



Recurso nº 1066/2014 C. Valenciana 130/2014

Resolución nº 91/2015

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

En Madrid, a 30 de enero de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. J. J. C. G., en representación de IDEX IDEAS Y EXPANSION, S.L., contra resolución de exclusión en el proceso de adjudicación del contrato de *“Servicio de actividades orientadas a la intervención y reinserción social”* del Ayuntamiento de Elche, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por medio de anuncio publicado en el perfil del contratante y en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante en fecha 19 de abril de 2014, el Ayuntamiento de Elche licitó el contrato de *“Servicio de actividades orientadas a la intervención y reinserción social”*. El plazo de duración del contrato se estableció en dos años prorrogables por otros dos, su valor estimado en 1.746.545,36 euros y la contratación se debía ajustar a la tramitación ordinaria y procedimiento abierto. El contrato corresponde a la categoría 25 del anexo II del TRLCSP.

Segundo. Previamente a tales anuncios habían sido aprobados los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas. A la vista del recurso e informe del órgano de contratación debe destacarse del citado PCAP y PPT:

(PCAP): Cláusula décimo segunda:

“...los siguientes criterios de adjudicación recogidos en la cláusula 16 del pliego de prescripciones técnicas y se resumen en:

A: Criterio de valoración subjetiva (hasta 21 puntos):

Calidad del proyecto técnico que establezca la propuesta de la prestación del servicio y recoja las actividades a realizar, los objetivos, la metodología y el contenido del servicio: se valorará hasta 21 puntos.

B. Criterios cuantificables automáticamente mediante un fórmula de valor (hasta 79 puntos):

a) Oferta económica, hasta un máximo de 50 puntos, resultantes de la aplicación de la siguiente fórmula:

Puntos = menor precio ofertado x 50/precio ofertado

b) Ampliación del servicio hasta 24 puntos, valorándose 8 puntos por cada figura profesional especializada:

- Terapeuta ocupacional

- Psicólogos

- Educador social

c) Ofertas en las que se comprometa la empresa licitadora a integrar en la plantilla que ejecutará el contrato entre un 5% y un 10% de personas con discapacidad igual o superior al 33%. Deberá aportar la correspondiente justificación con indicación concreta de las personas con discapacidad destinadas a la ejecución del contrato. Hasta un máximo de 5 puntos. La puntuación de integración de personas con discapacidad se obtendrá: mayor porcentaje ofertado x 5/porcentaje ofertado”.

Cláusula décimo séptima:

Las proposiciones constarán de 3 sobres cerrados (A, B Y C) identificados en su exterior con indicación de la licitación a la que se concurra y el nombre y apellidos o razón social de la empresa licitadora, así como con la firma del licitador o persona que le represente, dirección, teléfono, fax y/o correo electrónico.(...)

El contenido de cada sobre, deberá tener los requisitos que se señalan a continuación (...)

II.SOBRE B

Deberá tener el siguiente título SOBRE B: "DOCUMENTACIÓN TÉCNICA RELATIVA A LOS CRITERIOS NO EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO PARA ADJUDICAR EL SERVICIO DE DE ACTIVIDADES ORIENTADAS A LA INTERVENCIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL".

Que deberá incluir la documentación técnica relativa a los criterios no evaluables mediante fórmulas o criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor establecidos en la Cláusula 12 de este Pliego, en concreto el indicado en el apartado A.

En ningún caso en el sobre 8 se incluirá documentación sobre la oferta económica correspondiente al sobre C ni sobre aquellos criterios de valoración que sean objeto de valoración automática o mediante fórmula, ni referencia alguna a los mismos, siendo esto causa de exclusión de la licitación.

Del PPT:

DECIMOSEXTA. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Los criterios que servirán de base para la adjudicación, conforme a la siguiente ponderación, son (hasta un máximo de 100 puntos):

> Oferta económica, hasta un máximo de 50 puntos, resultantes de la aplicación de la siguiente fórmula: Puntos = menor precio ofertado x 50/precio ofertado

> Mejoras opcionales al servicio: 45 puntos, se valorarán de acuerdo con los siguientes:

a) Ampliación del servicio hasta 24 puntos, valorándose 8 puntos por cada figura profesional especializada:

- Terapeuta ocupacional

- Psicólogos

- Educador social

b) Calidad del proyecto técnico que establezca la propuesta de la prestación del servicio y recoja las actividades a realizar, los objetivos, la metodología y el contenido del servicio: se valorará hasta 21 puntos.

> Ofertas en las que se comprometa la empresa licitadora a integrar en la plantilla que ejecutará el contrato entre un 5% y un 10% de personas con discapacidad igual o

superior al 33%. Deberá aportar la correspondiente justificación con indicación concreta de las personas con discapacidad destinadas a la ejecución del contrato. Hasta un máximo de 5 puntos. La puntuación de integración de personas con discapacidad se obtendrá en función del mayor porcentaje ofertado.”

Tercero. Solicitaron participar en el proceso de selección tres licitadores, uno de de los cuáles era el recurrente. Tras la apertura de los sobres con la documentación administrativa relativa a la capacidad y solvencia, en sesión de la mesa de contratación de 1 de octubre de 2014 se procedió a la apertura de los sobres B, remitiendo su contenido al correspondiente departamento técnico para que los informara. Este, tal y como consta en el acta, emitió informe en el que puso de manifiesto que la oferta técnica de la recurrente incluía lo siguiente:

“La empresa IDEX, Ideas y Expansión, S.L. ha incluido en el sobre B lo siguiente:

- "la contratación durante todo el transcurso del contrato, de diferentes profesionales: terapeuta ocupacional 3 horas semanales, psicólogo tres horas semanales, educador social 3 horas semanales."*
- "que ante cualquier sustitución por baja del programa, baja laboral, se realizará una selección de personal con la finalidad de contratar personas con discapacidad" esto no significa la incorporación de personas con discapacidad en la plantilla.*

Dicha información debe estar exclusivamente en el sobre C, según lo dispuesto en la cláusula decimoséptima del PCAP, por lo que no se procede a valorar el proyecto presentado por la empresa IDEX, Idea y Expansión, S. L.”.

