Recursos nº 798 y 849/2014
Resolución nº 829/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de noviembre de 2014.

VISTOS los recursos presentados por D. A.L.C., en nombre y representación de ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN S.L., contra el Acuerdo de la Secretaria General de Red.es, de 16 de septiembre de 2014, en el que se emplaza a los licitadores a una segunda apertura de ofertas económicas (recurso 798/2014) y contra el posterior Acuerdo de adjudicación de 3 de octubre de 2014 (recurso 849/2014), referidos al procedimiento negociado sin publicidad para la contratación del servicio *"Estudio medición grado de Adaptación Infraestructuras de TDT por el Dividendo Digital"*, número de expediente 111/14-0T, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El servicio identificado en el encabezamiento fue tramitado a través de la fórmula de negociado sin publicidad por razones de urgencia, siendo invitados varios licitadores. Su valor estimado es de 220.000 euros.

Segundo. En lo que nos interesa, el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) señalaba en su cláusula 9.1, que *"el contrato se licitará por procedimiento negociado y se adjudicará de acuerdo al procedimiento previsto en el apartado 3 "Procedimiento de licitación y criterios de valoración de ofertas" del Pliego de Condiciones Generales de 12 de noviembre de 2013…."*

A su vez, el apartado 3 *"Procedimiento de licitación y criterios de valoración de ofertas*" del Pliego de Condiciones Generales (PCG) de 12 de noviembre de 2013 señala, en lo que nos interesa: *"3.1. PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN*

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@minhap.es

El Contrato se adjudicará mediante procedimiento negociado sin publicidad de conformidad con lo previsto en los artículos 169 y siguientes de la LCSP para los supuestos no contemplados en el artículo 177.1 del mismo texto legal.

Será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible.

La oferta deberá presentarse o remitirse a las oficinas (…y sigue con el modo de presentación de ofertas)

Finalizado el plazo de presentación de ofertas y recibidas éstas, se constituirá la Mesa de Contratación de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones Particulares, para calificar los documentos presentados en los Sobres 1 y 2.

La Mesa de Contratación examinará la documentación y, si la propuesta del licitador presenta defectos subsanables, remitirá a éste un correo electrónico (…)

Realizadas las actuaciones referidas en los párrafos precedentes, se abrirá, en su caso, la negociación a la que se refiere el artículo 178 de la LCSP que versará sobre los aspectos que a tal efecto se establezcan en el Pliego de Condiciones Particulares.

Tras la negociación, y una vez fijada definitivamente la propuesta, la entidad pública procederá a la valoración de la misma de conformidad con los criterios de valoración establecidos en el Pliego de Condiciones Particulares y elevará al órgano de contratación la propuesta de resolución del procedimiento de licitación.

El acto público de apertura de las proposiciones relativas a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor se celebrará en el lugar y día que, (…)

El acto público de apertura de las proposiciones relativas a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se celebrará en el lugar y día que, en su caso, se publique en el perfil del contratante de Red.es y en el anuncio de publicación del Contrato, o en la que, en su caso, se haya comunicado a los licitadores. El Presidente de la Mesa de Contratación, si en los Pliegos de Condiciones Particulares no se ha dispuesto otra cosa, dará a conocer en este acto la ponderación de los criterios cuya valoración dependa de un juicio de valor.

(…y sigue resolviendo varias incidencias de las ofertas)

El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el apartado siguiente. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego de condiciones Particulares. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.

El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (…)

El órgano de contratación adjudicará el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. La adjudicación será motivada y se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

(…)"

La cláusula del PCP 11, "*Cuestiones que pueden ser objeto de negociación*", señala: *"La negociación que se celebre a efectos de lo dispuesto en el art. 44 de las Normas internas de contratación de Red.es versará sobre el precio del contrato".*

Y la 12, "*Procedimiento de valoración de las ofertas*", señala: *" b)Tras el acto público de apertura de las proposiciones relativas a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (sobres 4) se abrirá la negociación a la que se refiere el artículo 178.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre que versará sobre los aspectos que a tal efecto se han establecido en el presente Pliego. Tras la negociación, y una vez fijada definitivamente la propuesta, la entidad pública procederá a la valoración de la misma.*

c)La valoración de las proposiciones conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará dejando constancia documental en el expediente mediante acta de la mesa de contratación.

d) Finalmente, atendiendo a los criterios de adjudicación señalados en el PCP, se clasificarán por orden decreciente las proposiciones presentadas que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme al apartado anterior y se adjudicará el contrato de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3.1 del PCG.

Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo."

Por último, el Pliego de Condiciones Generales de 12 de noviembre de 2013 señala. "*2.6. CONFIDENCIALIDAD:*

Sin perjuicio de las disposiciones del 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 relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe facilitarse a los licitadores, Red.es no divulgará la información facilitada por los empresarios, que éstos hayan clasificado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales, y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

El adjudicatario deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del Contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información. Se excluye de la categoría de información confidencial toda aquella información que sea divulgada por Red.es, aquella que haya de ser revelada de acuerdo con las leyes o con una resolución judicial o acto de autoridad competente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 del 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 el caso de que el licitador desee que toda o parte de su propuesta sea considera confidencial a los efectos del cumplimiento por parte de Red.es de las disposiciones de la citada Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la

información que deba darse a los candidatos y a los licitadores, deberá determinar en su oferta los aspectos que considere secretos técnicos o comerciales de su organización, así como los aspectos confidenciales de la propuesta.

Se excluye de la categoría de información confidencial toda aquella información que sea divulgada por Red.es, aquella que haya de ser revelada de acuerdo con las leyes o con una resolución judicial o acto de autoridad competente."

Tercero. La apertura pública de las ofertas iniciales se produjo el 15 de septiembre de 2014, y la del aquí recurrente resultó la más ventajosa. Consta en el acta que se enumeraron las ofertas que serían tenidas en cuenta con mención expresa de las empresas participantes admitidas, y, una vez abiertos los sobres "4", se enunció la propuesta económica de cada una; el presidente de la Mesa comunicó a los presentes que se abría el procedimiento de negociación, e instó a las empresas ofertantes a presentar nuevas propuestas antes de determinada hora del día siguiente.

Tras ello, se efectuó comunicación de fecha 16 de septiembre de 2014, en que se señalaba que (el subrayado, suyo)*"…a efectos de llevar a cabo la negociación prevista**, les solicitamos evalúen el precio ofertado, tal y como establece el Pliego de condiciones particulares** para la relización del servicio objeto del contrato, y nos remitan su respuesta…(*en el mismo día*). A continuación les presentamos las ofertas recibidas por los licitadores presentados*: …". Y seguía una lista de cinco nombres de empresas, junto con el importe ofertado por cada una de ellas.

La recurrente presentó una nueva oferta a la baja en el plazo concedido, y en el mismo día se efectuó la apertura pública de las nuevas proposiciones, resultando más ventajosa una distinta a la del aquí recurrente.

Posteriormente el 3 de octubre de 2014, mediante Acuerdo del Director General de Red.es, se adjudica el contrato a la mercantil IMAGINA T EUROPA, S.L. El citado Acuerdo se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de octubre de 2014.

Cuarto. Con fechas 2 y 21 de octubre de 2014 se interponen sendos recursos, el primero contra el emplazamiento que se realiza a los licitadores para una segunda apertura de

ofertas económicas y el segundo contra la adjudicación del contrato. En ambos recursos, con idéntico fundamento, se aduce que la convocatoria a una segunda apertura pública de ofertas económicas es disconforme a Derecho, pues, resumidamente:

"*a) No estaba contemplado en el Pliego que la negociación se articularía en una suerte de doble fase de subasta.*

b) La publicación de los importes de las ofertas de los licitadores junto con la identidad de estos quiebra el principio de confidencialidad y secreto de las proposiciones.

c) De igual modo, dicha comunicación vulnera el principio de leal competencia que debe existir entre los licitadores, de tal manera que se facilitan datos que perjudican los intereses comerciales y estratégicos de la empresa."

Desarrolla sus argumentos señalando, entre otros extremos, que *"… consideramos que la actuación del órgano de contratación es irregular en la medida en qué bajo el "paraguas" de la negociación, pretende hacer una suerte de "doble fase de subasta", requiriéndole a los licitadores que habían presentado sus ofertas económicas, supuestamente definitivas, para que en una "segunda ronda" revisasen sus ofertas.*

Dicha irregularidad es doble en cuanto que (i) esa supuesta "doble fase de subasta" no estaba contemplada en el Pliego; (ii) esa especie de doble vuelta pretende sustituir el procedimiento negociado por un procedimiento de subasta." Añadiendo que "*los licitadores, y particularmente ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN SL, formuló la oferta económica de acuerdo a su estrategia comercial y bajo la premisa de que se trataba de una oferta definitiva, sin que tuviese el más mínimo conocimiento de que habría una suerte de doble fase de subasta en la que pudiese modificar dicha oferta, lo que hubiese sido determinante para formular la "primera" oferta. Si mi mandante hubiese sabido que el procedimiento de negociación se articulaba en dos fases, la oferta que presento inicialmente hubiese respondido a otra estrategia comercial.*

