



Recurso nº 1041/2017 C. Valenciana 189/2017

Resolución nº 19/2018

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

En Madrid a 12 de enero de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D^a. M.S.S.G., en representación de ASOCIACIÓN MENSAJEROS DE LA PAZ C.V. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 24 de julio de 2017, que declara la exclusión de este licitador del procedimiento contrato de servicio de puesta a disposición de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, de 602 plazas de atención residencial en centros de acogida ubicados en la Comunitat Valenciana, para la atención de niños/as y adolescentes del sistema de protección de la Comunitat Valenciana que se encuentren bajo la guarda o tutela de la Generalitat, nº de Expte. CNMY17/03-3/29, tramitado por procedimiento abierto, y por lotes, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La entidad, ASOCIACIÓN MENSAJEROS DE LA PAZ C.V., (en adelante, “Mensajeros de la Paz” o la “Recurrente”) ha tramitado el procedimiento para la licitación del Contrato de referencia, nº de Expte. CNMY17/03-3/29, de la Comunidad Valenciana.

El valor estimado del contrato es de 36.991.611,20 euros, IVA excluido.

Se publicó la licitación el día 1 de junio de 2017, siendo remitido a su vez por medios electrónicos el correspondiente anuncio de licitación al Diario Oficial de la Unión Europea, que fue publicado el 3 de junio de 2017. El 5 de junio de 2017, se publicó la licitación en



el perfil del contratante. La publicación en el BOE y en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, tuvieron lugar los días 19 y 27 de junio de 2017, respectivamente..

Segundo. En el plazo de presentación de ofertas, se presentaron las correspondientes a varios licitadores, entre ellos Mensajeros de la Paz.

Constituída la Mesa de Contratación y analizados los sobres “1” de cada propuesta (relativo a la documentación administrativa que se relaciona en el Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares en su cláusula 13.1, todo ello de conformidad con el artículo 146 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), con fecha 24 de julio de 2017 se adoptó el acuerdo por el que la Mesa declaró excluida a la asociación Recurrente por cuanto procedió a la inclusión en el sobre “1”, relativo a las cuestiones meramente administrativas, del precio por plaza/día ofertado que es uno de los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas y que se debe incluir en el sobre relativo al precio del contrato.

Tercero. El acuerdo de exclusión dictado por la Mesa de Contratación de fecha 27 de julio de 2017 (Documento nº 21 del Expediente Administrativo) se fundamenta en que la Recurrente incluyó en el sobre “1” relativa a la documentación administrativa, documentación propia de los “[...] *apartados a y b anteriores*”, a pesar de que se hubiese podido incluir correctamente la documentación en el sobre correcto.

De la lectura del recurso especial presentado por la Recurrente no se observa negación alguna de la inclusión de los hechos que motivaron la exclusión del recurso. Alega, por su parte, que el error fue inducido y provocado por la literalidad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Solicita al respecto que se anule el acuerdo de exclusión, retrotrayendo las actuaciones al momento de la citada exclusión.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado al resto de interesados para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante y en la presente resolución “TRLCSP”) y en el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat de Valencia el 10 de abril de 2013 (BOE núm. 92 de 17 de abril de 2013).

Antes de proceder a la resolución del recurso formulado, cabe recordar que existe un límite a la jurisdicción de este Tribunal. En este sentido, este Tribunal solo tiene una función revisora, por tanto, su función consistirá en determinar si procede o no declarar la invalidez del acto recurrido y, si así procede, ordenar la retroacción de actuaciones al momento en que el vicio se produjo, pero no sustituir al órgano de contratación en el ejercicio de sus funciones ni en la interpretación de los pliegos cuando su redacción es clara y conforme al TRLCSP.

Segundo. La Recurrente, como licitador concurrente cuyos intereses se ven afectados por la exclusión del procedimiento, ostenta legitimación para interponer el recurso (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero. De acuerdo con el artículo 40.2 b) del TRLCSP, los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores son actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento susceptible del recurso especial.

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto. En primer lugar, y con claro carácter preliminar, en relación con esta alegación ahora expuesta, resulta preciso referirse a la indiscutible necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones técnicas de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares (en adelante, “PCAP”) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, “PPT”), la ley del contrato, que no solo vincula a los licitadores



concurrentes, sino también, al órgano de contratación. En este sentido, si tanto el PCAP como el PPT son aceptados y no impugnados por las partes, se constituyen como ley del contrato plenamente vinculante.

