



Recurso nº 1079/2015 C.A. Principado de Asturias 67/2015

Resolución nº 1082/2015

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

En Madrid, a 27 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. R.G.B., en nombre y representación de la entidad SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (en adelante SICE), contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “*Servicios de conservación e instalación del sistema centralizado de control de tráfico*” (expediente 0037265/2014BIS) licitación convocada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón anunció en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Estado de 2 de junio de 2015 la licitación pública, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la contratación del contrato de servicios antes referido, sujeto a regulación armonizada y con un valor estimado que asciende a 7.580.296,24 euros.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Una vez iniciada la licitación, la Mesa de Contratación dicta propuesta de adjudicación, en sesión de 22 de septiembre de 2015, a favor de la UTE constituida por las empresas EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL, S.A. y ETRALUX, S.A. Resolución que es notificada a la empresa SICE el día 1 de octubre de 2015.

En la propuesta de adjudicación se recoge la valoración realizada por un informe técnico con posterioridad a la apertura del Sobre B, que contiene la documentación sujeta a valoración mediante juicio de valor. Evacuado el informe, se acuerda la exclusión de aquellas empresas cuyas ofertas no alcanzan el mínimo exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y en el Cuadro de Características Particulares (en adelante CCP). La puntuación obtenida en la valoración realizada mediante criterios subjetivos por las empresas no excluidas sería la siguiente: TELVENT, 18 puntos; INDRA, 22 puntos; SICE; 30 puntos; y ESYCSA-ETRALUX, 16 puntos.

Acto seguido se procedió a la apertura del Sobre C, que contiene la documentación a valorar mediante criterios objetivos, y su puntuación, sumada a la anterior, da lugar al siguiente resultado final: ESYCSA-ETRALUX, 77,65 puntos; SICE, 75,92, puntos; TELVENT, 59,30 puntos; e INDRA, 29,49 puntos.

Hay que señalar que el punto duodécimo del CCP establece la documentación técnica a aportar dentro del Sobre B. Dentro de dicha documentación es significativa, a los efectos del presente recurso, la siguiente: *“4.- Memoria indicando la organización de medios materiales que se utilizarán para realizar los trabajos de mantenimiento, conservación, reparación, modificación y ampliación de las instalaciones así como las propuestas encaminadas a conseguir una mayor eficacia en la utilización de los elementos materiales dedicados al contrato.”* La organización de los elementos materiales es valorada, como criterio subjetivo, según el punto decimosexto del CCP, hasta con 4 puntos.

Por otro lado, en el Sobre C, que habrá de contener la documentación sujeta a valoración de criterios objetivos, se introducirá el modelo de proposición económica que se une al CCP. El punto decimosexto establece, como criterio objetivo, hasta diez puntos a asignar a los mayores medios materiales. Prevé expresamente que se valorarán las mejoras introducidas en la oferta sobre los vehículos mínimos exigidos en el artículo 58 del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante PCT), dando 5 puntos por cada vehículo que supere los mínimos exigidos en el Pliego Técnico.

Finalmente señalar que en la propuesta de adjudicación, dentro del apartado dedicado al análisis de las ofertas económicas de los licitadores se dice que *“en el apartado de*

organización de medios materiales, tanto en la oferta de TELVENT como en la de ESYSCSA-ETRALUX, se indica que los dos vehículos ofertados son una furgoneta y un turismo a disposición del responsable técnico. El turismo no se corresponde con ninguno de los tipos de vehículos (camión grúa, furgón o furgoneta) mínimos exigidos en el Pliego Técnico y no se estima su valoración.“

Cuarto. El día 15 de octubre de 2015, después de solicitar el día 9 determinada información, se interpone por la empresa SICE el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación.

Quinto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación, habiéndose dado plazo de alegaciones por cinco días a las empresas licitadoras. Únicamente ha hecho uso del trámite conferido la empresa adjudicataria, la UTE ESYCSA-UTRELUX.

Sexto. Por resolución de 29 de octubre de 2015, la Secretaría de este Tribunal dictó, de manera delegada, resolución por la que se acordaba mantener la suspensión automática del procedimiento de contratación hasta que se acuerde su levantamiento mediante la resolución que se dicte en el presente recurso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 45, 46.3 y 47 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el BOE del día 28 de octubre de 2013.

Segundo. Se recurre el acuerdo de adjudicación dictado en procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que nos

encontramos ante un acto recurrible por esta vía de conformidad con lo establecido en los artículos 16.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP. Asimismo, se han cumplido las prescripciones de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La empresa recurrente, dada su condición de licitadora, ostenta legitimación activa para la interposición del recurso en base a lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, el cual afirma que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Cuarto. La empresa SICE transcribe en su escrito de recurso las cláusulas del PCAP, CCP y PCT, así como aquellos puntos de la propuesta de adjudicación en las que funda su recurso, pudiendo sintetizarse su argumentación en pro de la estimación de su recurso en el siguiente aserto: tanto la UTE ESYCSA-ETRALUX como otras licitadoras (TELVENT) han aportado en el Sobre B datos correspondientes a la valoración de los criterios objetivos, que como tales solo han de obrar en el Sobre C.