En puridad, tal y como establece el Pliego de Condiciones, el órgano de contratación tendría, que una vez abiertas y conocidas las ofertas económicas (supuestamente definitivas) de los licitadores, valorar directamente dichas ofertas conforme a los criterios de adjudicación, y adjudicar el contrato al licitador que ofreciese el precio más económico

para Red.es, que no es otro que mi mandante, por cuanto presentó la oferta más económica según resulta del Acta de 16 de Septiembre de 2014."

Asimismo, se aduce que el Acuerdo vulnera el TRLCSP y las Directivas aplicables en la medida que publica el importe económico ofertado, con vulneración de los arts. 140, 145.2 y 177 del TRLCSP; así, indica que *"Ni que decir tiene que el importe de la oferta económica, en un supuesto en el que el único criterio de adjudicación y de negociación es el precio, supone un valor determinante de la estrategia comercial y empresarial del licitador*." También rechaza que el art. 148 del TRLCSP permita revelar la identidad de las empresas, hace alusión a la protección de datos confidenciales en las Directivas comunitarias de aplicación, y cita también como infringido el 153 del TRLCSP. Asimismo, considera que tal revelación quebranta el principio de igualdad de trato entre los licitadores y la libre concurrencia y competencia entre ellos.

Por ello, suplica que *"*a*) Declare la nulidad* *de dicho Acuerdo o comunicación y sus actos posteriores* –recurso 798/2014- (del Acuerdo de adjudicación y sus actos previos hasta el momento de valorar la oferta inicial presentada por los licitadores –recurso 849/2014-)*, y en consecuencia ordene la continuación del procedimiento de licitación, hasta adjudicar el contrato a mi mandante ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN S.L, al haber presentado la oferta económica más ventajosa.*

b) Subsidiariamente, declare la nulidad de dicho *Acuerdo o comunicación y sus actos posteriores* -recurso 798/2014- (Acuerdo de Adjudicación del contrato y sus actos previos -recurso 849/2014-)*, y en consecuencia, ordene retrotraer las actuaciones hasta el momento de apertura inicial de las ofertas, para que continuando correctamente el procedimiento de licitación, se negocien los términos del contrato de conformidad con lo previsto en Pliego de Condiciones y se acuerde la adjudicación del contrato a favor del licitador que hubiese presentado la oferta económicamente más ventajosa."*

Quinto. El órgano de contratación, en su informe (idéntico para ambos recursos), destaca que el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) establece el precio del contrato como único criterio de adjudicación y negociación, y que, si bien es cierto que en el Pliego no se establecía con detalle el procedimiento ulterior de negociación una vez realizado el primer acto de apertura de proposiciones económicas (cuestión que dice será subsanada

para próximos pliegos de dicha entidad), teniendo en cuenta el criterio de flexibilidad en cuanto a la negociación -establecido por la Junta Consultiva de Contratación en su informe 21/97-, *"Red.es utilizó el procedimiento más transparente e igualitario posible para dar a los licitadores la oportunidad de mejorar sus ofertas"*. Indica que ya en la primera apertura se requirió a los concurrentes de presentación de nuevas ofertas, y que la oferta fue secreta hasta su apertura en un nuevo acto público, y cita al respecto nuestra Resolución 231/2013. Sigue indicando que el procedimiento negociado implica que la primera oferta no va a ser nunca definitiva y será negociada a la baja. Y, en cuanto al secreto de la oferta, destaca que "*el PCP establece claramente que la primera ofertas se abre en acto público, por lo que a partir de dicho momento, la oferta es conocida por el resto de licitadores, sin que se pueda entender que se quiebra principio de confidencialidad o secreto alguno. Si el licitador no estaba de acuerdo con este procedimiento, debería haber impugnado los pliegos y no el acto que finalmente pretende anular*." Y, que *"Finalmente, no hay vulneración alguna del principio de leal competencia, ya que se ha permitido a todos los licitadores presentar una segunda oferta, con el mismo plazo y en las mismas condiciones."*

También destaca que "*A mayor abundamiento, cabe señalar que el licitador, no solo no impugna los pliegos que rigen el procedimiento, sino que tampoco recurre inicialmente la solicitud de una nueva oferta económica. Presenta una nueva oferta (mejorando la presentada inicialmente), y visto que la mejora no es suficiente para resultar adjudicatario, trata de impugnar ahora el procedimiento*."

