



Recursos nº 329/2014 C.A Cantabria nº 009/2014
Resolución nº 403/2014

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

En Madrid, a 23 de mayo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.M.U., en su condición de administrador y representante legal de la mercantil EC HARRIS ESPAÑA, S.L.U, y D. P.A.C., en su condición de administrador y representante legal de la mercantil GLOBESALUD CONSULTORES, S.L, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 19 de marzo de 2014, de exclusión de la Unión Temporal de Empresas EC HARRIS ESPAÑA, S.L.U - GLOBESALUD CONSULTORES, S.L-, del procedimiento abierto para la contratación de servicios para el desarrollo de funciones de asistencia técnica en el control y seguimiento de la fase inicial del contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado para una actuación global e integrada en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, a través de una oficina técnica de seguimiento y control de calidad, expediente: HV72014/0/0005, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En el Boletín Oficial del Estado de 4 de enero de 2014 fue publicada la Resolución del Servicio Cántabro de Salud, Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, por el que se convoca concurso por procedimiento abierto para la contratación del servicio para el desarrollo de funciones de asistencia técnica en el control y seguimiento de la fase inicial del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para una actuación global e integrada en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla a través de una oficina técnica de seguimiento y control de calidad.

El 30 de enero de 2014 fue publicada en el BOE una modificación del anuncio.

El 27 de diciembre de 2013 fue remitida al Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación para su publicación en el Suplemento de dicho diario relativo a la contratación pública. Esta publicación tuvo lugar el 31 de diciembre de 2013.

El 17 de enero de 2014 fue publicado el anuncio de la licitación en el Boletín Oficial de Cantabria. El 6 de febrero se publicó la rectificación del anuncio.

Segundo. El procedimiento para la celebración del contrato de servicios objeto de este recurso se ajusta al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público; y, en lo que no resulta contrario a la Ley y al Reglamento, se aplicará el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Tercero. El Pliego de Condiciones Administrativas Particulares que rige la contratación dispone: El PCAP al regular el procedimiento de adjudicación prevé la presentación por los licitadores de tres sobres. Así:

El Sobre A:

- *deberá incluir la documentación relacionada en el apartado III.4.B Capacidad para contratar.*

El Sobre B:

- *debe incluir la documentación técnica que sea considerada relevante en relación con el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el Pliego de Prescripciones técnicas particulares y la documentación relativa a los aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, que deba ser examinada conforme al apartado N, 2º del cuadro de características, por estar sujeta a juicio de valor.*
- *En el caso de que se admitan la presentación de mejoras por parte de los licitadores, estos deberán de presentar la documentación relativa a las mismas,*

en el sobre B, cuando se refieran a aspectos de la oferta que no puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de formular.

- *Deberá incluirse en el Sobre B:*
- *Memoria descriptiva sobre el planteamiento y ejecución de las funciones que debe realizar.*
- *Mejoras.*

El Sobre C:

- o *Deberá contener la proposición y documentación económica y de aquellos otros aspectos valorables con la aplicación de fórmulas previstas en el apartado N. Se incluirá en el sobre "C" identificado al efecto e independiente del resto de la documentación.*
- o *Contendrá exclusivamente una o varias proposiciones económicas (en caso de existir variantes), detalladas conforme al modelo que figura como Anexo I y Anexo 2 bis, indicándose en ella el importe del impuesto sobre el valor añadido (IVA) como partida independiente.*
 - *Deberán incluirse en el sobre C:*
 - *Anexo I.*
 - *Anexo 2 bis.*

Las ofertas que excedan el presupuesto total máximo formulado por la Administración, serán rechazadas.

Se excluirá del procedimiento a aquellos licitadores que incluyan documentación correspondiente a fases posteriores debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases tal como determina el artículo 150.2 del TRLCSP.

Cuarto. Según el Acta de la reunión de la mesa de contratación del día 19 de marzo de 2014, se acuerda excluir a las empresas recurrente: *“por presentar en el sobre A datos referidos al sobre B `aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”*. (Mejoras en el nº de horas de dedicación al contrato).

Los criterios de adjudicación están previstos en el PCAP en la letra N y diferencia entre los aspectos de la oferta cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas y los aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de formular. Entre estos últimos prevé el PCAP un criterio 2, titulado mejoras, cuya letra b) incluye el número de horas de dedicación al contrato. Este criterio valora la oferta de un mayor número de horas de dedicación al contrato por encima de las siguientes cifras referidas a la duración total del contrato en cada una de las diferentes categorías:

- Director del Proyecto Superior a 1.344 horas.
- Técnicos de seguimiento de la infraestructura superior a 10.080 horas.
- Técnicos de seguimiento de la prestación de los servicios y explotaciones comerciales superiores a 6.720 horas.
- Personal de Equipamiento superior a 3.360 horas.