De este modo, se continúa diciendo, se han cuantificado los vehículos que suponen “mayores medios materiales” en el apartado de “organización de medios materiales”, el cual se explicaba en la memoria descriptiva exigida por el punto decimosegundo del CCP. El PCT exigía un compromiso de 7 vehículos a aportar en el contrato de servicios, sin embargo, la adjudicataria ofertó 8 vehículos en el Sobre B, cuando el incremento de vehículos debía realizarse en el Sobre C como mejora.

Por consiguiente, se incluye información evaluable mediante criterios objetivos en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor, lo que infringe el principio de igualdad de trato y no discriminación. Lo dicho conlleva, en consecuencia, la exclusión del procedimiento de la adjudicataria y las otras licitadoras que actuaron de igual forma.

Se dice también que el órgano de contratación incurrió en arbitrariedad por no excluir a las empresas que incumplieron lo dispuesto en los Pliegos, conforme a las exigencias del artículo 145 y 150.2 del TRLCSP, así como el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

Quinto. Por otro lado, el órgano de contratación en su informe, defiende la adjudicación propuesta. Mantiene que resulta comprensible que las empresas incluyan en su oferta técnica la totalidad de los medios que destinarán a la prestación del servicio, pues el objeto de una de las memorias a aportar consiste en la descripción de la organización de los medios materiales. También se dice que dichos medios fueron incluidos en sus ofertas técnicas por la totalidad de los licitantes con excepción de INDRA y la sociedad recurrente.

La mención de los datos no supuso en ningún momento el conocimiento de la oferta económica del licitador, y de hecho, estos ni siquiera fueron valorados una vez examinado el contenido del Sobre C. Por tanto, en ningún momento pueden ser considerados como reveladores o condicionantes de la adjudicación, ni han producido desigualdad. En la valoración de la memoria se atendió a la forma en que los medios materiales eran organizados por los licitadores, y si dicha organización era la adecuada para satisfacer las necesidades descritas en el Pliego.

Todo ello sin olvidar que la empresa recurrente fue la que obtuvo la máxima puntuación en la valoración de la oferta técnica (30 puntos), y que a la adjudicataria en el apartado de “mayores medios materiales” sólo se le otorgó en la valoración mediante criterios objetivos 5 puntos de los 10 previstos. De lo dicho se deduce que el descuento ofrecido en la oferta económica ha sido el elemento determinante de la adjudicación y no las mejoras de la propuesta.

Sexto. Por otro lado, la empresa adjudicataria en el escrito de alegaciones, después de transcribir la integridad de los puntos de los Pliegos relativos al contenido de los Sobres, así como los correspondientes a los criterios de adjudicación, defiende su propuesta afirmando en síntesis, que la mención en el Sobre B de todos los vehículos ofertados se debió a que estos fueron los que se estimaron los necesarios para la correcta y adecuada ejecución del contrato.

Que de hecho el vehículo propio adscrito a la UTE para el exclusivo uso del jefe de obra, no constituye ninguna mejora en sí, sino que se aporta como medio necesario para que la adjudicataria pueda ejecutar el contrato de manera ajustada al Pliego.

También se defiende que los vehículos incluidos en el Sobre C como mejora son distintos a los incluidos en la oferta técnica, que si constituyen mejora al ofrecerlos como vehículos a disposición de los técnicos municipales, aunque solo uno de ellos fuera valorado por el Ayuntamiento, recibiendo 5 puntos sobre un total de 10.

Séptimo. Examinadas las consideraciones anteriores, se observa que la cuestión objeto de este recurso queda limitada, únicamente, a ponderar si la inclusión de más vehículos de los mínimamente exigidos en la memoria descriptiva de la organización de los medios materiales puede considerarse como un incumplimiento de lo dispuesto en el TRLCSP y en los reglamentos dictados en su desarrollo. Según la recurrente al incluir en la parte de la oferta a valorar mediante juicio de valor, elementos propios de la parte a valorar mediante fórmulas o criterios automáticos, se anticipa su toma de conocimiento de manera ilícita atentando contra el principio de igualdad y no discriminación.

Sobre la cuestión objeto de este recurso han sido múltiples las resoluciones dictadas por este Tribunal, destacamos, por recientes, la Resolución 196/2015, de 27 de febrero, donde se recogía la doctrina consignada en la Resolución 688/2014, de 23 de septiembre, en aplicación del artículo 150.2 del TRLCSP, en su fundamento de derecho décimo.

