



Recurso nº 1148/2017

Resolución nº 1210/2017

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. M.G.G. en representación de “SIT CONSULTING, SLU”, en adelante SIT CONSULTING, contra su exclusión del procedimiento de licitación correspondiente a la *“contratación de los servicios web de comunicación mediante envío de mensajes SMS para ASEPEYO, Mutua colaboradora con la Seguridad Social núm. 151”*, expediente CP076/2017, de fecha 24 de octubre de 2017; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de julio de 2017 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público del 2 de julio de 2017, la Subdirección General de Medios de ASEPEYO, Mutua colaboradora de la Seguridad Social núm. 151, convocó licitación pública, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la adjudicación del contrato de los servicios web de comunicación mediante envío de mensajes SMS con número de expediente CP076/2017. El valor estimado se fijó en 255.000 €, habiendo presentado oferta, entre otras empresas, la recurrente SIT CONSULTING.

Segundo. Finalizado el proceso de licitación, por acuerdo del órgano de contratación de fecha 24 de octubre de 2017, siguiendo la propuesta de la Mesa de Contratación, se excluyó a la empresa SIT CONSULTING de la licitación sin valorar su oferta por incluir en el sobre número 2, referido a criterios de valoración evaluables mediante juicio de valor, la velocidad de salida de los sms/segundo, dato a incluir y valorar como criterio de adjudicación automático mediante fórmula en el sobre 3. En el mismo acuerdo se



adjudica el contrato a LLEIDANETWORKS SERVEIS TELEMATICS, S.A., por ser su oferta la mejor valorada conforme los criterios de adjudicación contenidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que ha de regir la licitación.

Tercero. Contra dicho acuerdo SIT CONSULTING interpone el presente recurso especial en materia de contratación por considerar que es disconforme a Derecho su exclusión del proceso de licitación. En concreto, considera que en el anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) que rige la contratación, en concreto, en su punto 5.2, bajo el título “Requerimientos técnicos”, se fija una velocidad mínima de salida de los sms, indicando que nunca podrá ser inferior a los 50 sms por segundo. Habida cuenta que entre el contenido del sobre 2, conforme previene el apartado 9.2 de los PCAP, se encuentra la documentación que justifique el cumplimiento de los requisitos técnicos, considera la recurrente que la inclusión de este dato obedeció únicamente a la necesidad de hacer constar el cumplimiento de un requerimiento técnico que, con carácter de mínimo, se exige en los Pliegos. Por este motivo, aun cuando la velocidad de salida de los sms por segundo se contemple como criterio de adjudicación no sometido a juicio de valor en el apartado 7.1.3 de los PCAP, considera que su oferta no debió ser excluida.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó informe en el que solicita la desestimación del recurso. Considera Asepeyo que el Pliego es claro tanto en delimitar el contenido del sobre 2 como en fijar la velocidad de salida de sms por segundo como un criterio de adjudicación aplicable mediante fórmula. A tal efecto, es cierto que el Pliego contiene un requerimiento técnico mínimo en el sentido de no admitir ofertas que no superen una velocidad de salida de 50 sms por segundo, pero este mínimo no puede servir al licitador para incluir la velocidad de sms en el sobre 2 en lugar de en el 3, en el que por indicación del Pliego habrá de incluirse la proposición económica y los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas automáticas (apartado 9.3 del PCAP). A tal efecto entre los criterios de adjudicación automáticos el Pliego contempla la velocidad de salida de sms por segundo en su apartado 7.1.3. Habiendo SIT CONSULTING indicado en el sobre 2 no ya que su velocidad de salida de sms superase el mínimo exigido en los Pliegos, sino que la velocidad que ofrece es en concreto de 120 sms por segundo, es claro que ha anticipado al sobre 2 un criterio de



valoración automática que debe determinar la exclusión del licitador en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 150 del TRLCSP, que exige la valoración separada y sucesiva de ambos tipos de criterios de adjudicación.

