



Recurso nº 739/2015 C.A. Galicia 94/2015

Resolución nº 719/2015

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

En Madrid, a 24 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.J.M.C., en representación de la UTE AMBULANCIAS DORADO-TRANSPORTE SANITARIO GALEGO, contra el acuerdo de 2 de junio de 2015 por el que se excluyó a dicha UTE de la licitación al lote nº 8 del contrato de *“Servicio de transporte sanitario urgente terrestre para la Fundación Pública de Urgencias Sanitarias de Galicia-061”* (expediente AB-FUS1-14-005), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia- 061 convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de Galicia el 26 de noviembre de 2014, licitación para la adjudicación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicio de transporte sanitario urgente terrestre, dividido en 14 lotes, y cuyo valor estimado es de 197.684.500 euros.

A la licitación del lote nº 8 concurrieron la UTE AMBULANCIAS DORADO-TRANSPORTE SANITARIO GALEGO y la empresa AMBULANCIAS BURELA, S.L.

Segundo. En reunión celebrada el 2 de junio de 2015 la Mesa de Contratación acordó excluir de la licitación del lote nº 8 del referido contrato a la UTE AMBULANCIAS DORADO-TRANSPORTE SANITARIO GALEGO, por haber incluido en la documentación del Sobre B (criterios no valorables de forma automática) información que debería haberse recogido en el Sobre C (criterios valorables de forma automática).

Dicho acuerdo fue notificado a la UTE el día 8 de junio de 2015.

Tercero. Con fecha de 18 de junio de 2015, y previo anuncio ante el órgano de contratación efectuado el 12 de junio de 2015, D. A.J.M.C., en representación de la UTE AMBULANCIAS

DORADO- TRANSPORTE SANITARIO GALEGO, interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión del 2 de junio de 2015

Cuarto. El 19 de junio de 2015 la UTE recurrente presentó escrito de ampliación del recurso solicitando la suspensión del procedimiento de contratación.

Quinto. El día 7 de julio de 2015 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el informe previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Sexto. El 14 de julio de 2015 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que formular alegaciones, habiendo evacuado el trámite conferido la empresa AMBULANCIAS BURELA S.L., que con fecha de 20 de julio de 2015 formuló alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso.

Séptimo. Con fecha de 14 de julio de 2015 la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, acordó concesión de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación respecto del lote nº 8, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio de Colaboración suscrito el 7 de noviembre de 2013 entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. El contrato objeto de recurso es un contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP que, por su importe, es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP.

Es objeto de recurso el acuerdo de exclusión de la UTE licitadora al lote nº 8 del contrato de referencia, acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero. Sin perjuicio de las consideraciones que, en atención a los concretos motivos de recurso, se efectuarán en el Fundamento de Derecho Octavo, ha de entenderse que la UTE recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP para la recurrir el acto de la Mesa de Contratación por el que se acuerda su exclusión de la licitación a uno de los lotes.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Quinto. Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, debe tenerse presente que el objeto de la impugnación es el acuerdo de exclusión de la UTE recurrente de la licitación del lote nº 8 del contrato que se considera, por lo que procede examinar si dicha exclusión fue o no ajustada a Derecho, algo sobre lo que, sorprendentemente, no se pronuncia la UTE recurrente, que, como posteriormente se examinará, centra toda su argumentación en la procedencia de excluir de la licitación a la empresa que ha resultado adjudicataria.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) aplicable a la licitación relaciona en sus cláusulas 5.4 y 5.5 los documentos que los licitadores debían incluir en el Sobre B (documentación relativa a los criterios no valorables de forma automática) y en el Sobre C (documentación relativa a los criterios valorables de forma automática).

En concreto, dispone la cláusula 5.4 del PCAP que el Sobre B):

“Contendrá los documentos acreditativos de la proposición no valorables mediante cifras, porcentajes o fórmulas. Así como cualquier documentación que justifique lo exigido en las prescripciones técnicas y en particular la requerida en el punto 1.17 del PPT.

