



Recurso nº 411/2013

Resolución nº366/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 11 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.F.G., actuando en nombre y representación de COMERCIO ELECTRÓNICO B2B 2000, S.A., contra el acuerdo del órgano de contratación de la Entidad Pública RED.ES, de 16 de julio de 2013 por el que se excluyó del procedimiento de licitación relativo al Contrato de Servicios denominado “INTEGRACIÓN DE AGREGA2 EN LA WEB SEMÁNTICA Y SERVICIO DE PLATAFORMA SEMÁNTICA Y SOCIAL PARA EL REPOSITORIO DE CONTENIDOS EDUCATIVOS” Exp. 025/13-SV, convocado por la citada Entidad Pública, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 9 de abril de 2013 se envió por la Entidad Pública RED.ES al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), anuncio del procedimiento de licitación del contrato “INTEGRACIÓN DE AGREGA2 EN LA WEB SEMÁNTICA Y SERVICIO DE PLATAFORMA SEMÁNTICA Y SOCIAL PARA EL REPOSITORIO DE CONTENIDOS EDUCATIVOS”. Asimismo, se publicó el anuncio de la licitación en el perfil del contratante de la Entidad Pública y en la Plataforma de Contratación del Estado.

Segundo. El plazo de presentación de ofertas finalizó el 12 de junio de 2013, habiéndose presentado varios licitadores, entre ellos la aquí recurrente. Constituida la Mesa de Contratación y analizados los sobres que contenían las propuestas relativas a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (sobre 3), se constata y determina que la empresa COMERCIO ELECTRÓNICO B2B 2000, S.A., había incluido en el citado sobre 3, en el apartado 7 de su oferta técnica (apartado relativo a “Cronograma general del proyecto”), la siguiente información:

-Plazo de ejecución de la fase de Ingeniería Ontológica: 20 días.

-Plazo de ejecución de la puesta en marcha Plataforma: 67,76 días.

Ante esa información contenida en el citado sobre 3, la Mesa propone y el órgano de contratación acuerda, la exclusión de la aquí recurrente del procedimiento de licitación, por haber incumplido el apartado 6.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, al hacer figurar el licitador criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (sobre 4), en la propuesta relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (sobre 3). Acuerdo de 16 de julio de 2013, notificado en esa misma fecha, contra el que la entidad aquí recurrente, ha interpuesto el presente Recurso Especial en Materia de Contratación, mediante escrito con entrada en la Entidad Pública empresarial el 30 de julio de 2013.

Tercero. Recibido el escrito de impugnación en el Tribunal, se comunicó al órgano de contratación, reclamando el expediente administrativo, que fue remitido por el mismo, junto con el correspondiente informe, en el que se sustenta la legalidad de la exclusión del licitador recurrente.

Cuarto. Interpuesto el recurso, el Tribunal con fecha 7 de agosto de 2013, tal y como había sido solicitado por la sociedad recurrente, dictó resolución acordando la medida provisional de suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con los arts. 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/3011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Quinto. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores en fecha 7 de agosto de 2013 para que formularan las alegaciones que conviniesen a su derecho, habiendo evacuado este trámite la empresa EMERGYA INGENIERÍA, S.L.

A los anteriores antecedentes de hecho, son aplicables los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia. De acuerdo con el art. 41.1 del R.D.L 3/2011, este Tribunal es competente para conocer del Recurso Especial en Materia de Contratación, interpuesto por la parte recurrente.

Segundo. Legitimación. La ostenta la sociedad aquí recurrente, como licitador excluida del procedimiento de licitación (art. 42 del TRLCSP).

Tercero. Acto recurrible. El acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación adoptado por el órgano de contratación de la Entidad Pública RED.ES, de fecha 16 de julio de 2013, es un acto de trámite cualificado, por cuanto determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para el licitador afectado, tal y como se recoge expresamente en el art. 40.2, b) del TRLCSP, y apartado 2.1 del Pliego de Condiciones Generales del Contrato, que forma parte del expediente de contratación.

