



Recurso nº 234/2012

Resolución nº 254/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. V.V.A., en representación de “DOCOUT, S.L.”, contra su exclusión decretada mediante acuerdo de 15 de octubre de 2012 en el procedimiento de licitación seguido por la Entidad Pública Empresarial “RED.ES” para la adjudicación del contrato de digitalización y catalogación de expedientes judiciales, con nº de expediente 073/12-SV, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Con fecha de 1 de agosto de 2012, fue publicado en la Plataforma de Contratación del Estado anuncio de licitación para la contratación por parte de la Entidad Pública Empresarial “RED.ES”, por procedimiento abierto, del contrato de servicios para la digitalización y catalogación de expedientes judiciales (nº expediente 73/12-SV); consta igualmente la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de agosto de 2012, así como en el Perfil del Contratante de la mencionada Entidad Pública.

El importe del contrato es de 13.570.000'00 euros (11.500.000'00 € sin impuestos) clasificado en la categoría 27 (Otros servicios) del Anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, código CPV 48300000 - Paquetes de software de creación de documentos, dibujo, tratamiento de imágenes, planificación y productividad.

A dicho procedimiento concurrió la mercantil “DOCOUT, S.L.”

Segundo. En el marco del reseñado procedimiento de licitación, el 11 de octubre de 2012, la Mesa de Contratación acordó proponer al órgano de contratación la exclusión de, entre otras, la mercantil “DOCOUT, S.L.”, a la vista del informe del Departamento de Servicios Electrónicos sobre no conformidades incluidas en las ofertas del reseñado procedimiento, y en el que, respecto de la citada compañía, se afirmaba:

<<**2.- DOCOUT, S.L.**

Respecto a la inclusión de los criterios cuantificables (sobre 4) en la propuesta relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (sobre 3), DOCOUT, S.L., ha incluido en el apartado B de la misma relativo a “Plan de Proyecto”, en la página 142 la siguiente información relativa a los criterios cuantificables establecidos en el apartado 10.2.2 del Pliego de Condiciones Particulares, en concreto el especificado en el epígrafe (i).

En la página 142:

“El plazo del establecimiento de la capacidad operativa será de 12 semanas”

Por tanto, en su oferta revelan y mejoran el plazo relativo al criterio cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas: (i) Reducción del plazo del establecimiento de la capacidad operativa.>>

Tercero. El 15 de octubre de 2012, el órgano de contratación de la Entidad Pública Empresarial acuerda la exclusión, entre otras, de la compañía “DOCOUT, S.L.”, a la vista de la propuesta elevada por la Mesa. Ese mismo día, se dirige a la sociedad una comunicación en la que se lee:

<<Por acuerdo del Órgano de Contratación del procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato de “DIGITALIZACIÓN Y CATALOGACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES”, Exp. 073/12-SV, tramitado por la entidad pública empresarial Red.es a través de un procedimiento simplificado, y para el cual la empresa DOCOUT, SL, ha participado presentando su oferta, les comunicamos que ésta no será tenida en cuenta en el presente procedimiento de licitación, por haber incluido valores relativos a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (sobre 4) en la propuesta relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (sobre 3), incumpliendo el requisito establecido en el 6.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas en el que se indicaba que el licitador no deberá incluir en el sobre relativo a la propuesta relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (Sobre 3) información de la oferta que sea valorada de forma cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas (Sobre 4).>>

Cuarto. El 19 de octubre de 2012 D^a. Victoria Vega Arnáiz interpone, en nombre de “DOCOUT, S.L.” recurso especial frente al acuerdo reseñado en el ordinal precedente, formulando igualmente, y con idéntica fecha, el anuncio previo del mismo ante la entidad pública empresarial “RED.ES”.

El 23 de octubre de 2012, previo requerimiento de subsanación formulado por este Tribunal, D. Jesús Usar Gutiérrez, como Consejero Delegado de “DOCOUT, S.L.” ratifica la presentación del recurso.