El PCAP indica que el criterio 2. Mejoras, será valorado hasta 10 puntos, la valoración se hace en la fase 1 del procedimiento y la oferta relativa al criterio mejora se incluirá en el sobre B.

Quinto. El recurso se interpuso ante el órgano de contratación el día 16 de abril de 2014. La tramitación del procedimiento de licitación no se ha suspendido ya que no se recurrió frente al acto de adjudicación y no fue solicitada medida cautelar alguna.

Sexto. La Secretaría del Tribunal con fecha 30 de abril de 2014 dio traslado a los interesados para que pudieran realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente respecto del recurso.

Las empresas Applus Norcontrol, SLU, y Mestesa Asesoría Sanitaria, SL, que concurren en UTE a la licitación, así como Hill International (Spain), SA y Antares Consulting, SA,

que concurren a la licitación en UTE formulando su proposición, han presentado alegaciones en las que se hacen valer sus argumentos de oposición a la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el Art. 41.3, del TRLCSP, en el marco del Convenio de colaboración suscrito el 28 de noviembre de 2012 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE de 13 de diciembre de 2012).

Segundo. La impugnación del acto de exclusión del procedimiento de contratación, de acuerdo con el artículo 40.2.b) del TRLCSP, es susceptible de recurso cuando se refiera a alguno de los tipos de contratos contemplados en el artículo 40.1 del TRLCSP. En este caso, el contrato que se pretende celebrar es de servicios sujeto a regulación armonizada, y por tanto previsto en la letra a) del artículo 40.1 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpuso ante el órgano de contratación que, por delegación del Director General del Servicio Cántabro de Salud, es el Director Gerente del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, el día 16 de abril de 2014.

De la documentación del expediente remitida al Tribunal consta que la fecha de notificación del acuerdo de exclusión es el 1 de abril de 2014. En consecuencia, debe estimarse cumplido el plazo previsto en el artículo 44 del TRLCSP para la interposición del recurso especial.

Más allá de la interposición del recurso no consta que este fuera anunciado al órgano de contratación, hecho que no obsta la tramitación del mismo.

Cuarto. En los términos del artículo 42 del TRLCSP, debe considerarse cumplida la condición de legitimación para recurrir de las empresas EC HARRIS ESPAÑA, SLU, y

GLOBESALUD CONSULTORES, SL, por ser perjudicadas por el acuerdo de exclusión del procedimiento.

Quinto. El recurso se fundamenta en que la UTE recurrente cometió un *error subsanable y/o insustancial por la aparición en el sobre A de un documento borrador de trabajo cuyo original ya trabajado y formalizado está en el sobre B*, en consecuencia se pretende por las empresas excluidas que se tenga por excluido sólo el documento y apartado del expediente y en consecuencia, no se excluya a la UTE.

En el trámite de alegaciones las empresas Applus Norcontrol, S.L.U, y Mestesa Asesoría Sanitaria, S.L que concurren en UTE a la licitación estiman que el documento incluido en el sobre A se trata de un documento del sobre B aportando datos relativos a aspectos no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, esto es, las mejoras en el número de horas de dedicación al contrato. En el mismo sentido se expresan las empresas Hill International (Spain), S.A y Antares Consulting, S.A.

El informe del órgano de contratación, de 29 de abril de 2014, se remite para sostener el acuerdo de exclusión a las previsiones del PCAP. El Pliego en el apartado I. CUADRO DE CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO, letra M. DOCUMENTACIÓN A INCLUIR EN LOS SOBRES A, B y C, añade en su último inciso que se excluirá del procedimiento aquellos licitadores que incluyan documentación correspondiente a fases posteriores debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases tal como determina el artículo 150.2 del TRLCSP. En apoyo de su informe el órgano de contratación se sirve de la Resolución 1/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Sexto. Entrando en el fondo de la cuestión, interesa analizar el documento del que se dice anticipa una parte de la propuesta técnica.

En el expediente de contratación remitido al Tribunal consta un archivo identificado como Sobre 1 o A, “documentación personal” que consta de 413 páginas. En la página 291 de este documento se contiene una tabla en la que se identifican categorías profesionales, número de horas dedicadas al contrato distribuidas entre los 24 meses de duración del

contrato. En el documento se incluye una columna en la que se comparan las horas requeridas, la mejora de horas y el porcentaje de mejora.

A juicio de este Tribunal el documento descrito responde al criterio de adjudicación previsto en el número 2, letra b) de los criterios de adjudicación, identificado como mejor número de horas dedicadas al contrato por encima de las previstas en el Pliego.

