



Recurso nº 1172 /2018 C. Valenciana 266/2018

Resolución nº 381/2019

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

En Madrid, a 11 de abril de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. T.A.P., en representación de AUTOCARES ALEGRE S.L., contra resolución de adjudicación de 18 de octubre de 2018, recaída en el expediente IV-MY015/2018 - LOTE III del Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS), “*Servicio de transporte terrestre adaptado con acompañante para los usuarios de la Residencia Carmen Picó de Alzira*”, a la empresa EUSEBIO CLAUSI TORMOS, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El órgano de contratación de IVASS, en fecha 6 de julio de 2018, acordó el inicio de la tramitación del expediente de contratación del “*servicio externo de transporte terrestre en autobús adaptado con acompañante para los usuarios de los Centros de Día de la Residencia Jubalcoy de Elche y de la Residencia Carmen Pico de Alzira y servicio de transporte terrestre en autobús sin adaptación con acompañante para los usuarios del Centro de Atención Diurna Mare de Déu del Castell de Cullera*”, gestionados por IVASS, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria (EXPEDIENTE IV-MY015/2018).

Segundo.- Tras los trámites preceptivos en fecha 6 de agosto de 2.018 se dictó Resolución del órgano de contratación por el que se aprobaba el expediente de contratación y su gasto y se ordenaba el inicio de la apertura del citado procedimiento de contratación.

Tercero.- En fecha 16 de agosto de 2018, se publicó en el perfil del contratante plataforma de contratación del sector público, www.contrataciondelestado.es el anuncio de licitación del expediente de Servicios referenciado, con número de expediente: IV-MY015/2018, mediante licitación electrónica por importe total de 163.415,16 euros IVA Excluido, incluyendo como fecha de finalización de presentación de ofertas el día 31/08/2018 a las 14:00 horas.



Durante la fase de licitación se facilitó toda la información y aclaraciones solicitadas por las empresas interesadas, sin que se impugnaran los Pliegos que rigen dicha licitación.

Cuarto.- En concreto, tal y como consta en el justificante de licitadores presentados de la plataforma de contratación del sector público, presentan oferta al Lote III de la citada licitación las siguientes.: mercantiles:

Autocares Alegre S.L.

Eusebio Clausi Tormos

Viajes Massabus, S.L.

Quinto.- Constituida la Mesa de Contratación en fecha 3 de septiembre de 2018 para la apertura de los Sobres nº 1, acordó admitir a la licitadora recurrente al aportar la documentación administrativa correctamente, al incluir entre otros documentos, la declaración responsable del compromiso de adscripción de medios personales y materiales tal y como se exige en el apartado L del Anexo I del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas; la cual, a su vez aportaba documentación justificativa de la manifestada declaración, aun cuando no se exigía su acreditación en el mencionado sobre nº 1, justificando por exceso dicho extremo.

Y respecto de la licitadora VIAJES MASSABUS, S.L., y EUSEBIO CLAUSI TORMOS se acordó requerir a ambos para que subsanaran los defectos detectados en la documentación administrativa presentada.

Sexto.- La Mesa de Contratación reunida en fecha 6 de septiembre de 2018 procedió a la revisión de la documentación aportada por la licitadora VIAJES MASSABUS, S.L. concluyéndose que no había subsanado correctamente, por lo que acordó proponer al órgano de contratación la exclusión de VIAJES MASSABUS, S.L., al no subsanar la documentación administrativa conforme al requerimiento, remitiendo de nuevo las declaraciones sin firmar. Se admitió a EUSEBIO CLAUSI TORMOS por haber subsanado adecuadamente.

A continuación, procedió a la apertura del sobre nº 3 de la recurrente y de D. EUSEBIO CLAUSÍ TORMOS, que resumió de la manera siguiente:



EMPRESA LICITADORA	IMPORTE OFERTADO	FLOTA VEHÍCULOS	EDAD MEDIA VEHÍCULOS
AUTOCARES ALEGRE. S.L.	26.000,00 €	No oferta	No oferta
EUSEBIO CLAUSI TORMO	24.254,00 €	No oferta	11/01/2018

En la manifestada apertura del sobre nº 3, la Mesa de Contratación advierte que en la documentación presentada por la recurrente solo está su oferta económica, sin que haya aportado las fichas técnicas de los vehículos asignados a la ejecución del contrato, ni la declaración de los vehículos destinados para la prestación del servicio que se requerían en el Anexo I como forma de acreditación para su valoración; por lo que, la Mesa de Contratación sólo consideró oportuno valorar lo aportado por la licitadora en dicho sobre, en concreto su oferta económica. En este sentido la Mesa dio por cerrado el acto de apertura del sobre nº 3, para realizar el cálculo de la puntuación obtenida por los dos licitadores admitidos teniendo sólo en cuenta el importe económico ofertado.