Quinto. En fecha 27 de noviembre de 2017 la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las empresas licitadoras que habían presentado oferta para la adjudicación del contrato con objeto de que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41, apartado 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. En lo que se refiere a la legitimación para recurrir, el artículo 42 del TRLCSP establece que: *“podrá interponer 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”*. Habiendo interpuesto el recurso la empresa excluida de la licitación en virtud del acuerdo recurrido, su interés y legitimación es indiscutible.

Tercero. Se recurre el acuerdo por el que se excluye de la licitación a la recurrente, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con el art. 40.2, b) del TRLCSP, al referirse a uno de los contratos indicados en el apartado b) del art. 40.1 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en plazo. Asimismo, se han cumplido todas las prescripciones formales establecidas en el art. 44 del TRLCSP.

Quinto. Tal y como ha quedado expuesto en el hecho tercero de esta Resolución, SIT CONSULTING considera que el acuerdo por el que el órgano de contratación ha



acordado su exclusión del proceso de licitación es disconforme a Derecho por cuanto si bien ha incluido en el sobre 2 (referido a la propuesta técnica) los datos de uno de los criterios de adjudicación aplicables mediante fórmulas, ello obedece a que debía acreditarse en el sobre 2 el cumplimiento de un mínimo exigido en los Pliegos –en concreto, una velocidad mínima de 50 sms por segundo- lo que unido a que el Pliego no impide en ninguno de sus apartados que esta información se incluyera en el sobre 2, debe conducir a la íntegra estimación del recurso con anulación del acuerdo de exclusión recurrido.

A ello, por el contrario, se opone el órgano de contratación alegando que la anticipación por la recurrente de uno de los criterios de adjudicación aplicables mediante fórmulas al sobre 2, destinado a incluir los criterios de valoración sometidos a juicio de valor, supone un claro incumplimiento del art. 150 TRLCSP.

Al respecto hemos de comenzar indicando que de existir criterios de valoración sometidos a juicios de valor, y valorables mediante fórmula, como es el caso del proceso de licitación objeto de esta Resolución, su valoración ha de hacerse de forma sucesiva y no conjunta. El artículo 150.2 del TRLCSP dispone a estos efectos 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, dejándose constancia documental de ello”*, norma que reitera el art. 26 del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, al disponer con total claridad 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”*.

A estos efectos, como ya señalábamos en nuestra resolución 372/2014, de 9 de mayo, recurso 301/14 y 47/2012 de 3 de febrero, recursos 18 y 19/2012; el artículo 1 del TRLCSP establece entre sus fines el de garantizar el principio de “no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”. En el mismo sentido, el artículo 139 de la citada Ley señala que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un*



tratamiento igualitario y no discriminatorio". El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros). A esta exigencia obedece que los artículos 145.2 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

En fin, son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 150.2 del TRLCSP disponga 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, dejándose constancia documental de ello"*, y que el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente el TRLCSP, disponga, de un lado, en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y, de otro, el artículo 26 imponga 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"*. De otra parte, la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, es terminante y objetiva. Así, si se admitiera la posibilidad de que se presentara conjuntamente la documentación correspondiente a criterios de adjudicación sujeta a juicio de valor, y la evaluable de forma automática, se estaría permitiendo que el personal técnico encargado de realizar su valoración dispusiera de una información previa en contra de lo que el propio TRLCSP dispone, siendo clara la Ley en exigir que los criterios de adjudicación automáticos solo

puedan aplicarse tras la previa y separada valoración de los criterios que están sometidos a juicio de valor.

Pues bien, en el caso objeto de este recurso es claro que se ha anticipado al sobre 2 un criterio de adjudicación que debía incluirse en el sobre 3 por ser automático. Así, el PCAP dispone en sus apartados 9.2 y 9.3 lo siguiente:

“9.2. El sobre número 2, debe contener la documentación que justifique el cumplimiento de los requisitos exigidos sometidos a un juicio de valor y toda la información que, a juicio del licitador, facilite la aplicación de las puntuaciones establecidas en los criterios de adjudicación. Para ello se estará también a lo dispuesto en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Propuesta de subcontratación, si así se prevé en el apartado K del cuadro de características, en la cual se indiquen las partes del contrato que llevará a cabo el subcontratista o la subcontratista, que en ningún caso podrá exceder del porcentaje que se establece en el apartado K del cuadro de características.