En este sobre se incluirá la documentación justificativa de los aspectos señalados en la cláusula 6.5 de este Pliego como criterios no evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

Mejoras de las características de los vehículos clase B y C:

- Incorporación de sistemas de seguridad activa y pasiva no contemplados en el PPT.

- Otras mejoras mecánicas, tecnológicas o de equipamiento sanitario no contempladas en el PPT.

Mejoras de las características del servicio:

(...)

En este sobre B no se puede incluir información alguna que permita conocer la oferta económica ni los restantes criterios de valoración automática.

El incumplimiento de esta condición dará lugar a la exclusión de la oferta del procedimiento de adjudicación.”

Por su parte, la cláusula 5.5 del PCAP dispone que el Sobre C:

“Contendrá los documentos acreditativos de la proposición valorables mediante cifras, porcentajes o fórmulas que se recogen en el Anexo II del presente Pliego.

(...)”.

El PCAP prevé como criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas la oferta económica (50 puntos), la antigüedad de los vehículos titulares y sustitutos (15 puntos), y la disponibilidad de vehículos adicionales para realizar servicios de apoyo (5 puntos).

Pues bien, consta en el expediente de contratación remitido (página 18 del documento 15.4, Sobre B de la UTE AMBULANCIAS DORADO-TRANSPORTE SANITARIO GALEGO), y se recoge expresamente en el acta de la Mesa de Contratación de 2 de junio de 2015, que la UTE recurrente incluyó en su oferta (sobre B), la siguiente indicación:

“A continuación se expondrá la descripción de la flota de vehículos que se pondrán a disposición de la FPUSG-061 en caso de resultar adjudicatarios:

- a) Los vehículos 1, 4, 5, 6, 9 y 10 serán vehículos nuevos y los vehículos 2 y 3 tendrán menos de dos años de antigüedad; en todos los casos se cumple escrupulosamente el Pliego que nos ocupa”.*

Resulta indiscutible que la UTE recurrente incluyó en el Sobre B de su oferta información relativa a la antigüedad de los vehículos ofertados que, por constituir uno de los aspectos valorables mediante fórmulas, debía incluirse en el Sobre C. Y resulta también indiscutible que tal actuación llevaba aparejada, conforme a la cláusula 5.4 del PCAP, la exclusión de la licitación, consecuencia que, por otra parte, se ajusta a la doctrina de este Tribunal, que viene entendiendo (Resoluciones 147/2011, de 25 de mayo, o 215/2012, de 26 de septiembre, entre otras muchas), que incluir la oferta económica en un sobre distinto del que se indica, con carácter imperativo, en los pliegos, supone, *de facto*, conculcar el secreto de la proposición y coloca a la Mesa de Contratación ante una situación de conocimiento anticipado de la oferta, contraviniendo con ello la letra y el espíritu de las normas que rigen los procedimientos de licitación pública.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se ha pronunciado (dictamen 28/2012, de 20 de noviembre) respecto del mantenimiento del secreto y separación en sobre distinto de la documentación relativa a la oferta económica, declarando que:

“... el informe 62/08, de 2 de diciembre de 2008, y sobre la base de los principios de no discriminación e igualdad de trato consagrados en los artículos 1 y 123 de la LCSP (actual TRLCSP) señala: ‘Estas exigencias requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato.’

Pues bien, precisamente las cautelas que, habitualmente se establecen en los pliegos de cara a la valoración de los criterios técnicos (se entiende que en los casos en que los mismos no son susceptibles de valoración mediante la simple aplicación de una fórmula) tienen por objeto como ya se ha dicho mantener la máxima objetividad posible en la valoración. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de parte de los licitadores solamente, a desigualdad en el trato de los mismos.

Frente a ello la única solución es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas en forma que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto al secreto de las mismas.”

