fet d'haver inclòs la proposta econòmica dins del sobre B de la proposició, corresponent a la proposta tècnica del projecte i a valorar segons els criteris dependents d'un judici de valor. En aquesta resolució també es va acordar la retroacció de les actuacions al moment de la valoració de les ofertes segons els criteris dependents d'un judici de valor, deixant sense efectes la valoració tècnica realitzada.

Aquesta resolució d'exclusió es va notificar a l'empresa afectada en data 17 de novembre de 2015.

QUART. En data 3 de desembre de 2015, GABINETE DE PRENSA INFORPRESS, SL (en endavant, tal com s'identifica en el recurs, ATREVIA) va presentar al registre de l'òrgan de contractació recurs especial en matèria de contractació contra l'esmentada resolució.

En síntesi, la recurrent discrepa de la seva exclusió pel fet que la proposta econòmica inclosa en el sobre B no va ser detectada per l'òrgan de contractació en el moment de la seva obertura ni en el moment de la valoració dels projectes tècnics segons els criteris d'apreciació subjectiva, motiu pel qual no va poder "contaminar" la valoració tècnica i, per tant, en tractar-se d'una "simple irregularitat formal", no van quedar vulnerats els principis invocats per l'òrgan de contractació d'igualtat de tracte i de transparència que proclamen els articles 1 i 139 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP).

Així mateix, ATREVIA també qüestiona la retroacció de les actuacions al moment de la valoració tècnica que va acordar la mateixa resolució impugnada, atès que en aquest moment procedimental ja es coneixen les ofertes tècniques i econòmiques d'aquesta empresa i de l'altra licitadora del lot 8.

l sol·licita l'anul·lació de la resolució de 16 de novembre de 2015 que origina el recurs, així com l'adjudicació del contracte al seu favor.

CINQUÈ. El procediment de recurs ha seguit els tràmits previstos en els articles 46 del TRLCSP i 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

L'òrgan de contractació va trametre al Tribunal el recurs, l'expedient de contractació i l'informe corresponent en data 9 de desembre de 2015, i va atendre el requeriment d'informació addicional del Tribunal l'11 de desembre de 2015.

SISÈ. En la mateixa data 11 de desembre de 2015, el Tribunal va obrir el període d'al·legacions a l'altra empresa licitadora del lot 8 sobre el qual recau el recurs, VITAMINE COMMUNICATIONS SL.

A data d'aquesta Resolució, no consta al registre del Tribunal que aquesta empresa hagi presentat cap escrit d'al·legacions fent ús del tràmit conferit.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. El Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, el Tribunal) resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació de conformitat amb l'article 41.3 del TRLCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. El contracte de serveis de referència, atès el seu caràcter harmonitzat, és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 40.1 a) del TRLCSP.

TERCER. El recurs s'ha presentat contra la resolució que exclou ATREVIA de la licitació de referència, que és un dels actes objecte del recurs especial en matèria de contractació segons l'article 40.2 c) del TRLCSP.

QUART. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies previst a l'article 44.2 del TRLCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP.

CINQUÈ. El Tribunal aprecia legitimació activa en l'entitat recurrent, d'acord amb els articles 42 del TRLCSP i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, en tant que formula un recurs en el qual s'oposa a la seva exclusió del lot 8 de la licitació i al·lega que, per contra, li'n correspon l'adjudicació.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb l'article 44.4 del TRLCSP.

SISÈ. El fons de l'assumpte rau a dilucidar si correspon l'exclusió d'ATREVIA de la licitació pel fet d'haver inclòs en el sobre B de la proposició (documentació de les ofertes a valorar segons els criteris dependents d'un judici de valor) la proposta econòmica, que havia de figurar pròpiament en el sobre C de la proposició i, per tant, havia de ser objecte de coneixement i valoració en la darrera fase d'avaluació de les proposicions.

En efecte, d'acord amb els articles 145.2 i 150.2 del TRLCSP, els articles concordants 26 i 30.2 del Reglament de desplegament parcial de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret 817/2009, de 8 de maig (RLCSP), i el criteri constant de la doctrina (per totes, Resolucions núm. 26/2014 i 47/2015 i Resolucions del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 300/2012, 600/2013, 628/2013 i 596/2014), en una licitació com l'examinada, en què concorren criteris de valoració de les ofertes subjectes a un judici de valor i criteris de valoració automàtica per l'aplicació de fórmules, la raó de la separació de la documentació a valorar de les proposicions respon a la finalitat de garantir el secret de les proposicions i la imparcialitat en les valoracions tècniques i vetllar perquè els judicis de valor que s'emetin no es vegin influenciats ("contaminats") pel coneixement previ o simultani de l'oferta econòmica i la resta dels aspectes de valoració automàtica.

