



Recurso nº 1053/2014 C.A. Región de Murcia 49/2014

Resolución nº 89/2015

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

En Madrid, a 30 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. P. D. P., en representación de SERENÍSIMA IBERIA, S.L., contra la exclusión del procedimiento de licitación del “*Servicio de cocina y comedor en las escuelas infantiles municipales de Cartagena*”, convocado por el Excelentísimo Ayuntamiento de Cartagena, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Cartagena convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 15 de septiembre de 2014 el proceso de licitación para la contratación del servicio de cocina y comedor en las escuelas infantiles municipales.

Segundo. La licitación se ha venido desarrollando de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP), y demás legislación aplicable en materia de contratación pública.

Tercero. Reunida la Mesa de Contratación el día 18 de noviembre de 2014, acordó la exclusión del proceso de licitación de dos licitadoras, la recurrente SERENÍSIMA IBERIA, S.L. y SERVICIOS RENOVADOS DE ALIMENTACIÓN, S.A., por haber incluido las dos, en sus respectivas proposiciones técnicas, datos económicos que debieron ser incluidos en el sobre tercero relativo a la oferta económica.

Por resolución de 24 de noviembre de 2014, se excluyó a SERENÍSIMA IBERIA, S.L de la licitación, siendo recurrida la misma por esta vía y por la mencionada mercantil.

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 17 de diciembre de 2014.

Quinto. El 22 de diciembre de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de forma que, según lo previsto en el artículo 47.4 del TRLCSP, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el 4 de octubre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de noviembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 5 de noviembre de 2012.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de exclusión adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de servicios de la categoría 17 del

Anexo II del TRLCSP, y por tanto susceptible de este recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40, apartados 1.b) y 2, también del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una empresa que ha concurrido al procedimiento de licitación de referencia.

Quinto. Por lo que al fondo del recurso se refiere, el recurrente expone su disconformidad con el acuerdo de exclusión del proceso de licitación, alegando exclusivamente que, si bien es cierto que en el sobre que contenía la oferta técnica, el sobre número 2, se había introducido un dato de carácter económico, la razón de esta inclusión encontraba su amparo en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares, que en la cláusula 7.4 relativa a los criterios de adjudicación, dispone lo siguiente:

“7.4. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y VALORACIÓN.

7.4.1.- CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR, a los que debe referirse la documentación a aportar en el SOBRE NÚM. 2, a los que se les atribuye una puntuación máxima de 20 puntos, con la siguiente distribución:

- MEMORIA TÉCNICA.....hasta 8 puntos.

La puntuación se otorgará atendiendo a:

Organización del servicio, programa del trabajo.....hasta 2 puntos.

Materias primas.....hasta 2 puntos.

Elementos Técnicos.....hasta 2 puntos.

Relación de Menús y características de los mismos.....hasta 2 puntos.

-MEJORAS AL CONTRATO.....hasta 12 puntos.

La puntuación se otorgara a las ofertas de mejoras cuantitativas/cualitativas en los menús ofertados: menús en ocasiones festivas y participación en actividades extraescolares.

7.4.2.- CRITERIO DE EVALUACIÓN AUTOMÁTICA, al que debe referirse la documentación a aportar en el sobre NUM. 3:

- Oferta económica.....hasta 80 puntos.

En particular se refiere al criterio relativo a las mejoras del contrato, que dispone que se podrán efectuar ofertas de mejoras cuantitativas, siendo este el motivo por el que se incluyó como tal, es decir, como mejora cuantitativa, la consistente en *“Dotación de 200 euros anuales por escuela infantil para la participación en actividades extraescolares (salidas, visitas, etc)”*.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe invoca la previsión contenida en la cláusula 7.3 del mencionado pliego de cláusulas administrativas particulares, que al referirse a la documentación que debía incluirse en cada uno de los sobres, al referirse concretamente a la del sobre nº 2, de forma expresa establece que *“Se excluirán las ofertas que en el sobre nº 2, incluyan referencias a la oferta económica correspondiente al sobre nº 3”*.

Considera este órgano que la expresión “cuantitativas” prevista en el criterio de adjudicación referenciado, en ningún caso se refiere a importe económico. Expone literalmente el informe que por *“Mejoras cuantitativas se referían a número de menús ofertados en las ocasiones festivas, no a importe económico de los menús festivos y mucho menos a dotación económica de 200 euros anuales por Escuela infantil como hace la recurrente”*.