Cuarto. Plazos. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días (art. 44.2 del R.D.L. 3/2011)

Quinto. De fondo. El acuerdo de exclusión aquí recurrido, se fundamenta en que, la sociedad licitadora incluyó en el sobre 3, referente a la propuesta relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor, valores relativos a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, que debían ir exclusivamente en el sobre 4, por lo que se incumplió entre otros, el apartado 6.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas que dispone: "A los efectos del cumplimiento de lo establecido en los artículos 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2007, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el licitador no deberá incluir en los sobres 1, 2 o 3 información de la oferta que, de conformidad con el apartado 6.4 siguiente, sea valorada de forma cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas. En caso contrario, la oferta de dicho licitador no será tenida en cuenta en el presente procedimiento."

La recurrente, en su escrito de recurso formula las siguientes alegaciones:

-En la oferta incluida en el sobre 3, no se ha hecho mención explícita a información valorada de forma cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas, la cual va en el sobre 4.

-La recurrente considera fundamental incluir una planificación que recoja fases, tareas y tiempos y asignación de recursos, porque ello es fundamental para determinar, no sólo la ejecución de un trabajo concreto, sino la integración y coordinación del resto de iniciativas que RED.ES tenga en marcha.

-La recurrente considera que no se ha incumplido prohibición alguna, dado que no debe darse por supuesto por parte del órgano de contratación que el tiempo que figura en la planificación que se incluye en el sobre 3, se esté dando información de lo incluido en el sobre 4, puesto que el tiempo de ejecución que se ponga en el sobre 3 podría presentar una duración igual, mayor o menor de lo incluido en el sobre 4.

-La inclusión de referencias temporales en la programación de la documentación técnica (sobre 3) no implica que de la misma se pueda deducir, inferir o trasladar como información que hace referencia a información cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas.

-Y, finalmente, la postura de la recurrente está amparada por la resolución de 21 de junio de 2010 del Organismo Público Consorcio Asturiano de Servicios Tecnológicos.

La cuestión nuclear a decidir en el presente recurso administrativo, es si la información facilitada por la recurrente en el sobre 3 que contenía su propuesta, debía haberse incluido exclusivamente en el sobre 4, y el no haberlo hecho así, la propuesta contravenía lo dispuesto en los artículos 26 y 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y en la medida en que recogen el contenido de tales disposiciones en los Pliegos de contratación, como sostiene el acuerdo recurrido; o podía perfectamente ser incluida en el sobre 3 como sostiene la parte recurrente, y en su actuación no se infringía prohibición alguna. Para ello, hay que partir del apartado 10.1 y 2 del Pliego de Condiciones Particulares del Contrato. En el apartado 10.1 se detallan los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor que tienen un peso del 49% en la valoración total de la oferta. Y en el apartado 10.2 se detallan los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, que tienen un peso del 51% en la valoración total de la oferta. Entre estos

últimos criterios, se incluyen los relativos a la mejora en el plazo de ejecución de la fase Ingeniería Ontológica, a la mejora en el plazo de ejecución de la puesta en marcha de la Plataforma y la mejora del ANS de disponibilidad de la Plataforma. A su vez, según el Pliego de Condiciones Generales del Contrato, apartado 3. Procedimiento de Licitación y Criterios de Valoración de las Ofertas, se detalla que, en el sobre 3 se incluirá por los licitadores, la proposición relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor. Y en el sobre 4, se incluirá la proposición relativa a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Y es lo cierto que, la recurrente en el sobre 3, incluyó en el apartado 7 de su oferta técnica (apartado relativo a “Cronograma general del proyecto), la siguiente información, como ya se ha expuesto más arriba:

-Plazo de ejecución de la fase Ingeniería Ontológica: 20 días.

-Plazo de ejecución de la puesta en marcha Plataforma: 67,76 días.

Y con esa información, que debía ser incluida en el sobre 4 de su oferta, criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, la recurrente estaba incurriendo en la prohibición prevista en el apartado 6.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en concordancia con el apartado 6.1.3 del mismo Pliego, junto con el apartado 10.2 del Pliego de Condiciones Particulares.