A este respecto, este Tribunal, en su Resolución 175/2011, afirmó que la participación en licitaciones públicas comporta *“la asunción de una serie de cargas formales que, además de ir orientada a que la adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores, conforme a los principios de no discriminación y transparencia consagrados en la normativa contractual.”*

En consecuencia de lo antedicho, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los del PCAP y del PPT, como recuerda el artículo 145.1 del TRLCSP, que, pese a que sólo menciona al de cláusulas, es predicable igualmente del de prescripciones técnicas, toda vez que ambos definen la prestación objeto del contrato (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3, y 116, apartado 1, del TRLCSP). De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, Resoluciones 208/2014 y 737/2014).

Sexto. Se alega por la Recurrente **(i)** que la inclusión en el sobre 1, relativo a la información administrativa, de cuestiones propias del sobre de orden económico y evaluable mediante fórmulas, deriva de los propios pliegos en atención a su tenor y **(ii)** que, en todo caso, la inclusión de información económica no supone anticipar tal carácter.

Séptimo. Respecto de la inclusión indebida de información en los distintos sobres de la licitación y su relación con el principio de igualdad, antes de entrar a resolver sobre el caso concreto, cabe señalar lo siguiente.

En primer lugar, por lo que se refiere a la revelación de parte de la oferta con anterioridad a la apertura de los sobres relativos a la documentación evaluable mediante juicios de valor, es decir, aquellas que contienen las proposiciones relativas a los criterios evaluables mediante juicio subjetivo, este Tribunal en su Resolución 890/2014, de 5 de diciembre, resume su doctrina.



Al respecto, el Tribunal ha reiterado numerosas veces la necesidad de cumplir imperativamente el mandato de proceder previamente a la puntuación de aquellas cuestiones evaluables mediante juicio de valor respecto de aquellos aspectos que son valorados mediante criterios objetivos, es decir, automáticamente o mediante fórmulas. Así ha de partirse de que el suministro de información por parte de un contratista en la licitación, sea ya por su inclusión en un sobre improcedente, sea ya por la evacuación de cualquier otro trámite del procedimiento que anticipe el conocimiento de la información incluida bien en el sobre correspondiente a la oferta relativa a los criterios dependientes de un juicio de valor, bien al que contiene dicha oferta, en lo atinente a los criterios evaluable automáticamente o mediante fórmula, vulnera expresamente los preceptos del TRLCSP y los principios que rigen la contratación administrativa. En este sentido cabe recordar que el artículo 1 del TRLCSP establece la obligación de garantizar el principio de *“no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”*. En el mismo sentido, el artículo 139 del TRLCSP afirma que *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”*.

El principio de igualdad de trato, y que le es aplicable a la aquí Recurrente como a los que fueron sus competidores, 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 c. Bélgica). En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus resoluciones, afirma 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).

En este sentido, el artículo 145.1 y 2 del TRLCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, señala que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. (...) Las proposiciones serán*



secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, (...)”.

Igualmente, por su parte, el artículo 160.1 señala para el procedimiento abierto que, en lo relativo al examen de las proposiciones *“el órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, (...)”.* Ello significa que las proposiciones de los interesados, conteniendo tanto las características técnicas como económicas, además de cumplir las exigencias del PCAP, deben mantenerse secretas hasta el momento en que, de conformidad con el PCAP, deban ser abiertas, debiendo presentarse en sobres independientes la documentación a que se refiere el artículo 146 del TRLCSP, de la que contiene la oferta.

Concluye, finalmente, el artículo 150.2 del TRLCSP, al regular los criterios de valoración de las ofertas, que *“los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...). 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. 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.”*

Este Tribunal, en su Resolución 191/2011 estableció que *“la norma cuando se refiere a “documentación” no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene -“escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”, en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, RAE, 22 edición- pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores”.*



Igualmente, la citada Resolución 191/2011 interpreta el citado artículo 150.2 TRLCSP y artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, en lo relativo a su apreciación. A tal efecto, recordar que el citado artículo 26 establece que “[l]a *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*”. Al respecto de estos preceptos, la Resolución 191/2011 afirma que la prohibición que subyace en el antecitado artículo 26 del Real Decreto 817/2009 “*es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre 2º resulta ratificada en el sobre 3º, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión– por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aún, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada.*” Por tanto, si objetivamente se incumple la obligación, terminantemente el efecto de la inclusión indebida será la exclusión del licitador del procedimiento.