Séptimo.- Sin embargo, hubo de estimarse recurso de VIAJES MASSABUS S.L. contra la exclusión al acreditar que los documentos que aportó había sido debidamente firmados, razón por la cual el resumen de las ofertas formuladas por los licitadores quedó de la manera siguiente:

EMPRESA LICITADORA	IMPORTE OFERTADO	FLOTA VEHÍCULOS	EDAD MEDIA VEHÍCULOS
AUTOCARES ALEGRE. S.L.	26.000,00 €	No oferta	No oferta
VIAJES MASSABUS S.L.	25.900€	1 vehículo	02/11/2017
EUSEBIO CLAUSI TORMO	24.254,00 €	No oferta	11/01/2018



Octavo.- Visto, en consecuencia, que el licitador D. EUSEBIO CLAUSÍ TORMOS había presentado la mejor oferta por antigüedad de flota y precio, fue requerido, de conformidad con lo previsto en el art. 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) para la presentación de la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refiere las letras a) a c) del apartado 1 del art. 140 de la LCSP, documentación justificativa de disponer efectivamente de los medios que se hubiere comprometido a dedicar a la ejecución del contrato, documentación justificativa de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, Alta del Impuesto de Actividades Económicas, así como haber constituido la garantía definitiva

Noveno.- En fecha 28 de septiembre de 2018 el órgano de contratación formuló requerimiento al adjudicatario S.L. para que aportase electrónicamente la documentación preceptiva para poder proceder a dictar Resolución de Adjudicación a su favor; la cual fue aportada en fecha 17 de octubre de 2018, procediéndose en fecha 18 de octubre de 2018 a dictarse Resolución de Adjudicación del Lote III y requiriéndosele para la formalización del contrato administrativo.

En fecha 31 de octubre de 2018 se formalizó el contrato administrativo.

Décimo.- Con fecha 13 de noviembre la recurrente interpone el presente recurso especial ante este Tribunal, produciendo automáticamente la suspensión del acto recurrido.

Undécimo:- Con fecha 19 de noviembre de 2018 la Secretaría del Tribunal da tralado del recurso al resto de licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que entendieran pertinentes. Trámite evacuado por EUSEBIO CLAUSÍ TORMO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia del tribunal

De acuerdo con el artículo 46.2 de la LCSP, 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 Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales, mediante resolución de 10 de abril de 2013, BOE



de 17 de abril de 2013, este Tribunal es competente para conocer del Recurso Especial en Materia de Contratación, interpuesto por la parte recurrente.

Segundo. Legitimación

De acuerdo con el artículo 48 del LCSP la entidad recurrente, en cuanto licitador, se encuentra legitimada activamente para la interposición de este recurso.

Tercero. Acto recurrible

Al tratarse de contratos de servicios por importe superior a 100.000 € este Tribunal es competente para conocer de este recurso conforme al art 44.1 LCSP.

El acuerdo de adjudicación es susceptible de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el art 44 LCSP.

Cuarto. Forma y plazo

La interposición del recurso se efectúa dentro del plazo del art. 50.1 d) de la LCSP

Quinto. Fondo del asunto.

➤ Argumentos de las partes

• De la recurrente

La recurrente reconoce que el apartado 18.2 del pliego de cláusulas administrativas que rige la contratación y que se refiere al contenido del sobre 3, leído junto al apartado LL del anexo I, exige la aportación de fichas técnicas y declaración de los vehículos destinados a la prestación del servicio junto con la oferta económica. No niega que dichas informaciones (declaración de vehículos destinados a la prestación del servicio y aportación de sus fichas técnicas) no se incluyeron en su sobre nº 3.

Sin embargo, entiende que el órgano de contratación debió interpretar que al haber aportado ya las fichas técnicas de varios vehículos en el sobre 1 -dedicado a presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (documentación administrativa)- en cumplimiento del art 17.3 del PCAP y conforme al modelo del ANEXO II en relación al ANEXO I apartado L del pliego, se debía entender que en el sobre tres no era necesario incluir otra vez una mención repetida del número de vehículos concretamente adscritos a la ejecución del contrato.



Considera el recurrente que la entidad contratante redactó el PCAP de manera confusa o ambigua, de manera que la oscuridad de los pliegos no debería perjudicar a los contratistas. En caso de que se desvelara, como consecuencia de ello, información de las proposiciones antes del momento legalmente previsto, procedería que el órgano de contratación desistiera del procedimiento o renunciara al mismo por motivos de interés público.

Concluye suplicando, con cita de nuestra resolución 171/2011 de 29 de junio, que se anule y deje sin efecto la adjudicación realizada, retro trayéndose el procedimiento al momento de apertura y valoración de la oferta económica considerando como ofertados por esta parte los vehículos con sus fichas técnicas y antigüedad a efectos de su valoración o, subsidiariamente y en caso de estimar por este tribunal que se ha desvelado información antes del momento legalmente establecido se condene al órgano de contratación a la renuncia o desistimiento del servicio por motivos de interés público.