Quinto. El 24 de octubre de 2012, “RED.ES” dirige una nueva comunicación a la compañía “DOCOUT, S.L.”, en la que se indica:

<<En fecha 15 de octubre de 2012, se notificó, en el marco del procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato de “DIGITALIZACIÓN Y CATALOGACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES”, Exp. 073/12-SV, tramitado por la entidad pública empresarial Red.es a través de un procedimiento simplificado, la exclusión de la empresa DOCOUT, S.L. del mismo por haber incluido valores relativos a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (sobre 4) en la propuesta relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (sobre 3), incumpliendo el requisito establecido en el 6.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas en el que se indicaba que el licitador no deberá incluir en el sobre relativo a la propuesta relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (Sobre 3) información de la oferta que sea valorada de forma cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas (Sobre 4),

Que a mayor abundamiento, se le notifica mediante la presente, que los valores relativos a los criterios cuantificables revelados en su oferta técnica (sobre 3) se habían incluido en el apartado B de la oferta relativo al “Plan de Proyecto”. Concretamente, en la página 142 de su oferta se indicaba que la información relativa a los criterios cuantificables establecidos en el apartado 10.2.2 del Pliego de Condiciones Particulares, en concreto el especificado en el epígrafe (i), a saber, en la página 142 de decía:

“El plazo del establecimiento de la capacidad operativa será de 12 semanas”

Por tanto, en su oferta revelaban y mejoraban el plazo relativo al criterio cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas: 8i) Reducción del plazo del establecimiento de la capacidad operativa.

Se acompaña, a la presente notificación, el acuerdo del órgano de contratación por el que se acuerda la exclusión, así como el informe del departamento en el que se motiva la citada exclusión. >>

El 25 de octubre de 2012, se remite efectivamente el Informe del Departamento al que se refiere el último párrafo transcrito.

Sexto. El expediente fue recibido en este Tribunal con fecha de 26 de octubre de 2012, no constando en el mismo el informe del órgano de contratación.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 30 de octubre de 2012, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, evacuándolo el trámite conferido la mercantil “SERIKAT CONSULTORÍA E INFORMÁTICA, S.A.” el 5 de noviembre del año en curso.

Octavo. Con fecha de 29 de octubre de 2012 se acordó por el Tribunal consistente en suspender el procedimiento de contratación, hasta la resolución del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, citado como TRLCSP).

Segundo. En tanto que destinataria del acuerdo de exclusión impugnado, la compañía mercantil “DOCOUT, S.L.” está legitimada para interponer este recurso, con arreglo al artículo 42 TRLCSP.

Tercero. Tratándose de un contrato de servicios de los incluidos en la categoría 27 del Anexo II TRLCSP cuyo valor estimado es superior a 200.000 €, el acuerdo de exclusión es susceptible de recurso especial a tenor del artículo 40 TRLCSP, apartados 1 b) y 2 b).

Cuarto. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días a contar desde la fecha de notificación del acto impugnado, constando igualmente la comunicación al órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44, apartados 1 y 2 TRLCSP.

Quinto. El presente recurso se dirige frente a la exclusión del procedimiento de licitación adoptado el 15 de octubre de 2012 por el órgano de contratación de la entidad pública empresarial "RED.ES", basado, como ha quedado indicado en los antecedentes de hecho de esta Resolución, en la inclusión en el sobre nº 3 de información relativa a valores que constituirían criterios de adjudicación evaluables mediante la simple aplicación de fórmulas y que debían constar, al entender del Poder adjudicador del contrato, sólo en el sobre nº 4.

Cuatro son los motivos esgrimidos en el recurso, a saber:

- Incompetencia del órgano de contratación para acordar la exclusión.
- Falta de motivación.
- Infracción de las normas que exigen el secreto de la información correspondiente a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática.
- Infracción de los principios de concurrencia y proporcionalidad en el procedimiento de adjudicación del contrato.

Seguiremos este orden para contestar a cada uno de ellos.

Sexto. Tal y como se ha apuntado, el primero de los motivos esgrimidos por la mercantil recurrente concierne a la incompetencia absoluta del órgano que acuerda la exclusión del procedimiento de licitación.

El motivo no puede prosperar.

Ciertamente, el examen de las actuaciones obrantes en el expediente revela que, frente a lo previsto en los Pliegos que rigen esta convocatoria, la Mesa se ha limitado a proponer la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, que ha sido efectivamente decidida por el órgano de contratación.