Sexto. Es obvio que, la primera alegación de la recurrente acerca de que en el sobre 3 no se incluyó información cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas, no es atendible. Y ello porque la información facilitada referente a los plazos de ejecución de la Fase de Ingeniería Ontológica: 20 días, y de la puesta en marcha de la Plataforma: 67,76 días, es una materia que debía y debe incluirse exclusivamente en el sobre 4, sobre criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

La segunda alegación, sobre la inclusión de una planificación que recoja fases, tareas y tiempos y asignación de recursos, que para la recurrente es fundamental para la ejecución de un trabajo concreto, es una determinación unilateral de la propia recurrente, que para ella puede ser útil, pero que entra en contradicción con la determinación de los Pliegos de Condiciones Particulares y de Prescripciones Técnicas del Contrato, y que obligan tanto a la Administración contratante, como a los licitadores, por ser la ley del contrato. Y la alegación sobre que esa información del cronograma, facilita la integración

y coordinación del resto de iniciativas de la Entidad contratante, es una suposición o sustitución de la voluntad de dicha Entidad, y que el licitador no está legitimado a llevar a cabo, frente al contenido de los Pliegos que rigen el contrato y que expresan y reflejan la voluntad de la Administración Pública contratante, previa a la celebración del contrato.

La siguiente alegación acerca de que la información contenida en el sobre 3, el órgano de contratación no debe suponer que tiene que coincidir con la información que contenga el sobre 4, porque los plazos de ejecución pueden ser perfectamente distintos, aun pudiendo ser cierta esa discordancia, es lo cierto que, con esa información contenida en el sobre 3, se está infringiendo la prohibición impuesta en los Pliegos, y de la que se ha hecho referencia. Y esta fundamentación sirve igualmente para rechazar la siguiente alegación de la recurrente, acerca de que los plazos de ejecución que se han incluido en el sobre 3, no tienen por qué coincidir con la información sobre plazos que se deben incluir en el sobre 4, por lo que, una y otra información no tiene por qué ser igual.

El último argumento de la recurrente, es el criterio y postura sostenido en la resolución de 21 de junio de 2010 de la Presidencia del Consorcio Asturiano de Servicios Tecnológicos, que según ella, ampara su petición de anulación del acuerdo de exclusión de la licitación, aquí recurrido. Cabe señalar que el contenido de esa resolución se refiere a prestaciones adicionales, que pueden formular los licitadores en un concreto contrato de servicios, y cuyo contenido difiere del presente recurso, en el que se decide la legalidad del acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación de la recurrente, a la vista de la propuesta relativa a los criterios cuya valoración dependen de un juicio de valor (sobre 3) y los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (sobre 4), y la información contenida en el sobre 3, que debía figurar exclusivamente en el sobre 4, por lo tanto, no es trasladable al presente recurso, la anterior resolución. Y, por otra parte, estamos ante un mero criterio interpretativo por un órgano de una Administración Autonómica que no vincula a este Tribunal, por lo que, a efectos meramente dialécticos no tenemos que seguir el criterio interpretativo de esa resolución.

Séptimo. El acuerdo de 16 de julio de 2013 recurrido, se acomoda al Ordenamiento Jurídico, porque con la exclusión de la recurrente acordada, se aplican los principios propios de la contratación pública, de secreto de las proposiciones, igualdad de trato y no discriminación. Sirva como antecedente el criterio sostenido por este Tribunal en

anteriores resoluciones y aplicable igualmente en el presente recurso, la resolución nº 047/2012, de 3 de febrero de 2012, en la que se dijo: *“...Así, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no hayan cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la general, la sujeta a juicio de valor y la evaluable de forma automática, la documentación en este caso a incluir en el sobre 3 y referida al plazo de entrega de los informes mensuales o a determinadas acreditaciones que se han incluido en el sobre 2, haría que los técnicos, al realizar su valoración, dispusieran de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP. Ello supone también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 145.2 de la Ley citada, pues documentación o información que debiera de estar incorporada en el sobre 3, se conoce con anterioridad a la apertura del mismo.”*

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.F.G., actuando en nombre y representación de COMERCIO ELECTRÓNICO B2BB 2000, S.A., contra el acuerdo de 16 de julio de 2013 de la Entidad Pública Empresarial RED.ES, de exclusión del procedimiento de licitación del Contrato de Servicios denominado “INTEGRACIÓN DE AGREGA2 EN LA WEB SEMÁNTICA Y SERVICIO DE PLATAFORMA SEMÁNTICA Y SOCIAL PARA EL REPOSITORIO DE CONTENIDOS EDUCATIVOS”, Exp. 025/13-SV, por haber infringido, entre otros, el apartado 6.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, y no incurrir el acuerdo en vicio de ilegalidad alguno.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación producida por el acuerdo de este Tribunal de 7 de agosto de 2013, de conformidad con el art. 47.4 del R.D.L. 3/2011.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del presente recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el art. 47.5 del R.D.L. 3/2011.

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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.