- **De la entidad recurrida**

Para la Administración recurrida los pliegos eran muy claros sobre lo que debía incluirse en cada sobre (el nº 1 y el nº 3). El recurrente no consideró los pliegos oscuros o ambiguos por cuanto no recurrió contra los mismos, y es ahora cuando lo pone de manifiesto, al no haber resultado adjudicataria del servicio. La omisión de incluir ciertos documentos y declaraciones en el sobre 3 es exclusivamente imputable al recurrente.

Invoca en este sentido lo siguientes preceptos normativos:

I. El artículo 122 del LCSP, establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y que sus cláusulas se considerarán parte integrante de los mismos.

II. La Cláusula 17.3 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares que regula la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (Documentación Administrativa) señala que los licitadores deberán incluir una relación detallada de los medios personales y materiales que se comprometen a adscribir a la ejecución del contrato, si así se determina en el Apartado L del Anexo I a este pliego, según modelo contenido en el Anexo II.



III. La cláusula 18.2 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares establece que regula el contenido del Sobre Electrónico nº 3 establece que *"En este sobre se incluirá la oferta económica, que deberá ser redactada según el modelo Anexo VIII del presente pliego, y conllevará la aceptación incondicional de las cláusulas del presente pliego. En este sobre se incluirá también toda la documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas o aritméticas, y que se señalarán en el Apartado LL del Anexo I a este pliego."*

IV. El artículo 139 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y la cláusula 16.3 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares, prevén que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Continúa alegando el órgano de contratación que la falta de aportación en el sobre 3 de las fichas técnicas de los vehículos asignados a la ejecución del contrato, y la declaración de los vehículos destinados para la prestación del servicio o, en su defecto, de una declaración manifestando que mantiene en todos sus términos la declaración de medios personales y materiales así como las fichas técnicas aportadas en el sobre nº 1 para ser valorada por la Mesa de Contratación, no puede llevar a la dicho órgano a hacer interpretaciones sobre declaraciones de voluntad tácitas por parte del recurrente que podría conculcar los derechos de los otros licitadores que si han aportado correctamente la documentación, vulnerando la Ley de Contratos en vigor.

La Mesa sólo podía ejercer las funciones previstas en el art 326 LCSP, valorar la proposición del licitador, no considerar tácitamente incluidas en la oferta del licitador aspectos que no han sido formulados expresamente por este. En el mismo sentido la Cláusula 23.5 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares señala que *"la Mesa de contratación examinadas las proposiciones y una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para la selección de los adjudicatarios, clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación razonada a favor del candidato con mejor puntuación al órgano de contratación. De los resultados de la valoración de las proposiciones y de la propuesta de adjudicación se dará cuenta a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público."*

➤ Valoración del Tribunal

La primera cuestión que debe examinarse es si es cierto o no que los pliegos inducían a confusión respecto de los documentos que habían de incluirse, respectivamente, en los sobre 1 y 3.

La cláusula 17 del pliego tipo establece el contenido del sobre nº 1, que incluye la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. En su apartado 3 se incluye entre dichos documentos la *“relación detallada de los medios personales y materiales que se comprometen a adscribir a la ejecución del contrato, si así se determina en el apartado L del Anexo I a este pliego, según modelo contenido en el Anexo II”*. El apartado L del Anexo I se refiere a los criterios para acreditar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional según los arts 87 y 90 LCSP. El Anexo II contiene una declaración responsable en la que, como apartado 4, incluye la siguiente declaración, en el caso de que el pliego ad hoc lo exija:

“Que me comprometo (...) a adscribir a la ejecución del contrato los siguientes medios cuyo mantenimiento tendrá el carácter de obligación esencial en el caso de que se incumplan, con los efectos previstos en el artículo 211 y 192.2 LCSP 9/2017). Enumerar diferenciando ...”

En el **PCAP ad hoc, Anexo I, apartado L**, en la parte relevante, se establece lo siguiente:

“COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS: *Si, se deberá realizar una declaración de compromiso de adscripción de medios personales y técnicos que contemplen, al menos, los mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas particulares”*

En el PPT , cláusula 3.3, se exige para la prestación del servicio contratado en el lote III: *“1 vehículo adaptado, con rampa, con asientos reclinables, aire acondicionado y precalentamiento de calefacción, radio o teléfono móvil”, “con capacidad suficiente para el traslado de los usuarios previstos, con las características técnicas exigidas en el presente pliego, que deberán cumplir todas las obligaciones legales por las que se rigen las normas vigentes de transporte de pasajeros por vía terrestre, especialmente en lo que hace al seguro por responsabilidad civil y penal, en caso de accidente de los usuarios del IVASS”*. Se establece una antigüedad máxima de 96 meses desde la fecha de matriculación hasta



la fecha límite de presentación de ofertas. En caso de avería deben poder ser sustituidos por otros de similares características e igual o menor antigüedad.

En el acta nº 1 de la Mesa de Contratación, celebrada el 3 de septiembre de 2018, se admite la documentación del sobre nº 1 presentada por la empresa recurrente. Por lo tanto, debe entenderse que se incluía una declaración responsable que incluía el compromiso de adscribir determinados autobuses a la ejecución de este lote del contrato. Parece –por conformidad de ambas partes- que además se incluyó copia de los permisos de circulación de los vehículos.