Ello no entraña, sin embargo, vicio invalidante, pues lo cierto es que el órgano de contratación ha asumido el criterio de la Mesa, con lo que, a la postre, bien puede sostenerse que de ella ha partido la decisión controvertida. El que, por motivos que son desconocidos a este Tribunal, tanto uno como otra hayan optado por apartarse de las previsiones del Pliego y convertir en simple propuesta lo que éste configuraba como una verdadera resolución (véase, en particular, párrafo penúltimo del folio 18 del Pliego de Condiciones Generales) constituye una irregularidad que no puede llevar consigo la anulación del acto sin desconocer gravemente el principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa y, por ende, la de este Tribunal (artículo 103 CE).

Más aún, incluso en el supuesto de que se pudiera apreciar un verdadero vicio de incompetencia, el artículo 65 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, citada como LPC), de aplicación supletoria a la preparación y adjudicación de contratos privados (artículo 20.2 TRLCSP), al contemplar la denominada conversión de actos administrativos, impediría, en todo caso, estimar la pretensión de la recurrente, pues, aunque se reputara inválido el acto dictado por el órgano de contratación como decisorio de la exclusión, siempre podría reconocérsele los efectos de una simple notificación o traslado del acuerdo de la Mesa.

Sin duda, la solución sería diferente si el órgano de contratación hubiera actuado sin previa propuesta de la Mesa o apartándose de ella, pero no es esto lo que ha sucedido en el caso sometido a consideración de este Tribunal, que, por ello, debe desestimar el primero de los motivos aducidos en el recurso.

Séptimo. A.- Se aduce, igualmente, la falta de motivación de la que adolece el acto impugnado, alegando que no contiene referencia alguna a las normas jurídicas en las que se basa la decisión ni tampoco concreta suficientemente el motivo de la exclusión.

De nuevo discrepamos de las tesis de la recurrente.

B.- En efecto, y por lo que atañe al primero de los reproches formulados, es criterio de este Tribunal que no se puede exigir a la entidad contratante que cite precepto legal o reglamentario alguno en que basar su exclusión, cuando ésta trae causa del incumplimiento de un requisito establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas del que oportunamente se le advierte en la notificación del mismo. Acaso no sea superfluo recordar que estamos en presencia de un contrato privado no sujeto a regulación armonizada (artículos 3.2 e), 16 y 20.1 TRLCSP), en cuya licitación sólo deben guardarse las exigencias derivadas del artículo 191 TRLCSP, y en la que, por lo tanto, las causas de exclusión de la licitación son las incluidas en los correspondientes Pliegos (y, en su caso, en las normas internas de contratación de la entidad, que, en el caso que nos atañe, nada prevén sobre el particular).

C.a.- Más detenida, aunque igualmente de sentido desestimatorio, debe ser la respuesta a la supuesta falta de concreción del motivo de exclusión. Desde luego, asiste la razón a la recurrente cuando afirma que la notificación de 15 de octubre de 2012 se limitó a incluir una cláusula que, por su carácter genérico, impedía conocer la razón de la decisión adoptada.

Y es que no basta con decir que se ha incumplido una cláusula del pliego al incluir “valores relativos a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (sobre 4) en la propuesta relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (sobre 3)”, si no se detalla cuáles son esos valores, pues, al menos en principio, sólo con ese dato podía disponer el licitador de toda la información necesaria para deducir el oportuno recurso, que es el parámetro con el que debe juzgarse la suficiencia o insuficiencia de la motivación (Resoluciones 183/2011, 187/2011, 287/2011, 171/2012 y 198/2012, entre otras). Al no hacerlo, es evidente que se vulneró el principio de transparencia que proclama el artículo 191 TRLCSP.

Ello, empero, no debe llevar consigo la anulación del acuerdo de exclusión, pretensión respecto de la cual este Tribunal debe reiterar la doctrina sentada, entre otras, en las Resoluciones 272/2011 y 198/2012 y recordar que la notificación es un acto distinto del acto notificado que actúa como condición de eficacia de aquél, de forma que, si de la

documentación incorporada al expediente se deriva que el acto de que se trate está suficientemente motivado, aun cuando la notificación del mismo haya sido realizada incorrectamente, no concurriría causa suficiente para su anulación. En el mismo sentido, en fin, cabe reseñar el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de julio de 2002 (expediente 1770/2002) en el que se sostiene que la notificación es un requisito de eficacia y no de validez del acto administrativo, de manera que los eventuales defectos no aquélla no determinan la ilegalidad del acto, aunque sí que no surta efectos frente a su destinatario.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la lectura del expediente, y en particular, del informe elaborado por el Departamento de Servicios Electrónicos mencionado en el ordinal segundo de los antecedentes de hecho de esta Resolución, revela cuál fue la razón de la exclusión decretada: la inclusión en el sobre 3, relativo a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor, de información referida a los criterios cuantificables mediante la simple aplicación de fórmulas (en concreto, el plazo para el establecimiento de la capacidad operativa). Ello supone, en suma, que la exclusión está suficientemente motivada y que, por lo tanto, no existen méritos para acordar su anulación.