En el mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón en su informe 12/2013, de 22 de mayo, con arreglo al cual *“La inclusión de información sobre la oferta evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor, infringe los principios de igualdad de trato y no discriminación, y conlleva la exclusión del licitador”*; e, igualmente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña (Comisión Permanente) en su informe 8/2014, de 11 de abril, en el que concluye que *“el conocimiento efectivo del contenido de la documentación que tiene que ser objeto de valoración en un momento anterior al previsto en la normativa de contratación pública, derivado de su inclusión incorrecta en los diferentes sobres por parte de las empresas licitadoras, tiene que comportar la exclusión de éstas del procedimiento de licitación.”*

A este respecto (inclusión de documentación de criterios evaluables mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor) el Tribunal viene entendiendo (por todas, Resolución 828/2014, de 7 de noviembre), que *“lo que el TRLCSP pretende al disponer que ‘la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia (...)’ (artículo 150.2 in fine), no es otra cosa sino garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de estos criterios no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se haya atribuido por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas”,* concluyendo que la exclusión está justificada, *“habida cuenta de que los documentos incluidos indebidamente no eran datos ya conocidos o cuyo conocimiento a destiempo fuera irrelevante, sino elementos esenciales de la proposición del licitador.”*

Pues bien, en aplicación de la citada doctrina, y teniendo en cuenta que la UTE recurrente incluyó en el Sobre B información relevante y hasta entonces desconocida para la Mesa de Contratación (la antigüedad de los vehículos ofertados), que constituye uno de los criterios

valorables de forma automática (sobre C), hay que concluir que su exclusión de la licitación al lote nº 8 fue plenamente ajustada a Derecho.

Séptimo. Como ya se ha indicado, la UTE AMBULANCIAS DORADO-TRANSPORTE SANITARIO GALEGO no efectúa en su recurso ninguna argumentación tendente a desvirtuar la decisión de exclusión que supuestamente constituye el objeto del recurso.

Por el contrario, fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

- a) Procedencia de que la Mesa de Contratación hubiera acordado la exclusión de la empresa adjudicataria del lote nº 8, AMBULANCIAS BURELA S.L., por haber incluido indirectamente en el Sobre B datos relativos a los criterios de valoración automática que deberían haberse recogido en el sobre C).
- b) Trato discriminatorio de la UTE recurrente respecto de la empresa adjudicataria, que debió haber sido excluida por motivos análogos y no lo fue.
- c) Falta de validez de los certificados aportados por AMBULANCIAS BURELA S.L., por no estar el carrocerero que los suscribe autorizado para emitirlos al tiempo de su expedición.
- d) Defectos de redacción del PCAP, que exige anticipar el carácter de nuevos de los vehículos ofertados, circunstancia que debería incluirse en el Sobre C y no en el Sobre B.
- e) Incumplimiento del requisito de solvencia (clasificación) por parte de la empresa AMBULANCIAS BURELA, S.L., por no haber efectuado el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2013 en el Registro Mercantil.

Sin perjuicio de que ninguno de los referidos motivos de recurso pueda prosperar por razones de fondo, el Tribunal debe apreciar la falta de legitimación de la UTE recurrente para plantear dichos motivos, y ello por haber quedado confirmada su exclusión de la licitación al lote nº 8 en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente resolución.

Octavo. Efectivamente, es doctrina reiterada del Tribunal (por todas, resoluciones 779/2014, de 24 de octubre, y 950/2014, de 18 de diciembre) la que sostiene que el excluido del procedimiento de contratación carece del interés exigible en el artículo 42 del TRLCSP, con arreglo al cual *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de*

contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso". Ese derecho o interés legítimo no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial. Estas consideraciones se predicán de quienes no han intervenido en el procedimiento de contratación como licitadores, y también, lógicamente, de quienes, como nos ocurre en el presente caso, han sido excluidos del procedimiento, que lo único que pueden exigir en el seno de ese procedimiento es la revisión de la resolución de exclusión, sin que puedan accionar frente a otro tipo de actos dictados en ese procedimiento del que se encuentran excluidos.