En cuanto al contenido del sobre nº 3, el art 18.2 del Pliego tipo dispone que incluirá: a) la oferta económica , que deberá ser redactada según el modelo del Anexo VIII, y que conllevará la aceptación incondicional de las cláusulas del pliego y b) *“En este sobre se incluirá también toda la documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas o aritméticas, y que se señalarán en el apartado LL del Anexo I a este pliego”*.

En el **apartado LL del Anexo I** ad hoc se establece que los criterios que habrán de emplearse para la adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas o aritméticas serán los siguientes:

LOTES 1

Criterios	Forma de evaluar	Forma de acreditar
1º.-Oferta económica.	Se evaluará de forma proporcional e inversa, es decir relativa respecto de la oferta más barata con 85 puntos y asignando a las restantes ofertas valores según el cociente :precio más económico 85 x Precio oferta	Oferta económica (Anexo VIII)



2°.- Edad media de La flota de vehículos.	Se evaluará de forma proporcional e inversa, es decir relativa respecto de la edad media de los vehículos ofertados más baja con 10 puntos	Se aportarán fichas técnicas de los vehículos asignados a la ejecución del contrato de servicios.
3°.Flota de vehículos destinada y afecta a la ejecución del contrato de servicios	Se concederá un máximo de 5 puntos al licitador que presente el mayor parque automovilístico destinado a la prestación del servicio, al resto de licitadores se les otorgará su puntuación de forma proporcional e inversa.	Declaración de los vehículos destinados y afectos para la prestación del servicio, excluido el vehículo destinado a la prestación del servicio, fijado en el PPTP como mínimo.

Es decir, queda claro en los pliegos, que el sobre nº 1 exige tan sólo, en principio, la aportación de una declaración responsable con compromiso de medios técnicos de adscripción, debiendo incluirse en el sobre nº 3 solo como adicional la documentación técnica correspondiente a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas matemáticas o aritméticas. Sin embargo, en la cláusula 17.6 se prevé que la Mesa, a la vista de la declaración responsable, pueda pedir también anticipadamente la totalidad o parte de los documentos justificativos cuando tengan dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración responsable.

Por tanto, no hay oscuridad en los pliegos en lo que se refiere al objeto de este recurso pues en el sobre nº 1 basta con presentar la declaración responsable de medios materiales que se compromete el licitador a adscribir a la ejecución del contrato, mientras que en el sobre nº 3 basta con adjuntar la documentación técnica de los vehículos cuya adscripción se había ya comprometido en el sobre nº 1. Se autoriza también a la Mesa a solicitar los documentos técnicos si dudan sobre la fiabilidad de la declaración responsable.

La declaración relativa al compromiso de adscripción de medios presentada por el recurrente en el sobre número 1, es del siguiente tenor:

Lote 3. *“Que la mercantil que representa destinará a la prestación del servicio objeto de licitación los siguientes medios materiales: Autocar adaptado 0493KGW, matriculado el 18/11/2018, de 37 plazas, y Autocar 1128KMB, matriculado el 8/5/2018, de 55 plazas adaptado, como vehículo de reserva”.*

También aportó, junto con la mencionada declaración, las fichas técnicas de los vehículos.

Hay que destacar que el PCAP, en su apartado L, no limita el contenido del compromiso de adscripción de medios a los medios materiales mínimos exigidos en el pliego, sino que afirma que este compromiso contemplará *“al menos, los mínimos”*. Luego no impide que la declaración de compromiso se refiera a todos los concretos medios que se adscribirán al contrato (los mínimos, y los adicionales). Así vemos que lo ha hecho la empresa recurrente, manifestando de forma clara, expresa e incondicionada, cuáles van a ser los concretos medios con los que prestará el servicio.

El hecho de haber adelantado en el sobre 1 información necesaria para valorar los criterios de adjudicación basados en datos objetivos o fórmulas, además de ser de alguna manera exigido por el propio PCAP, no se considera relevante a efectos de una posible exclusión del procedimiento, porque los pliegos no establecen criterio alguno sometido en su valoración a un juicio de valor. Por tanto, no hay valoración subjetiva alguna que pudiera verse influida por el conocimiento anticipado de los datos que servirán para la valoración del sobre 3.

Dicho esto, es evidente que el PCAP exigía aportar precisamente en el sobre número 3 las fichas técnicas y la declaración responsable, y que la recurrente no ha cumplido lo establecido en dicho pliego, por lo que, en ningún caso, se puede considerar que el órgano de contratación haya actuado de forma arbitraria. Si el recurrente se hubiera limitado a cumplir con lo establecido en los pliegos, se habrían evitado las consecuencias negativas para todos de su incorrecto actuar: exclusión, recurso, suspensión del procedimiento, etc.