Se han presentado alegaciones a ambos recursos por la adjudicataria del contrato, IMAGINA T EUROPA S.L, en el mismo sentido que el órgano de contratación, y haciendo constar además que *"Entendemos que los motivos planteados no producirían en caso de estimación como pretende el recurrente la adjudicación de dicho contrato a la empresa a la que representa, de hecho, entiende esta parte que es incongruente su motivación de nulidad con su solicitud de adjudicación, volviendo nuevamente a deslegitimarle para que prosiga el presente recurso."*

Sexto. Por Resolución de 13 de octubre de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento con base en el

artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Posteriormente, el 3 de noviembre de 2014, resolvió levantar dicha suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP-, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 798/2014 y 849/2014 por guardar entre sí identidad sustancial, haberse presentado por la misma empresa y dirigirse ambos contra actos sucesivos en la licitación del mismo contrato

Segundo. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer de los presentes recursos especiales en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 1 y 5, del TRLCSP.

Tercero. Debe entenderse que los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de uno de los licitadores.

Cuarto. La interposición de los recursos se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto. Los recursos han sido interpuestos contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, al referirse a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada licitado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador.

Sin embargo, procede distinguir entre el recurso 798/2014 y el 849/2014. Mientras que el segundo se interpone contra un acto impugnable, el acto de adjudicación del contrato, de acuerdo con el artículo 40.2 c) TRLCSP, el primero se interpone contra un acto no impugnable separadamente cual es el emplazamiento a los licitadores a una segunda apertura de ofertas económicas. Tal acto, en la medida en que no pone fin al

procedimiento ni genera indefensión, no constituye un acto impugnable separadamente por lo que el recurso 798/2014 debe ser inadmitido.

En consecuencia, examinaremos a continuación el recurso 849/2014 formulado contra el acto de adjudicación, cuyo fundamento, por otra parte, es idéntico al recurso -798/2014- formulado contra el emplazamiento a los licitadores a una segunda apertura de ofertas económicas.

Sexto. Ahora bien, existe un límite a nuestra competencia respecto de la pretensión articulada por la recurrente como principal o "*a)*" de su súplica de que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Como hemos señalado en múltiples ocasiones (como en la reciente Resolución 146/2014), este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso de la mesa de contratación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b LRJ-PAC). Por ello debemos inadmitir dicha pretensión, por carecer de competencias para resolverla, sin perjuicio de nuestra plena competencia para conocer del recurso en lo atinente a la anulación del Acuerdo de adjudicación recurrido.

Séptimo. Con carácter previo conviene exponer las normas concretas reguladoras del procedimiento negociado, con especial referencia a la negociación del contrato. Así, en el artículo 151.3 del TRLCSP se advierte que en los procedimientos negociados la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato, señalándose en el artículo 169 que en el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. A continuación el artículo 176, bajo el epígrafe "*Delimitación de la materia objeto de negociación*", dispone que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se

determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas. Por último el artículo 178 del citado texto refundido, que se refiere a la negociación de los términos del contrato, señala:

"1. En el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible.

2. Los órganos de contratación podrán articular el procedimiento negociado en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

3. Durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

4. Los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa.

5. En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo."

En este marco, y en cuanto al fondo de la cuestión, y si bien ya hemos inadmitido la pretensión ejercitada como "a)", a mayor abundamiento, y por enmarcar el fondo del asunto, debemos indicar que el actor articula su recurso en torno a la pretensión de que se adjudique el contrato a la primera proposición que resulte más ventajosa: Así, por ejemplo, como ya hemos relatado en los Antecedentes, señala que "*ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN S.L, formuló la oferta económica de acuerdo a su estrategia comercial*

y bajo la premisa de que se trataba de una oferta definitiva," y que "*En puridad, tal y como establece el Pliego de Condiciones, el órgano de contratación tendría, que una vez abiertas y conocidas las ofertas económicas (supuestamente definitivas) de los licitadores, valorar directamente dichas ofertas conforme a los criterios de adjudicación, y adjudicar el contrato al licitador que ofreciese el precio más económico para Red.es"*

Pues bien, tal línea argumental carece del más mínimo soporte normativo y es contraria a la propia naturaleza del procedimiento negociado, que exige por definición una negociación sobre la primera proposición, e implica siempre que la primera realizada no será la definitiva: Así lo hemos dicho en numerosas Resoluciones, como la 50/2011, 231/2013, 453/2013, 145/2014 y 146/2014.