Este documento, según prevé el pliego, debería haber sido incluirse en el sobre B y no en el sobre A como hizo la UTE recurrente. La propia UTE recurrente reconoce que este documento se incluyó en el sobre A calificando el hecho como un error subsanable.

Para apreciar el carácter de la irregularidad se aprecia que el PCAP prevé la exclusión del procedimiento a aquellos licitadores que incluyan documentación correspondiente a fases posteriores debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases tal como determina el artículo 150.2 del TRLCSP. El Pliego distingue, al regular los criterios de adjudicación, dos fases, la primera relativa a la valoración de los aspectos de la oferta cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, cuyo concepto único es el precio, y se debe valorar en la fase dos; de los aspectos de la oferta no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, que incluye a las mejoras y deben valorarse en la fase uno. El Pliego indica que los criterios que se han de valorar en la fase dos se incluyen en el sobre C y los criterios que se valoran en la fase uno se incluyen en el sobre B. De esta explicación se deduce que el supuesto prohibido que se sanciona con la exclusión sería incluir en el sobre B, relativo a los elementos de la oferta valorables mediante fórmulas. No obstante, el recurso plantea el caso de haber incluido un documento en el sobre A que debería incorporarse al sobre B, lo que permitiría considerar la posibilidad de que el Pliego no contemple el caso como supuesto de exclusión. Esta solución no resulta ajustada a derecho considerando la normativa aplicable y la doctrina del Tribunal.

En el ámbito normativo, 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, (...)". Establece el artículo 160.1 para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones que *"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.

Este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011, referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011).

Como se decía en la Resolución 95/2012, *"A estos efectos, con carácter previo, conviene traer a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, reiteradamente comentada por esta Junta en anteriores informes, expone que: "El Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada*

una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes”.

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

Pues bien, en este sentido, tal y como este Tribunal ha señalado en su resolución 67/2012 de 14 de marzo, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones (características de la oferta) antes de que se celebre el acto público de apertura -como es el caso de la empresa ahora recurrente, al incluir información evaluable de forma automática en el sobre destinado a la documentación general (características de la empresa)- rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario tanto a lo previsto en el artículo 144.1 “in fine” de la LCSP (art. 160 TRLCSP), que dispone: “En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”, como a lo señalado en el artículo 129.2 de la LCSP (art.145 TRLCSP) de conformidad con el cual “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”, preceptos ambos aplicables en virtud de lo dispuesto en los artículos 28 y 38 de la Ley 24/2011, de 2 de agosto, en cuanto que se remiten a lo dispuesto en los artículos 129 -apartados 1, 2, 3 y 5-, 130 y 141 a 144 de la LCSP (arts.145, 146 y 157 a 160 TRLCSP).

Igualmente en nuestra resolución 147/2011 de 25 de mayo, pusimos de manifiesto que la documentación conteniendo los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas no debía incluirse en el sobre de la documentación a que se refiere el artículo 130 de la LCSP (art. 146 TRLCSP) pues ello supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley de Contratos del Sector Público, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella. Ya en esa resolución dijimos que “la situación antes descrita -

tratada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 68/08 de 2 de diciembre, si bien referida a la Ley 31/2007 de 30 de octubre, y a un supuesto de inclusión de información de aspectos económicos de la oferta en la documentación técnica - hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas”.

Concluye la resolución 67/2012 señalando que “debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate”.

Siendo el criterio expuesto para el caso objeto de este recurso en el que se adelantó en el sobre A, que contiene la documentación general o los requisitos previos, en cuanto se presenta un documento que contiene la descripción de los conceptos que forman parte de uno de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor, sólo cabe confirmar la resolución recurrida, excluyendo a la UTE recurrente del procedimiento de licitación.

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 las mercantiles EC HARRIS ESPAÑA, S.L.U, y GLOBESALUD CONSULTORES, S.L, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 19 de marzo de 2014, de exclusión de la Unión Temporal de Empresas EC HARRIS ESPAÑA, SLU -GLOBESALUD CONSULTORES, S.L-, del procedimiento abierto para la contratación de servicios para el desarrollo de funciones de asistencia técnica en el control y seguimiento de la fase inicial del contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado para una actuación global e integrada en el Hospital

Universitario Marqués de Valdecilla, a través de una oficina técnica de seguimiento y control de calidad, expediente: HV72014/0/0005, al infringir la prohibición de incluir en la documentación relativa a los requisitos previos de la licitadora para acudir al procedimiento información relativa a su proposición, evaluable en un momento ulterior.

Segundo. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe de la recurrente a los del 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 Cantabria, 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. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.