No obstante, el Tribunal opina que no son atendibles las alegaciones del órgano de contratación de que el licitador recurrente debería haber manifestado en el sobre 3 que mantiene la declaración realizada en el sobre 1, y que el hecho de que haya aportado las fichas técnicas en el sobre 1 no significa que se deban dar por reproducidas en el sobre 3.

El Tribunal considera que los documentos ya aportados en el sobre 1, que son plenamente coincidentes con lo que se exige en el sobre 3, y que no vulneran la imparcialidad del órgano de valoración al no existir criterios de valoración subjetivos, se deben tener en cuenta a efectos de conceder la puntuación que corresponda a las fichas técnicas y declaraciones realizadas, para la valoración de los criterios de adjudicación objetivos establecidos en el apartado LL del Anexo I del PCAP, números 2 (Edad media de la flota de vehículos), y 3 (Flota de vehículos destinada al servicio). Lo contrario supondría un rigor formal excesivo, por lo que el recurso debe ser estimado.

Procede, en consecuencia, anular la resolución de adjudicación y retrotraer el procedimiento para que el recurrente sea valorado con la puntuación que corresponda a los vehículos que se ha comprometido a adscribir al servicio, según las declaraciones y fichas técnicas presentadas, continuando el procedimiento por sus trámites.

Todo ello sin perjuicio de que se puedan adoptar eventualmente las medidas transitorias correspondientes, para evitar un grave trastorno al servicio público mientras se realiza la nueva valoración y adjudicación, conforme autoriza el art 42.3 LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. T.A.P., en representación de AUTOCARES ALEGRE S.L., contra resolución de adjudicación de 18 de octubre de 2018 recaída en el expediente recaída en el expediente IV-MY015/2018 - LOTE III del Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS), "*Servicio de transporte terrestre adaptado con acompañante para los usuarios de la Residencia Carmen Picó de Alzira*", a la empresa EUSEBIO CLAUSI TORMOS, con las consecuencias declaradas en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.



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 Valencia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.

Voto particular que formula D. Fernando Javier Hidalgo Abia, Presidente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, respecto de las Resoluciones números 380 y 381/2019, de fecha 11 de abril de 2019, estimatorias de los recursos números 1171 y 1172/2018, adoptada por la mayoría del Tribunal en su reunión de la misma fecha.

Con el máximo respeto al criterio de la mayoría, discrepo del acuerdo aprobatorio y del contenido de las Resoluciones nº 380 y 381/2019, estimatorias de los recursos nº 1171/2018 y 1172/2018, interpuestos por la empresa licitadora AUTOCARES ALEGRE S.L., contra resoluciones de adjudicación de 18 de octubre de 2018, recaída en el expediente IV-MY015/2018 - **LOTE II**, del Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria, del servicio de transporte del Centro de Atención Diurna Mare de Deu del Castell de Cullera, a la entidad a VIAJES MASSABUS, S.L. 18 de octubre de 2018, recaída en el expediente IV-MY015/2018 - **LOTE III** del Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria, Servicio de transporte terrestre adaptado con acompañante para los usuarios de la Residencia Carmen Picó de Alzira,, a la empresa EUSEBIO CLAUSI TORMO

En el procedimiento de licitación reseñado, la Mesa procedió a la apertura del sobre nº 3 de la recurrente el cual debería haber incluido la documentación relativa a los criterios de



adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas o aritméticas, en el que tal y como se prevé en el apartado LL del Anexo I, debería contener la Oferta económica, la edad media de la flota de vehículos y la flota de vehículos destinada a la ejecución del contrato (estos dos últimos extremos eran potestativos del licitador presentarlos o no para poder ser valorados dichos criterios).

En el acta de dicha sesión, la mesa hizo constar lo siguiente:

EMPRESA LICITADORA	IMPORTE OFERTADO	FLOTA VEHÍCULOS	EDAD MEDIA VEHÍCULOS
AUTOCARES ALEGRE. S.L.	34.000,00 €	No oferta	No oferta

Y en cuanto al Lote III, se hizo constar lo siguiente:

siguiente:

EMPRESA LICITADORA	IMPORTE OFERTADO	FLOTA VEHÍCULOS	EDAD MEDIA VEHÍCULOS
AUTOCARES ALEGRE. S.L.	26.000,00 €	No oferta	No oferta
Eusebio Clausi Tormo	24.254,00 €	No oferta	11/01/2018

En la manifestada apertura del sobre nº 3, la Mesa de Contratación advierte que en la documentación presentada por la recurrente solo está su oferta económica, sin que haya ofertado ningún concreto vehículo ni la flota de concretos vehículos destinada y afecta a la ejecución del contrato, ni incluyó en la oferta sujeto a criterios automáticos, las fichas técnicas de los vehículos asignados a la ejecución del contrato, ni la declaración de los vehículos destinados para la prestación del servicio que se requerían en el Anexo I como forma de acreditación para su valoración; por lo que, la Mesa de Contratación sólo pudo valorar lo aportado por la licitadora en dicho sobre, en concreto su oferta económica, sin que la misma aportase en dicho sobre nº 3, destinado a incluir en él la oferta sujeta a

criterios automáticos, la documentación que acreditase los restantes criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas o aritméticas, al no haber incluido en él oferta ni documentación alguna al respecto en dicho sobre. En este sentido la Mesa dio por cerrado el acto de apertura del sobre nº 3, para realizar el cálculo de la puntuación obtenida por el único licitador admitido.