Por ejemplo, en la Resolución 231/2013 ya decíamos, y ahora reiteramos, que en el procedimiento negociado se exige la negociación: *"En nuestra Resolución 50/2011, de 24 de febrero, recogiendo la doctrina del Informe 21/97, de 14 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, ratificada en el Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, señalamos respecto de la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Publico, hoy TRLCSP, que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio, cuál será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 176 del TRLCSP, los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación*." Llegamos a decir en la 50/2011 que "del marco legal "*resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación";* Por ello, en aquel caso, en que no existía constancia la negociación y el contrato se había adjudicado directamente a la primera proposición más económica (precisamente, lo que aquí pretende con carácter principal el recurrente), anulamos la licitación.

Y que, por ello, el precio no puede quedar fijado inalterablemente en la oferta; así, seguíamos en las Resoluciones citadas: *"Por otro lado, con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto*

como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo 178 del TRLCSP no son equiparables a las proposiciones del artículo 145 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones."

Octavo. Fijado el marco anterior, debemos centrar la cuestión recordando que el recurrente se alza específicamente contra el requerimiento de formulación de una segunda oferta económica, y la consiguiente convocatoria a su apertura en acto público, tras haber puesto el órgano de contratación en conocimiento de todos los participantes las ofertas iniciales de todos ellos.

El actor comienza reprochando que dicha actuación no se ajusta a lo expuesto en los Pliegos de condiciones, por no estar prevista tal segunda apertura o, como dice el recurrente, los pliegos *"no configuran un sistema sucesivo de presentación de ofertas ni se hace referencia a sucesivas aperturas*"; Si bien reprocha también al pliego que "*en modo alguno establece qué se va a negociar, cómo se va a negociar, en cuantas fases consta la negociación, ni qué aspectos deben estar sometidos a reconsideración por parte de los licitadores dentro de los parámetros previamente determinados ni cualquier otra regla que permita a los licitadores conocer las reglas del procedimiento."*

Comenzando con el reproche dirigido a los pliegos, y aunque el actor no se dirige expresamente contra ellos, recordemos nuestra doctrina sobre la imposibilidad de su impugnación con ocasión de la impugnación de un acto de aplicación, salvo supuestos muy cualificados, si no han sido recurridos en tiempo y forma. Además y en todo caso, como resulta de nuestros Antecedentes, es incierto que los mismos no recojan el elemento más importante, que es la determinación del objeto de negociación, pues expresamente la cláusula 11 del PCP indica que será exclusivamente el precio.

En cuanto a que los pliegos no contemplaban la apertura pública de la oferta definitiva, aquí es donde puede apreciarse, en nuestro caso, que el PCP y el PCG no contemplan un procedimiento idéntico: la cláusula 3 del PCG parece implicar que la apertura de las ofertas iniciales no se hace en acto público (pues no lo menciona), sino que, tras la negociación, se procederá a la apertura pública de las ofertas definitivas, su clasificación

decreciente y a la adjudicación. Sin embargo, de la literalidad de la cláusula 12 del PCP, letra b) resulta evidente que las ofertas iniciales son abiertas en acto público, y, sin embargo, no se hace referencia a un segundo acto de apertura pública de las ofertas definitivas tras la fase de negociación. Es obvio que, aunque el PCP no contemple tal apertura pública de la oferta definitiva, sí lo hace el PCG, al que el primero se remite y que constituye también ley del contrato. Por tanto, el recurrente -que no recurrió tales pliegos en tiempo y plazo- no puede aducir ahora que le era imposible colegir que se iba a proceder a una apertura de la oferta definitiva en público.

Cierto es que ello constituye una articulación del procedimiento de fases sucesivas, pero el propio artículo 178.2 del TRLCSP ya citado lo permite, si se hace constar en los pliegos: Y, en nuestro caso, y aunque sería deseable mayor coincidencia entre los mismos, de la combinación de lo dispuesto en el PCG y PCP resulta tal doble apertura pública de proposiciones, a lo que debemos añadir nuestra reiterada doctrina sobre la flexibilidad que preside todo el procedimiento negociado. Así, en la Resolución 231/2013 citábamos el dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 21/97 y señalábamos que es el *"principio de flexibilidad derivado de la negociación lo que caracteriza a este procedimiento de adjudicación*".