En el citado fundamento se decía que en relación con esta cuestión, este Tribunal mantiene una elaborada doctrina, resumida en las Resoluciones números 22/2013 y 27/2013, ambas de 17 de enero, 062/2013, de 6 de febrero, y 291/2013, de 17 de julio.

Así se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (Resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (Resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (Resoluciones 14/2010 y 233/2011).

En nuestra Resolución 95/2012 trajimos a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expone que *"el Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes"*.

De este modo, en el proceso de adjudicación de un contrato, en una primera fase se analizan los requisitos de capacidad y solvencia de las personas físicas o jurídicas que han presentado oferta (características de la empresa), y una vez que se entienden cumplidos estos requisitos, se declara la admisión de los licitadores en el procedimiento; siendo el trámite siguiente el que consiste en el análisis de los criterios de adjudicación (características de la oferta), que concluye, en términos generales, con la resolución de adjudicación del contrato a uno de los licitadores.

Pues bien, en este sentido, tal y como este Tribunal ha señalado en su Resolución 67/2012 de 14 de marzo, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones (características de la oferta) antes de que se celebre el acto público de apertura, rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario tanto a lo previsto en el artículo 160 del TRLCSP, que dispone, *"en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos"*, como a lo señalado en el artículo 145 del TRLCSP de conformidad con el cual *"las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública"*.

Así concluíamos que *"debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión del/licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate"*.

En lo referente a la inclusión de los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas en el sobre de acreditación del cumplimiento de requisitos previos al que se refiere el artículo 146 del TRLCSP, en nuestra Resolución 147/2011, de 25 de mayo, pusimos de manifiesto que tal inclusión supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella. Ya en esa Resolución dijimos que la situación descrita hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas.

En fin, en nuestra Resolución 62/2013, y respecto del supuesto de inclusión de documentación de criterios evaluables mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor, señalamos 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 influye 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.

La voluntad del legislador tiene como fundamento el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Tal propósito se materializa en el artículo 150.2 del TRLCSP disponiendo que *"las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada"*, y estableciendo por ello el

artículo 26 del RD 817/2009 que "la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos".

En fin, el razonamiento del legislador queda complementado con lo dispuesto en el artículo 30.2 del mismo Real Decreto 817/2009 a cuyo tenor *"en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor".*

Esto no obstante la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal" (Resolución 233/2011).

En efecto, la jurisprudencia mayor y menor ha declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplieran las prescripciones técnicas.

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres número 1 o número 2 de documentos correspondientes al sobre número 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se



exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres podrá en todo caso constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su reciente Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: *"Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato."*

Octavo. La falta de automatismo en la aplicación de la exclusión, y su carácter no absoluto, a la vista de la doctrina antes expuesta, da lugar a que, ante las circunstancias concurrentes en el presente recurso, este deba ser desestimado. Y ello, fundamentalmente, porque el posible error ocurrido en la oferta presentada por la adjudicataria es intrascendente y carece de virtualidad suficiente para vulnerar los principios que trata de salvaguardar la doctrina sentada en aplicación de la legislación vigente.

Por eso, al igual que resolvimos en la Resolución 1053/2014 de 30 de enero de 2015, hemos de considerar que el dato incluido en el sobre B, aun pudiendo considerarse efectivamente como una mejora (hecho negado por la empresa adjudicataria por otra

parte), resulta irrelevante y en modo alguno determinante de la adjudicación. En efecto, no solo es que la oferta técnica de la adjudicataria fuera escasamente valorada, sino que el vehículo ofrecido en ella por encima del número mínimamente exigidos puede coincidir, o no, con el incluido en la oferta técnica, siendo además, desechado por el órgano de contratación que no lo valoró, pues no correspondía con los modelos de vehículos que eran requeridos por el PPT.

Todo ello ha de sumarse al hecho de que, como bien señala el órgano de contratación, los Pliegos exigían que dentro de la oferta técnica se describiera la organización de los medios materiales, lo que implica inevitablemente aludir a los vehículos ofrecidos, cualquiera que fuera su número, tal y como hicieron el resto de licitadores, con la sola excepción de las empresas INDRA y SICE.

Por consiguiente, el posible defecto o error no condicionó en modo alguno la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, por lo que en consecuencia debe confirmarse la propuesta de adjudicación impugnada.

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^a R.G.B., en nombre y representación de la entidad SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (en adelante SICE), contra la propuesta de adjudicación del contrato de “*Servicios de conservación e instalación del sistema centralizado de control de tráfico*” (expediente 0037265/2014BIS) dictada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de acuerdo con 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 del Principado de Asturias, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.