La recurrente, por las razones que indica, argumenta que la identificación de los vehículos adscritos a la ejecución del contrato se contiene en las fichas aportadas con el compromiso de adscripción de medios materiales y personales suficientes para la ejecución el contrato a incluir en el Sobre 1, destinado a la aportación de la documentación administrativa acreditativa del cumplimiento de requisitos previos y en concreto en aquel compromiso, que es un medio de completar la solvencia técnica y profesión al exigida para la ejecución del contrato, como expresamente determina el artículo 76. 2 y 3 de la LCSP, del que resulta que esos compromisos no son sino un requisito de solvencia adicional a la específicamente exigida en el PCAP. Es decir, reconoce que no ha efectuado oferta de los concretos vehículos que ofrece para ejecutar la prestación del contrato y que van a ser valorados por los conceptos de número y antigüedad media. Por el contrario, sí se ha comprometido a adscribir los vehículos adecuados y suficiente para acreditar el compromiso de adscripción como requisito de solvencia, y de posesión de los permisos de circulación, y ha anexo indebidamente, las fichas técnicas de los vehículos que se compromete adscribir, lo que no era requerido.

El criterio de la mayoría ha sido equiparar la declaración expresa de compromiso de adscripción de medios a incluir en el sobre 1 como requisito de solvencia con la oferta de medios para ejecutar el servicio sujeta a criterios de valoración mediante fórmulas, y lo hace implícitamente a pesar de que reconoce que el licitador recurrente ha infringido el PCAP al formular su oferta. En ese sentido el criterio de la mayoría es:

“Dicho esto, es evidente que el PCAP exigía aportar precisamente en el sobre número 3 las fichas técnicas y la declaración responsable, y que la recurrente no ha cumplido lo establecido en dicho pliego, por lo que, en ningún caso, se puede considerar que el órgano de contratación haya actuado de forma arbitraria. Si el recurrente se hubiera limitado a cumplir con lo establecido en los pliegos, se habrían evitado las consecuencias negativas para todos de su incorrecto actuar: exclusión, recurso, suspensión del procedimiento, etc.



No obstante, el Tribunal opina que no son atendibles las alegaciones del órgano de contratación de que el licitador recurrente debería haber manifestado en el sobre 3 que mantiene la declaración realizada en el sobre 1, y que el hecho de que haya aportado las fichas técnicas en el sobre 1 no significa que se deban dar por reproducidas en el sobre 3.

El Tribunal considera que los documentos ya aportados en el sobre 1, que son plenamente coincidentes con lo que se exige en el sobre 3, y que no vulneran la imparcialidad del órgano de valoración al no existir criterios de valoración subjetivos, se deben tener en cuenta a efectos de conceder la puntuación que corresponda a las fichas técnicas y declaraciones realizadas, para la valoración de los criterios de adjudicación objetivos establecidos en el apartado LL del Anexo I del PCAP, números 2 (Edad media de la flota de vehículos), y 3 (Flota de vehículos destinada al servicio). Lo contrario supondría un rigor formal excesivo, por lo que el recurso debe ser estimado”.

Pues bien, ese criterio de mayoría vulnera la LCSP y la interpretación aplicable al caso emanada de diversos Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de este Tribunal, en un doble aspecto:

-En primer lugar, la sola presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada de los pliegos que rigen la licitación convocada, lo que implica observar las reglas contenidas en el PCAP sobre la forma de presentación de la proposición global o de conjunto y sobre cada una de sus partes, referidas a los requisitos previos y a las partes de las ofertas sujetas a criterios subjetivos, de haberlos, y a criterios automáticos., y en caso de incumplimiento, tener que soportar la consecuencias previstas al respecto en la norma aplicable. Asimismo, supone cumplir el régimen sustantivo de cada concepto o figura jurídica, en este caso, de la contratación pública, lo que implica que no se puede confundir lo que es una declaración de compromiso de adscribir los bienes suficientes para la ejecución del contrato para integrar la solvencia con la propuesta concreta u oferta que se efectúa como declaración dirigida al OC sobre lo que propone y se obliga para atender el requerimiento de ofertas que es la convocatoria de la licitación del contrato.

Pues bien, en nuestro caso, en el sobre 3 la recurrente no ofertó nada sobre flota de vehículos ni sobre su antigüedad media. La consecuencia inmediata es que esos aspectos no se pueden valorar. Por el contrario, no puede ser oferta lo declarado en el sobre 1 como compromiso de adscripción, en primer lugar, porque no va dirigido a esa finalidad de



obligarse en firme en nada como oferta a aceptar por el OC, sino solo a mantener en la ejecución la solvencia técnica y de medios precisa, sea con unos o con otros medios. Es decir, le obliga lo comprometido como compromiso no como oferta aceptada. Y, además, si se considerase oferta, lo obligado es aplicar el artículo 84 del Reglamento General de la LCAP (**Artículo 84. Rechazo de proposiciones:** *Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada*”).