C.b.- Por otro lado, y centrándonos ahora en la notificación dirigida a la recurrente, lo cierto es que los defectos de los que adolece han quedado subsanados con el devenir ulterior del procedimiento.

En efecto, y tal y como se ha reflejado en el quinto de los antecedentes de esta Resolución, el órgano de contratación dirigió el 24 de octubre de 2012 una comunicación en la que, además de reiterar el contenido de la notificación cursada el 15 de octubre de 2012, especificó cuál era la información relativa a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas que se había incluido indebidamente en el sobre 3.

Esta información adicional entraña una verdadera convalidación de la notificación inicialmente practicada, que, al amparo del artículo 67 LPC, hace desaparecer el defecto de motivación reseñado, desde el momento en que se pone en conocimiento de la empresa licitadora cuáles fueron las razones concretas de su exclusión. En este sentido, cabe citar aquí la Resolución 73/2012 de este Tribunal, si bien, frente a lo que allí se

acordó, en la presente ocasión no es posible apreciar la falta de objeto del recurso desde el momento en que el recurrente esgrimió, además, motivos adicionales frente a la resolución impugnada, y a los que a continuación se hará referencia.

El motivo debe, por lo tanto, ser desestimado.

Octavo. El tercero de los motivos esgrimidos por el recurrente se refiere a una supuesta “infracción de las normas que exigen el secreto de la información correspondiente a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática”, rúbrica bajo la que, en síntesis, aduce que no resulta procedente acordar la exclusión del procedimiento de licitación dado el escaso peso que en la ponderación de las ofertas tenía la información que fue incluida en el sobre 3 y que, a su vez, formaba parte de los criterios evaluables mediante la simple aplicación de fórmulas económicas del sobre 4.

Este Tribunal comparte, como no podía ser menos, toda la doctrina que expone la recurrente acerca de la finalidad perseguida por los artículos 150.2 TRLCSP y 26 RD 817/2009 y demás preceptos concordantes, en el sentido de que con la obligación de valorar los criterios que requieran un juicio de valor antes que los que no son susceptibles de tal se trata de salvaguardar la imparcialidad de criterio del órgano de contratación.

Sin embargo, frente a ello cabe recordar aquí que el tenor del Pliego de Prescripciones Técnicas no admite equívoco ninguno cuando contempla en su apartado 6.1 (página 90) que “[...] el licitador no deberá incluir en el sobre 3 información de la oferta que sea valorada de forma cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas. En caso contrario la oferta de dicho licitador NO será tomada en cuenta en el presente procedimiento.”

El pliego se pronuncia de manera tajante y del todo concluyente: la inclusión de cualquier información relativa a esos criterios evaluables de manera automática determina la exclusión del procedimiento de licitación. Los reproches que formula el recurrente frente al acuerdo de exclusión deberían, más bien, haber sido dirigidos contra el contenido de los pliegos; al no haberlo hecho, debe estarse a su contenido, imponiéndose la desestimación del tercer motivo esgrimido.

Noveno. El último de los motivos aducidos por el recurrente se refiere a la “infracción de los principios de concurrencia y proporcionalidad en el procedimiento de adjudicación del contrato”, en el que se expone que la inclusión de la información referida al plazo de establecimiento de la capacidad operativa y que determinó su exclusión del procedimiento de licitación era una exigencia impuesta por los propios Pliegos.

Este Tribunal comparte tal razonamiento.