Cierto es que al actuar así, el órgano de contratación ha prescindido de contactos directos y personales con cada licitador, pero ello no viene impuesto por la norma ni los pliegos; y si el órgano de contratación de da por satisfecho con la negociación consistente en la petición generalizada de reformulación de la oferta inicial a la vista de las demás ofertas, ello no es contrario ni a los pliegos en nuestro caso, ni a la regulación de este tipo de procedimiento, bajo un principio de flexibilidad.

Noveno. El recurrente hace un segundo tipo de reproche, consistente en la vulneración de la confidencialidad que supone dar conocimiento generalizado a todos los licitadores del importe de la oferta inicial de cada una de las empresas ofertantes.

Frente a ello, debemos señalar que los datos contenidos en la comunicación de 16 de septiembre de 2014 (identidad de las empresas participantes y oferta inicial de cada una de ellas) no eran distintos a los anunciados públicamente en el acto público de apertura del día 15 de septiembre de 2014, acto de apertura que estaba previsto en el PCP, y

contra el cual no hace reproche alguno el actor, lo que entendemos debería bastar para desestimar su alegación en este punto.

En todo caso, el PCG en la cláusula 2 -tampoco impugnada por el recurrente en tiempo y forma-, considera solo confidenciales, en particular, los secretos técnicos o comerciales, y en su caso, otros "aspectos" de la oferta, cuando así se indique expresamente por el licitador, lo que no ha ocurrido en nuestro caso.

Esta cláusula sigue la terminología del artículo 140 del TRLCSP -que sigue las Directivas en la materia-, que debe interpretarse, pues, en el mismo sentido de que la confidencialidad no abarca, en principio a toda la oferta, sino a algunos aspectos (sobre todo técnicos o comerciales) previa designación por parte del ofertante.

Del propio modo, el artículo 145.2 del TRLCSP no puede entenderse aplicable si estaba previsto en los pliegos -y no se impugnó- un acto de publicitación de las proposiciones económicas iniciales, como en nuestro caso.

Y, en cualquier supuesto, no resulta extraño a un procedimiento negociado en que el único objeto de negociación va a ser el precio, que los licitadores tengan como referencia el precio ofertado por los demás.

Décimo. Por último, la publicitación de su oferta económica inicial se pone en relación con una presunta infracción del principio de igualdad y no discriminación del artículo 178.3 del TRLCSP, y con un posible falseamiento de la competencia derivado de que se faciliten tales datos-a cuyo efecto menciona también el artículo 153-.

Es cierto que en nuestras Resoluciones (como la 453/2013) hemos destacado que *"no obstante la flexibilidad característica del procedimiento negociado, han de guardarse en la negociación los principios de transparencia e igualdad de trato y no discriminación, como expresamente lo señala el apartado 3 del artículo 178 del TRLCSP."*

Sin embargo, no encontramos en este supuesto, en que se han facilitado los mismos datos a todos los licitadores, infracción del principio de igualdad de trato; ni tampoco, por la misma razón, por qué se entiende que se han falseado las reglas de la competencia: La actora insiste en que, de haber sabido que su proposición inicial no era la definitiva,

hubiera seguido otra estrategia en su propuesta, pero ello solo puede reprochárselo a sí misma, pues ya hemos razonado que es de esencia del procedimiento negociado que la oferta inicial no sea la definitiva.

En fin, en Resoluciones como la 231/2013 y 324/2013 avalamos la conformidad a Derecho de la publicación de los datos de la oferta económica inicial antes de la -en aquel caso necesaria- valoración de la oferta técnica.

Por lo que entendemos que su recurso tampoco puede ser acogido en este punto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso 798/2014 presentado por D. A.L.C., en nombre y representación de ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN S.L., contra el Acuerdo de la Secretaria General de Red.es, de 16 de septiembre de 2014, en el que se emplaza a los licitadores a una segunda apertura de ofertas económicas, por tratarse de un acto de trámite no recurrible, así como el recurso 849/2014 respecto de su súplica, letra a), y en lo demás, desestimar el recurso 849/2014 interpuesto contra el Acuerdo de 3 de octubre de 2014 por el que se adjudica la contratación del servicio *"Estudio medición grado de Adaptación Infraestructuras de TDT por el Dividendo Digital"*, número de expediente 111/14-0T.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos 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 de la

Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.