En este sentido, constituye doctrina consolidada del Tribunal desde su constitución que *"es requisito para estar legitimado para impugnar la adjudicación de un contrato, no haber sido excluido de la licitación"* (Resolución 619/2014, de 8 de septiembre). En la misma línea, se afirmó en la Resolución 535/2014, de 8 de septiembre, que *"confirmada la exclusión de la recurrente de la licitación, ésta carecería, asimismo, de legitimación para recurrir contra la adjudicación definitiva del contrato, al no tener ninguna posibilidad de resultar adjudicataria del mismo."* Y en la Resolución 339/2014, de 30 de abril, se afirma que *"En esta tesitura, es forzoso colegir que la recurrente no ostenta legitimación para impugnar la adjudicación, pues sólo cabe apreciar aquélla cuando la estimación del recurso genera algún beneficio o provecho para el recurrente (cfr.: Resoluciones de este Tribunal 105/2011, 212/2011, 169/2012 y 184/2012, entre otras), y ni lo uno ni lo otro puede obtener quien, como la recurrente, ha sido excluida del procedimiento de licitación (cfr.: resoluciones de este Tribunal 290/2011, 226/2012, 53/2013, 89/2013, 325/2013, 238/2014 entre otras)" (...)* No es posible dejar de citar aquí las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2012 (STS 2379/2012): *'Una vez que el recurrente fue excluido del procedimiento de contratación y consintió dicha exclusión, se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carecía de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo'.*"

Así las cosas, y dado que la UTE recurrente acciona formalmente contra el acto de la Mesa de Contratación de 2 de junio de 2015 por el que se acordó su exclusión de la licitación del lote nº 8, pero invoca, *de facto*, motivos de recurso que, a su juicio, deberían haber impedido la adjudicación del lote a favor de la empresa que ha resultado adjudicataria del mismo, procede apreciar la falta de legitimación de la UTE recurrente, correctamente excluida de la licitación, y declarar la inadmisión del recurso.

Noveno. Aunque las consideraciones que anteceden harían innecesario cualquier pronunciamiento sobre el fondo, cabe añadir, a efectos meramente dialécticos, que los motivos de recurso aducidos por la UTE recurrente no resultan atendibles:

1.- En cuanto a la procedencia de que la Mesa de Contratación hubiera acordado la exclusión de la empresa que ha resultado adjudicataria del lote nº 8, AMBULANCIAS BURELA S.L., por haber incluido indirectamente en el Sobre B datos relativos a los criterios de valoración automática que deberían haberse recogido en el sobre C), la UTE recurrente fundamenta su argumentación en la circunstancia de que, al exigir la cláusula 6.5.1 del PCAP para la valoración de la mejora relativa a la *“incorporación de pruebas y sistemas de seguridad activa y pasiva no contemplados como requisitos mínimos en el PPT”*, la *“homologación de pruebas de superación de choque frontal y vuelco”*, dicha homologación ha de realizarse por un organismo independiente, aplicando la norma UNE EN1789:2007+A1:2010. Y dado que AMBULANCIAS BURELA, S.L. presentó ensayos de test de choque frontal y vuelco de agosto de 2013, las homologaciones de los vehículos sanitarios a los que se aplicó el mencionado test tienen que ser, entiende la recurrente, posteriores a agosto de 2013, por lo que, concluye, los vehículos a los que se refiere dicha homologación deben tener una antigüedad inferior a dos años. En consecuencia, los vehículos ofertados por la adjudicataria tenían que tener forzosamente la consideración de vehículos nuevos, a efectos del PCAP. Y a partir de tales deducciones concluye la UTE recurrente que la empresa adjudicataria del lote nº 8 incluyó indirectamente en el sobre B) información relativa a criterios de valoración automáticos que deberían haberse incluido en el sobre C), existiendo a su juicio discriminación por el hecho de que la adjudicataria no haya sido excluida de la licitación y la UTE recurrente sí.