Las propuestas se ajustarán a las condiciones y contendrán los datos que figuran en el presente pliego, sin perjuicio de hacer constar datos complementarios y adicionales, que se considere oportuno presentar.

Las licitadoras o los licitadores solamente podrán presentar variantes o alternativas cuando el anuncio de licitación y el apartado J del cuadro de características así lo autoricen. En este caso, en el pliego de prescripciones técnicas, se precisará sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas.

9.3. El sobre número 3, relativo a la proposición económica y criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas automáticas, debe contener la proposición económica, debidamente firmada, formulada en número y letra, con arreglo al modelo inserto en el presente pliego (Anexo II). El precio total de la oferta comprenderá toda clase de gastos derivados del contrato, incluidos los fiscales.

El oferente, al formular su propuesta económica, incluirá dentro de la misma, el Impuesto correspondiente (IVA o IGIC) que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido. En cualquier caso, a todos los efectos se entenderá que las ofertas de los empresarios comprenden no solo el precio del contrato, sino también el importe del impuesto correspondiente.

Cada licitador no podrá presentar más de una proposición económica, si bien todos los licitadores deberán cumplimentar los desgloses correspondientes a la oferta”.

Es claro, pues, que los Pliegos identifican claramente como contenido del sobre 2 la oferta técnica con inclusión de los criterios sometidos en su aplicación a un juicio de valor, mientras que el sobre 3 se perfila como el destinado a recoger la propuesta económica y los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas automáticas.

Pues bien, la velocidad de sms por segundo se regula y contempla en el PCAP como criterio valorable mediante fórmula en su apartado 7.1.3 cuando dispone:

“7.1.3. Velocidad salida SMS/segundo (hasta 5 puntos)

Se valorará la oferta en la velocidad de salida, según se indica en el apartado 5.2 del pliego técnico, en base a la propuesta de SMS/segundo presentada y según la siguiente fórmula.

Para poder asignar puntos a este criterio, deberá presentarse una evidencia documental que acredite la propuesta presentada. Se aplicará la siguiente fórmula:

La oferta presentada no supera los 50 SMS/seg. 0 puntos

La oferta presentada está entre 51 y 75 SMS/seg. 1 punto

La oferta presentada está entre 76 y 100 SMS/seg. 2 puntos

La oferta presentada está entre 101 y 120 SMS/seg. 3,5 puntos

La oferta presentada supera los 120 SMS/seg. 5 puntos”.

Debe concluirse, por tanto, que claramente se ha anticipado un criterio de valoración automático en el sobre destinado a incluir los criterios de valoración sujetos a juicio de valor, lo que conculca no solo el propio tenor literal del Pliego sino también lo dispuesto en el art. 150 TRLCSP con las garantías que la valoración separada y sucesiva de ambos tipos de criterio implican para preservar los principios de igualdad y no discriminación entre licitadores. Además no es cierto, como sostiene la recurrente, que el licitador debiera incluir en el sobre 2 la velocidad de salida de sms porque el Pliego exigiera un mínimo de 50 sms por segundo. Hubiera bastado, para acreditar este mínimo, con la inclusión de tal consideración –la superación del mínimo- sin indicar la velocidad en concreto a ofertar, respetándose así la separación que el Pliego y la Ley imponen entre ambos tipos de criterios de adjudicación.

Debe, por ello, confirmarse la exclusión de SIT CONSULTING del proceso de licitación con desestimación del recurso interpuesto.

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. M.G.G. en representación de “SIT CONSULTING, SLU”, contra su exclusión del procedimiento de licitación correspondiente a la *“contratación de los servicios web de comunicación mediante envío de mensajes SMS para ASEPEYO, Mutua colaboradora con la Seguridad Social núm. 151”*, confirmando íntegramente su legalidad.

Segundo. 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 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.