En nuestro caso en concreto, pura y simplemente no existe oferta de flota ni por ello, de su antigüedad, aunque sí declaración de compromiso de adscripción, lo que implica inexistencia de concreta oferta y apartamiento del modelo de oferta requerido en el PCAP, lo que produce el efecto de rechazo, si bien el efecto del incumplimiento sería más limitado, pues no se extendería a toda la oferta, sino solo a la parte omitida, que no se valora por determinación del PCAP.

Por otra parte, una declaración de compromiso de adscripción solo implica el compromiso de adscripción, pero siempre genérica de bienes suficientes, de forma que si no quiere o no puede adscribir cualquier de los declarados puede perfectamente sustituirlos por otros iguales, semejante o mejores, ya que dicha declaración solo completa la solvencia técnica; por el contrario, si se tratase de los concretos bienes ofertados, no podría retirarlos o sustituirlos sino por causa justificada y previa aceptación del OC..

-Y en segundo lugar, el criterio de la mayoría se aparta totalmente de la doctrina de este Tribunal y del criterio de la JCCAE sobre violación del secreto de la oferta y de anticipación de información de la oferta, en que se apoya nuestra doctrina sobre esta materia, sea de la del sobre con la oferta sujeta a criterios subjetivos, sea del que contiene la oferta sujeta a criterios automáticos, al sobre administrativo o de uno del de aquellos al otro, y ruptura de los principios de igualdad de los licitadores e imparcialidad y objetividad del OC.

La JCCAE ha mantenido históricamente el criterio de rechazo de las ofertas en que se produce quebrantamiento del secreto de las ofertas. Así en su Informe 43/2002 dijo:



“El artículo 79.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, después de proclamar el principio de que las proposiciones de los interesados serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, establece en su apartado 2 que las proposiciones irán acompañadas, en sobre aparte, de los documentos que acrediten la personalidad jurídica y representación; los que acrediten la clasificación o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional; el resguardo acreditativo de la garantía provisional, y, para las empresas extranjeras, declaración de sumisión a la jurisdicción española.

Por su parte, el artículo 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que la documentación para las licitaciones se presentará en sobre cerrados y que "uno de los sobres contendrá los documentos a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley y el otro la proposición, ajustada al modelo que figure en el pliego de cláusulas administrativas particulares, conteniendo, en los concursos, todos los elementos que la integran, incluidos los aspectos técnicos de la misma"; el artículo 81 se refiere a la calificación de la documentación presentada indicando que el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley, estableciéndose un trámite para la subsanación de defectos y omisiones en la documentación presentada, y, finalmente, el artículo 83 regula el acto público de apertura de las proposiciones, "una vez realizadas las actuaciones previstas en los dos artículos anteriores".

Sin que el pliego de cláusulas administrativas particulares contenga previsiones distintas de las reseñadas, resulta evidente que la situación de hecho producida -inclusión en el sobre de la documentación general de aspectos técnicos de la proposición - infringe categóricamente los preceptos del artículo 79.1 de la Ley y de los artículos 80, 81 y 82 del Reglamento, pues en el sobre de la documentación general se incluyen los aspectos técnicos, lo que no está legal ni reglamentariamente permitido y, sobre todo, contradice el principio del artículo 79.1 de la Ley de que las proposiciones, incluidos los aspectos técnicos de las mismas, deben ser secretas hasta el momento de la licitación pública, es decir, hasta el momento de apertura de las proposiciones. Por ello se adelantaba que la primera posibilidad del escrito de consulta – exclusión del concurso y no proceder a la apertura de la proposición económica - era la única jurídicamente posible, siendo indiferente, a estos efectos de que la inclusión de los aspectos técnicos se produzca de

"forma errónea" como se afirma en la penúltima línea del escrito de consulta o "de forma intencionada" calificación que, con los datos facilitados, no puede ser realizada por esta Junta, por carencia de elementos de juicio suficientes".

En sentido semejante, se pronuncia la JCCCA en el informe 20/2007, en que dice:

"En cuanto, al supuesto consultado de inclusión de aspectos técnicos en el sobre de la documentación general, es necesario adoptar la misma solución que en el informe de 17 de diciembre de 2002 (expediente 43/02) basada en los artículos 79 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 80, 81 y 82 de su Reglamento, sin que esta solución quede enervada por la circunstancia de haberse abierto la proposición económica, puesto que, a efectos de la adjudicación del contrato, no pueden subsanarse defectos en la presentación de la documentación que el propio Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera insubsanables".

Debo también citar aquí la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 28/2012 de 20 de marzo de 2012, que trae a colación el criterio del TS en su sentencia de 20 de noviembre de 2009 (RJ\2009\8076), que dice:

"Ciertamente la norma legal aquí aplicable, art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproducida en los artículos 79.1 y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, impone el carácter secreto de las proposiciones. Se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable (...)"