Todo lo anterior, como también ha tenido ocasión de determinar este Tribunal, no supone un criterio absoluto la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto del que se debiese, 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). Lo antedicho se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, Sentencia de la Sala Tercera de 20 de noviembre de 2009, que 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 (En igual sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012).

Así pues, podemos concluir que, para proceder a la exclusión por infracción del artículo 150.2 TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, el incumplimiento habrá de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, siéndoles de aplicación este criterio a todos los licitadores por igual.



Octavo. Respecto del caso concreto que nos ocupa, y en atención a lo expuesto en los fundamentos anteriores, hay que partir que la Recurrente no niega en ningún momento la inclusión de aquella información económica que correspondería a un sobre distinto del “Sobre 1” relativo a las cuestiones administrativas. Por tanto, puede concluirse que la exclusión efectuada por el órgano de contratación ha sido acertada en atención a los hechos objetivos, constatados y no discutidos que acaecieron en el procedimiento de contratación.

Sin embargo, la Recurrente insiste en que aquella inclusión, a modo de error, trajo causa del tenor del PCAP en su interpretación del Anexo I, que sin embargo, fue aceptado y no impugnado en el procedimental oportuno. A juicio de este Tribunal, toda esta argumentación, por si misma, sería bastante para desestimar el presente recurso, con base en que (i) la Recurrente aceptó el PCAP como ley del contrato así como su contenido, y (ii) incluyó documentación en el sobre 1 de manera indebida, cuestión ésta, insistimos, no discutida.

En cualquier caso, y a mayor abundamiento, la Recurrente hace una interpretación sorpresiva del Anexo I, pues en ningún momento se entiende del mismo que se requiera la inclusión de información económica en el sobre uno. Así, en el Anexo 1 no se establece en ningún momento que la información relativa al precio deba incluirse en el sobre 1, no existiendo exigencia alguna, alegada así por la Recurrente. En el único momento en el que se hace referencia a los datos que menciona la interesada en su recurso, es en el apartado A del Anexo 1, en el que lo que indica concretamente es lo siguiente:

"Las entidades que concurran a la licitación deberán presenta un único sobre 2 por cada lote al que liciten. En cada sobre se incluirá una oferta económica diferenciada (según modelo que se acompaña como Anexo 11 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares) correspondiente al centro o centros que se oferten dentro de dicho lote.

Las entidades licitadoras deberán identificar en su oferta para cada centro la disposición de plazas que ofertan, con la siguiente información mínima:

- *lote al que se presentan*



- *nombre y dirección del centro*
- *núm. de plazas que ofertan en el centro*
- *modalidad de plaza que ofertan en el centro precio unitario que ofertan en el centro"*

En consecuencia, claramente se indica que dicha información debe hacerse constar en el sobre 2, como información correspondiente a la oferta de las licitadoras, aclaración que se hace por el hecho de que se permite que los licitadores oferten plazas en centros distintos pero pertenecientes a un mismo lote y que pueden tener características y precios distintos, a la hora de valorar los criterios de adjudicación, que en esta licitación son todos ellos evaluables mediante fórmulas. Es más, ningún otro licitador ha incurrido en la confusión que ha cometido el recurrente, dado que ninguno ha hecho constar dichos datos en el sobre 1.

Tampoco indica la Recurrente que su oferta fuera por importe distinto al que han hecho constar en el sobre 1. Según alega, los precios plaza/día que han hecho constar son los precios unitarios de licitación, que no son un mínimo como dicen, sino un máximo a la hora de realizar su oferta, y que puede coincidir con los importes ofertados, como ha ocurrido en la oferta de otros licitadores. Sin embargo junto con el precio se ofrecen los datos concretos de los centros en los que ofertan plazas, así como el número de plazas ofertadas, lo que ha dado lugar a entender que todos esos datos se corresponden con datos concretos de su oferta, incluido el precio.

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. M.S.S.G., en representación de ASOCIACIÓN MENSAJEROS DE LA PAZ C.V., frente al acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación del 26 de junio de 2017 en el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicio de puesta a disposición de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, de 602 plazas de atención residencial en



centros de acogida ubicados en la Comunitat Valenciana, para la atención de niños/as y adolescentes del sistema de protección de la Comunitat Valenciana que se encuentren bajo la guarda o tutela de la Generalitat, nº de Expte. CNMY17/03-3/29, por ser ajustado a derecho.

Segundo. Declarar que no se aprecia 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 la Comunidad Valenciana, 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.