Sexto. Planteada en estos términos la cuestión que ha de ser objeto de análisis, este Tribunal procede a invocar su elaborada doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación contenida en el TRLCAP, encontrándose así entre otras, las Resoluciones números 22/2013 y 27/2013, ambas de 17 de enero, 62/2013, de 6 de febrero, y 291/2013, de 17 de julio.

Así se 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 067/2012), 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) 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).

En nuestra Resolución 095/2012, trajimos 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 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.

Con respecto al supuesto de inclusión de documentación de criterios evaluables mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor, la Resolución 62/2013, señalábamos que lo que el

TRLCSP pretende al disponer que *"la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia (...)"* (artículo 150.2 in fine), no es otra cosa sino garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de estos criterios no influye en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se haya atribuido por razón de los criterios evaluables mediante fórmulas.

La pretensión del legislador tiene como fundamento el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Tal pretensión se materializa en el artículo 150.2 del TRLCSP disponiendo que *"las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada"*, y estableciendo por ello el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que *"la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos"*.

En fin, el razonamiento del legislador queda complementado con lo dispuesto en el artículo 30.2 del mismo Real Decreto a cuyo tenor *"en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor"*.

También señalábamos en nuestra Resolución 191/2011 que *"la norma cuando se refiere a "documentación" no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene ("escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo"*,

en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, RAE, 22 edición) pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores”.

Igualmente señalamos en la referida Resolución 191/2011 que la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, *“es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre 2º resulta ratificada en el sobre 3º, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión- por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aún, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada.”*

Esto no obstante la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, *“siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal”* (Resolución 233/2011).

En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas.

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad

contratante, pues para la producción del efecto excluyente **se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula**. La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo:

"Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato."

En el presente supuesto, la entidad recurrente presenta en el sobre nº 2, concretamente en el apartado relativo a las mejoras, un dato que aparentemente no puede considerarse como tal, es decir como mejora, puesto que el concepto de *mejora cuantitativa* debía referirse al número de menús que se ofertaban, y no, como hace el recurrente, a la oferta de un cheque de 200 euros por cada uno de los centros.

Ahora bien, partiendo de la no consideración de este concepto como mejora de las previstas en el pliego, debe de examinarse si su inclusión en el sobre nº 2 condiciona, o

hubiera condicionado, la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, rompiéndose así el principio de separación entre los criterios que dependen de un juicio de valor y los que dependen de fórmulas, por influir estos últimos en la toma en consideración de los primeros, es decir, de los criterios que dependen de un juicio de valor.

Para llevar a cabo esta averiguación, debemos conocer el criterio sujeto a fórmula, que consistía en el precio de la oferta, que equivalía al coste de la prestación del servicio por el período de duración del contrato, y cuyo importe máximo, equivalente al presupuesto máximo de licitación, ascendía a 1.094.560 euros, IVA no incluido (cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares).

Pues bien, considera este Tribunal, que la inclusión del dato relativo al cheque de 200 euros, ninguna relación o información proporciona sobre el precio ofertado e incluido en el sobre número 3, no pudiendo por tanto haber condicionado ni influido en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor por haberse tenido conocimiento de datos propios de la oferta económica, al no guardar relación con la misma, por lo que no puede considerarse infringido el artículo 150.2 del TRLCSP que preserva el principio del secreto de las proposiciones.

Procede por tanto la estimación parcial del recurso y la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas técnicas, sin que deba tenerse en cuenta a este respecto la valoración de la mejora consistente en el cheque de 200 euros por escuela infantil al no poder considerarse como tal mejora la propuesta por la recurrente.

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. P. D. P., en representación de SERENÍSIMA IBERIA, S.L., contra la exclusión del procedimiento de licitación del

“*Servicio de cocina y comedor en las escuelas infantiles municipales de Cartagena*”, convocado por el Excelentísimo Ayuntamiento de Cartagena, por no ser ajustada a derecho la misma, debiéndose retrotraer las actuaciones al momento de la valoración de la oferta técnica, a fin de que se valore la presentada por la recurrente, en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con el art. 47.4 del TRLCSP.

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 del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo de 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.