El Tribunal comparte en este punto los razonamientos del órgano de contratación, que señala que la normativa aplicable (el Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo) estableció en

su disposición transitoria un plazo de cinco años tras el que todas las ambulancias en servicio debían cumplir la norma UNE EN-1789, admitiendo la posibilidad de reformar vehículos antiguos bajo las condiciones de los ensayos de homologación realizados con posterioridad a la matriculación, por lo que deducir la fecha de matriculación (y, por tanto, la antigüedad del vehículo), a partir de la fecha de ensayo indicado en el certificado de conformidad de la Norma UNE EN-1789 es completamente erróneo. En suma, un vehículo en funcionamiento puede ser carrozado cumpliendo los requisitos establecidos en el PCAP.

Sin perjuicio de lo anterior, los alambicados razonamientos de la UTE recurrente no impiden apreciar que no existe término de comparación posible entre su actuación (la inclusión expresa de información valorable de forma automática en el Sobre B, con claro incumplimiento de los Pliegos) y la de la UTE recurrente, que se ha limitado a justificar, con arreglo al PCAP, una de las mejoras por ella ofertadas (sin incluir en el Sobre B) ningún documento o información propio del sobre C).

Todo ello excluye la discriminación invocada por la recurrente.

2.- La invocada falta de validez de los certificados aportados por AMBULANCIAS BURELA S.L., por no estar el carrocerero que los suscribe autorizado para emitirlos al tiempo de su expedición, queda desvirtuada con la acreditación de que dicho carrocerero se encuentra debidamente certificado por un laboratorio independiente, en los términos y con el alcance que constan en el documento nº17 del expediente remitido por el órgano de contratación.

3.- En cuanto a los supuestos defectos de redacción del PCAP que, según la recurrente, exigen anticipar el carácter de nuevos de los vehículos ofertados, circunstancia que debería incluirse en el Sobre C y no en el Sobre B, cabe dar por reproducidas las consideraciones anteriores, sin perjuicio de que, como también alega el órgano de contratación, tales defectos deferían haberse puesto de manifiesto en tiempo y forma a través de la correspondiente impugnación del PCAP, que al no haber sido recurrido deviene la *lex contractu*, implicando la presentación de ofertas por los licitadores la aceptación incondicionada de sus contenido, sin salvedad o reserva alguna (artículo 145.1 del TRLCSP).

4.- Por último, y en cuanto al supuesto incumplimiento del requisito de solvencia (clasificación) por parte de la empresa AMBULANCIAS BURELA, S.L., por no haber efectuado el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2013 en el Registro Mercantil (motivo que se desarrolla extensamente en el escrito de ampliación del recurso), se ha de indicar que, conforme a lo dispuesto en los artículos 4 y siguientes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, la falta de presentación en plazo de las cuentas anuales no determina la pérdida automática de la clasificación, que tiene una vigencia indefinida, sino, en su caso, la incoación de un expediente de revisión de oficio de la clasificación, resultando acreditado (documento 18 del expediente de contratación remitido) que la empresa adjudicataria aportó, dentro del plazo de presentación de proposiciones, certificado del Subdirector General de Clasificaciones y Registro de Contratistas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y certificado de inscripción en el Registro de Contratistas de la Comunidad Autónoma de Galicia de los que se desprende que dicha empresa posee la clasificación requerida en el PCAP, por lo que la actuación de la Mesa de Contratación fue ajustada a Derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, de acuerdo con las consideraciones efectuadas en los Fundamentos de Derecho Sexto y Octavo de la presente resolución, el recurso interpuesto por D. A.J.M.C., en representación de la UTE AMBULANCIAS DORADO-TRANSPORTE SANITARIO GALEGO, contra el acuerdo de 2 de junio de 2015 por el que se excluyó a dicha UTE de la licitación al lote nº 8 del contrato de *“Servicio de transporte sanitario urgente terrestre para la Fundación Pública de Urgencias Sanitarias de Galicia-061”*.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento de contratación acordada respecto del lote nº 8, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.