D'acord amb aquesta doctrina, la conseqüència que escau aplicar als supòsits que, com en el present cas, la proposta econòmica figura incorrectament en la proposició, en un sobre que ha de ser objecte d'obertura i coneixement prèviament, és l'exclusió de la proposició afectada.

Així ho reflecteix el PCAP que regeix la licitació examinada a la clàusula 11.5.2 *in fine*, la qual preveu explícitament (el ressaltat és originari del plec):

11.5.2. CONTINGUT DEL SOBRE B

L'empresa licitadora haurà de presentar un SOBRE B per cada lot que liciti, de forma que haurà d'haver-hi tants SOBRES B com lots als quals concorri. L'empresa licitadora indicarà a l'exterior del sobre el lot a què correspon. En cas contrari, el licitador serà exclòs.

Les empreses licitadores han d'incloure en el sobre B tota la documentació relacionada amb els criteris d'adjudicació sotmesos a judici de valor consistent en:

- Projecte tècnic:
 - Proposta de solucions tàctiques
 - Freqüència de publicacions
 - Proposta de publicitat
- Equip de treball: descripció de la qualificació tècnica del director del projecte adscrit a l'execució del contracte.
- Millores proposades

També s'ha d'incloure una declaració en la qual les empreses licitadores especifiquin quins documents i/o dades tècniques incorporades en el sobre B són, al seu parer, confidencials. No tindran en cap cas caràcter confidencial els documents que tinguin caràcter de documents d'accés públic.

La manca de documentació que impedeixi dur a terme la valoració d'un o diversos criteris que impliquen un judici de valor, comportarà la no valoració dels criteris corresponents.

La inclusió dins del sobre B de l'oferta econòmica comportarà l'exclusió del licitador.

Com ja s'ha exposat, la recurrent no està d'acord amb la seva exclusió pel fet que la proposta econòmica inclosa en el sobre B no va ser detectada per l'òrgan de contractació en

el moment de la seva obertura ni en el moment de la valoració tècnica. Per això entén que aquella irregularitat no va poder “contaminar” la valoració.

Com a recolzament de les seves pretensions, ATREVIA porta a col·lació doctrina emanada en supòsits en què, atenent les particularitats que presentava cada cas, s’ha minimitzat l’efecte dels errors incorreguts per les empreses en la inclusió en els sobres de les proposicions de la documentació a valorar (Resolucions del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 95/2012, 22/2013 i 126/2014 i Acord núm. 16/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Aquesta doctrina és compartida per aquest Tribunal i, de fet, també ha tingut l’ocasió de pronunciar-s’hi en les Resolucions núm. 209/2015 i 211/2015, per citar les més recents.

Ara bé, a diferència d’aquests supòsits puntuals, el present cas, a criteri d’aquest Tribunal, no presenta cap signe que pugui posar en entredita l’exclusió d’ATREVIA acordada per l’òrgan de contractació. Constitueix el supòsit modèlic en què els plecs són clars i taxatius en aquesta qüestió i decau la diligència mínima que és atribuïble a les empreses en el moment de confeccionar les seves ofertes.

ATREVIA insisteix a indicar que l’òrgan de contractació no va ser conscient de l’error patit per aquesta empresa fins a un moment posterior a l’obertura dels sobres B de les proposicions i a la mateixa emissió de l’informe tècnic de valoració de les ofertes segons els criteris dependents d’un judici de valor.

Al respecte, cal dir que això no resulta un aspecte controvertit en el recurs, però en cap cas no pot desviar l’objecte de discussió quan resulten evidències clares i palmàries que diferencien notablement el cas plantejat. A títol il·lustratiu:

- el document en qüestió es tracta de la mateixa oferta econòmica;
- el PCAP rector de la licitació resulta clar i meridià en aquesta qüestió, perquè adverteix explícitament, tal com s’ha transcrit *up supra*, de les conseqüències que poden tenir determinades incidències en el contingut del sobre B, entre les quals es tipifica expressament i sense cap mena d’obscuritat l’exclusió del licitador si en aquest apartat de la proposició inclou precisament l’oferta econòmica, i
- en l’expedient de contractació examinat no només la recurrent va incórrer en aquest error, sinó que també altres empreses licitadores van avançar la proposta econòmica, les quals van resultar igualment excloses de la licitació en el lot respectiu (documents núm. 35 i 38 de l’expedient).