Y en dicha Resolución el Tribunal andaluz dice:

"Y es que, aun cuando se pudiera argüir que aquel conocimiento anticipado no coloca en posición de ventaja al licitador incumplidor frente al resto al no influir en la valoración de las ofertas, lo cierto e incuestionable es que revela datos de la proposición en un momento



procedimental en que la oferta debe ser aún secreta para todos y por tanto, también para la mesa de contratación que, además, es el órgano competente para su valoración conforme al artículo 160.1 del TRLCSP”.

Criterio que, obviamente, comparto.

En el Fundamento Sexto de la Resolución 805/2018, de 14 de septiembre, se recoge la doctrina de este Tribunal que interesa traer a este recurso:

“Sexto. Ha sido constante la doctrina de este Tribunal en el sentido de que el conocimiento anticipado de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la licitación, al crear una situación de desigualdad entre los licitadores.

En este sentido ya se pronunció el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 62/08, en el que se señala: “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.

Por su parte, este Tribunal se ha pronunciado sobre estas cuestiones en diversas resoluciones. Así, en la Resolución 146/2011 señala: “(...) En efecto, la razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar por los técnicos, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. 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 técnica y la económica, la documentación en este caso a incluir en el sobre nº 3 (oferta económica) y referida al equipo de trabajo que se ha



incluido en el sobre nº 1 (documentación general), hacen que los técnicos al realizar su valoración dispongan de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino solo de aquellos 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 la Ley de Contratos del Sector Público. Ello supone también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 129.2 de la Ley citada, pues documentación que debiera de estar incorporada en el sobre nº 3 se conoce con anterioridad a la apertura del mismo.”

La Resolución 533/2014 señaló en un supuesto similar al objeto del presente recurso: “Este Tribunal ha declarado en múltiples resoluciones (por ejemplo, resoluciones 628/2013, 47/2012 y 173/2012), que “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 del TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica)”, y que “a esta exigencia obedece que los artículos 145 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”.

El Tribunal, siguiendo en este punto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 38/07, de 29 de octubre de 2007), ha señalado (Resolución 205/2011, de 7 de septiembre) que “la contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP). Lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites.

Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos.” El principio de igualdad de trato justifica el mandato contenido en el artículo 145.2 del TRLCSP, con arreglo al cual “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”. Y, con la finalidad de garantizar este secreto, el artículo 80.1 del RGLCAP, dispone que “la



documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurran y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa”, añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse “ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en dénticas condiciones en que fueron entregados” (apartado 2), articulándose medidas (apartado 3) para el caso en que “se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”. Como se indicó en la Resolución 205/2011, la citada normativa “persigue por tanto una doble garantía, por un lado, asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el período de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público, (...) y por otro, que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada”.

En fin, la mayoría introduce una excepción general al criterio ya sostenido por este TACRC de que la anticipación de información de la oferta de un sobre a otro o al de requisitos previos es infracción del secreto de la proposición y lesiva de los principios de igualdad de trato de los licitadores y de imparcialidad y objetividad de los órganos administrativos que intervienen en el procedimiento de licitación de un contrato, el OC y la mesa de contratación, cuya consecuencia es el rechazo de la oferta, salvo que el PCAP establezca otra distinta, con la excepción de aquellos casos en que la información anticipada carezca de transcendencia por su poca importancia o transcendencia o el error haya sido provocado por un requerimiento incorrecto en el PPT o en el PCAP. El criterio de la mayoría se aparta de esa doctrina de este Tribunal, pues ya no establece una excepción limitada a dichos casos, sino que la generaliza al afirmar que si no existe oferta sujeta a criterios subjetivos, la anticipación de información de la oferta sujeta a fórmulas carece de transcendencia y no influye en la imparcialidad de la mesa o del OC, lo que es absolutamente contrario a los preceptos más arriba citados y a la doctrina reseñada, de los que resulta que el solo quebrantamiento del secreto de la oferta impone su rechazo o exclusión, y que en ese caso se encuentra tanto la inclusión de información de la oferta sujeta a criterios automáticos en el sobre relativo a la documentación administrativa general como la inclusión en este



mismo sobre de información a incluir en el sobre con la oferta sujeta a juicio de valor, sin distinción y sin restar importancia a la infracción citada por el hecho de que sea una u otra la información anticipada.

Por lo expuesto, considero que debieron desestimarse los recursos interpuestos en cuanto la recurrente no incluyó oferta alguna sobre flota de vehículos ni ofrecimiento de éstos en el sobre 3, lo que ampara que no se puntuasen los aspectos por los que no ofertó, y además, la información incluida en el sobre 1, en la declaración de compromiso de adscripción en modo alguno puede considerarse oferta, y, en su caso, supondría clara infracción del secreto de la oferta y de los principios de igualdad de trato y de objetividad e imparcialidad de la Mesa y del OC, que se ven afectados por el solo hecho de la anticipación de la información.