En efecto, el apartado 6.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, referido al contenido del sobre 3, prevé que los licitadores deben adjuntar una propuesta con el contenido que se detalla en él, y en el que se incluye un apartado 3, de características técnicas, respecto de las que se dice [énfasis añadido]:

<<a. Solución propuesta. Descripción detallada del conjunto de trabajos a realizar por el adjudicatario de acuerdo con lo recogido en el apartado 3 del presente Pliego, la metodología y procedimientos que utilizará para acometer cada una de las actividades, así como mecanismos y herramientas para realizar el control y seguimiento de los trabajos. Deberá incluir como mínimo la descripción de los siguientes trabajos:

- i. Continuidad de las operaciones*
- ii. Establecimiento de la capacidad operativa***
- iii. Establecimiento de la capacidad productiva*
- iv. Preparación y traslado*
- v. Digitalización*
- vi. Devolución de la documentación*
- vii. Catalogación y entrega*
- viii. Gestión de incidencias*

El licitador especificará los aplicativos que soporten el proceso completo (desde la elaboración del replanteo hasta la entrega del documento electrónico y la gestión de

incidencias en tiempo de garantía), incluyendo la descripción técnica y funcional, el uso de herramientas comerciales, propietarias, adaptaciones sobre las mismas, etc.

*b. Plan de proyecto. **Planificación detallada de todas las tareas a acometer para la ejecución del proyecto, incluyendo principales actividades, hitos, duración y recursos necesarios para llevarlo a cabo.** El licitador describirá todos los aspectos referentes a la logística del proyecto y los elementos de gestión a tener en cuenta para que se pueda llevar a cabo el mismo. Asimismo, incluirá el plan de formación y de soporte necesarios para el éxito del traspaso de las funciones a la finalización de los trabajos. >>*

El tenor literal del pliego –primer elemento interpretativo de cualquier contrato a tenor del artículo 1281 CC- no admite dudas: es preciso referirse al plazo de duración de todas las tareas incluidas en el proyecto, dentro de las que, a su vez, figura el establecimiento de la capacidad operativa. Y ante la antinomia que ello entraña con la cláusula de exclusión del apartado 6.1 del Pliego sólo caben dos opciones, a saber:

a.- Entender que el licitador ha de mencionar la duración de todas las tareas necesarias para la ejecución del proyecto, salvo la de aquéllas que, a su vez, constituyan criterios de adjudicación valorables mediante la simple utilización de fórmulas y que son propias del sobre nº 4.

b.- Restringir, por el contrario, el ámbito de aplicación de la cláusula de exclusión a aquellos casos en los que el licitador incluye en el sobre nº 3 información propia del sobre nº 4 distinta de la expresamente exigida en el apartado 6.1 del Pliego.

Aunque ambas soluciones son posibles y razonables, este Tribunal debe inclinarse por la segunda de ellas, en consideración al principio fundamental que preside la normativa reguladora de la contratación del sector público, y que no es otro que el de favorecer la mayor concurrencia posible (véanse Resoluciones de este Tribunal 64/2012 y 193/2012), del que deriva, en lógico corolario, la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones al mismo (Resolución 267/2011), entre las que se encuentran, desde luego, las cláusulas de exclusión como la que aquí estamos tratando.

En último término, debe traerse a colación el artículo 1288 CC, que invoca acertadamente la recurrente, y que prohíbe que la interpretación de las cláusulas favorezca al causante de la oscuridad, lo cual es tanto como decir que no puede perjudicar al contratante inocente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 28 de enero de 1989 –RJ 1989/156-) o que, incluso, debe favorecer a éste (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 8 de noviembre de 2001 –RJ 2001/9290-). En la medida en que los licitadores –y entre ellos la mercantil aquí recurrente- son ajenos a la redacción del pliego, el principio interpretativo señalado aboca a reputar improcedente que pueda expulsarse del procedimiento de contratación a quien se ha ajustado a una interpretación cuando menos razonable de una cláusula que no puede sino ser tildada de ambigua y confusa.

Todo ello conduce, en fin, a la estimación del recurso y a dejar sin efecto la exclusión acordada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar, por las razones expuestas en el fundamento de derecho noveno de esta Resolución, el recurso interpuesto por D^a. V.V.A., en representación de “DOCOUT, S.L.” y anular la resolución de 15 de octubre de octubre de 2012, que acordó su exclusión del procedimiento de licitación referido al contrato de digitalización y catalogación de expedientes judiciales (nº de expediente 073/12-SV), acordando la retroacción de actuaciones hasta el momento previo a dicha exclusión y ordenando la admisión de la oferta de la recurrente.

Segundo. Alzar la medida cautelar de suspensión del procedimiento acordada el 29 de octubre de 2012.

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 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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.