En el cas examinat, a més, a la vista del fil argumental seguit en el recurs, resulta patent el reconeixement implícit per part de la recurrent de l’error patit en la confecció de la proposició (inclusió de la proposta econòmica en el sobre B) i la gravetat de la conseqüència que li resultaria d’aplicació (l’exclusió de la licitació).

Arribats a aquest punt, en aquest context seria contrari als principis d'igualtat i no discriminació consagrats als articles 1 i 139 del TRLCSP, tal com sosté l'òrgan de contractació, el fet que es mitiguessin per a la recurrent els efectes de l'error patit per aquesta en la confecció de la proposició i que no se li apliqués l'efecte exclouent que per aquella irregularitat preveu explícitament el PCAP. I en aquest punt cal ressaltar, com ja s'ha indicat, que la conseqüència d'exclusió de la licitació ha estat aplicada per l'òrgan de contractació a totes les empreses que, com ATREVIA, van donar a conèixer la proposta econòmica abans del moment procedimental de l'obertura del sobre C de les proposicions.

Cal recordar, d'acord amb una inveterada jurisprudència, que els plecs constitueixen la llei del contracte i vinculen tant a les empreses que concorren a la licitació acceptant el seu contingut d'acord amb l'article 145.1 del TRLCSP com als òrgans de contractació, els quals no poden alterar unilateralment les clàusules en perjudici dels licitadors. Si els plecs no han estat impugnats en temps i forma i declarades nul·les les seves clàusules, han de ser aplicades en la seva integritat i cap de les parts no se'n pot desvincular unilateralment. Aquesta és, en essència, garantia de la igualtat de tracte entre els candidats i licitadors i de transparència de l'actuació administrativa en el procés de contractació (per totes, Resolucions núm. 7/2014, 39/2015, 71/2015, 143/2015 i 202/2015, que recullen la doctrina d'aquest i altres òrgans de resolució de recursos contractuals en la línia de la jurisprudència del Tribunal Suprem –també entre d'altres, Sentència de 27 de maig de 2009-).

Per a les empreses, l'esmentat article 145.1 del TRLCSP indica clarament que *“la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les clàusules o condicions, sense cap excepció o reserva”*. I al respecte, tal com aquest Tribunal ha afirmat en nombroses ocasions (per totes, Resolució núm. 1/2013): *“El precepte transcrit conté una norma de caràcter imperatiu, de manera que qui presenti una proposició que no s'ajusti al previst, o inclogui manifestacions de les quals es desprengui, o pugui desprendre's, l'existència de reserva o excepció als plecs de clàusules administratives ha de ser exclòs del procediment licitador”*.

En conseqüència, atès que la recurrent va incloure la proposta econòmica del lot 8 de la licitació en el sobre B de la proposició, contràriament a les indicacions del PCAP que regeix el procediment de contractació ex article 145.1 del TRLCSP i vulnerant així el secret de les proposicions garantit en l'article 145.2 del mateix cos legal, aquest Tribunal conclou que l'exclusió d'ATREVIA de la licitació acordada per l'òrgan de contractació va resultar ajustada a la clàusula 11.5.2 del PCAP i als principis bàsics d'igualtat de tracte i no discriminació recollits en els articles 1 i 139 del TRLCSP.

Correspon així desestimar el recurs interposat per ATREVIA, sense resultar procedent, atesa la seva exclusió, entrar a examinar la resta de qüestions plantejades per aquesta.

D'acord amb l'exposat, i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunits en sessió i per unanimitat, aquest Tribunal

HA ACORDAT

1.- Desestimar el recurs interposat per la senyora N.V.G. en nom i representació de la societat GABINETE DE PRENSA INFORPRESS, SL contra la resolució que exclou aquesta empresa de la licitació del contracte de serveis de d'assessorament, desenvolupament i execució del Social Media Plan de l'Agència Catalana de Turisme (exp. 15_0191-MPC), d'acord amb els fonaments jurídics d'aquesta Resolució.

2.- Aixecar qualsevol suspensió que existís en el procediment.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

4.- Notificar aquesta Resolució a totes les parts.

Aquesta Resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 49 del TRLCSP, en els termes establerts en l'article 21.3 de la Llei 29/1998: *"En els recursos contra les decisions adoptades pels òrgans administratius als quals correspon resoldre els recursos especials i les reclamacions en matèria de contractació a què es refereix la legislació de contractes del sector públic, els esmentats òrgans no tindran la consideració de part demandada, i sí que en tindran les persones o administracions afavorides per l'acte objecte del recurs, o que es personin en tal concepte, d'acord amb el que disposa l'article 49"*.

El president

Juan Antonio Gallo Sallent