A su vista, la mesa de contratación acordó la exclusión de la oferta. El 28 de noviembre de 2014 la Junta de Gobierno Local ratificó la exclusión y adjudicó el contrato.

Cuarto. Disconforme con dicha exclusión IDEX IDEAS Y EXPANSION, S.L ha formulado recurso especial en materia de contratación en el que, tras realizar un extensa exposicion de resoluciones del Tribunal, expone, en esencia, que: No se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones y no se incluyó en el sobre b información relacionada con la oferta económica. El acuerdo recurrido ha realizado una interpretación extensiva de modo improcedente y no existe riesgo de contaminación del juicio de valor por cuanto no se han revelado los elementos del sobre C. La redacción de los pliegos -cláusula 16ª PPT en

relación con la 12ª PPCA-se prestaba a la confusión, y, en cualquier caso, la información suministrada no era evaluable mediante fórmulas. Se trata de una mera irregularidad formal y no se ha producido revelación de datos importantes a destiempo. Asimismo reprocha motivación incorrecta y defectos de notificación.

Quinto. El órgano de contratación ha emitido el oportuno informe. En él expone lisa y llanamente que el sobre B contiene información propia del sobre C: El error en la presentación de la oferta existe, tiene el carácter de un hecho objetivo y constatable, y solo imputable a la propia diligencia de la licitadora. En consecuencia, con remisión a motivación contenida el acuerdo de exclusión, propugna la desestimación del recurso.

Sexto. EL 12 de enero de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional solicitada consistente en suspender el procedimiento de contratación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en relación con el artículo 101 de la Ley 31/2007 y el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Valencia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. Los acuerdos de exclusión constituyen actos cuya revisión corresponde al Tribunal conforme establece el artículo 40.2 TRLCSP. El acuerdo se ha dictado en el procedimiento de licitación de un contrato de servicios de cuantía superior a 207.000 euros y categoría 25 del anexo II TRLCSP.

Tercero. El recurrente, en cuanto licitador excluido, se encuentra legitimado, conforme al artículo 42 TRLCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto ante el órgano de contratación en plazo 15 días dispuesto en el artículo 44.2.

Quinto. La cuestión a resolver en el presente recurso consiste en determinar si la información contenida en el sobre B presentado por el recurrente era la apropiada, esto es, se correspondía con los criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmulas o, por el contrario, incluía datos o elementos de valoración automática mediante fórmulas, que debían haberse incluido en el sobre C.

El artículo 150.2, tercer párrafo del TRLCSP dispone: *La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.*

Por su parte, el artículo 26 del Real Decreto 827/009 establece: *“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”.*

El artículo 27 establece que la apertura de sobres se hará de modo separado y el 30 que la ponderación de criterios dependientes de juicio de valor se realizará con antelación al resto.

La problemática suscitada ha generado un buen número de resoluciones del Tribunal. A modo de resumen, la resolución 890/2014, de 5 de diciembre señalaba:

“...En fin, en nuestra Resolución 62/2013, y respecto del 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, señalamos 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 señalamos 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 aun, 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 cumplieran 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 relación al recurso planteado, resulta que esta forma de presentación separada aparece debidamente establecida en el pliego, como se ha visto. Los términos de éste son claros y no dejan lugar a dudas y resulta, como señala el órgano de contratación, que se ha producido un error de modo objetivo e indiscutible. Entre los criterios de valoración automática, mediante fórmula, figuran *b) Ampliación del servicio hasta 24 puntos, valorándose 8 puntos por cada figura profesional especializada:*

- *Terapeuta ocupacional*
- *Psicólogos*
- *Educador social*

La oferta presentada por el recurrente incluía *"la contratación durante todo el transcurso del contrato, de diferentes profesionales: terapeuta ocupacional 3 horas semanales, psicólogo tres horas semanales, educador social 3 horas semanales"*. Esto supone que la proposición ofrece la información propia del sobre C, pues la aportación de profesionales es objeto de valoración automática, mediante fórmula establecida.

Consecuencia de lo expuesto, no es solo que no se ha respetado el tenor de los pliegos, sino que la oferta del recurrente se ha realizado de forma tal que impide el cumplimiento de la ley y reglamento mediante la separación en la apertura de las proposiciones sujetas

a valoración subjetiva y mediante fórmulas, así como el mandato de valoración previo de la oferta técnica sin conocimiento de la que sea el resultado de aplicar fórmulas. Corresponde a la esencia del sistema de valoraciones que la mesa de contratación efectúe la valoración subjetiva antes de tener conocimiento de la proposición a evaluar mediante fórmulas.

No puede ser aceptado el alegato de confusa redacción del PPT, no solo porque no fue en su día impugnado, sino porque tal confusión no existe, a la vista de las cláusulas 12 y 17 del PCAP, transcritas más arriba.

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 formulado por IDEX IDEAS Y EXPANSION, S.L., contra resolución de exclusión en el proceso de adjudicación del contrato de “*Servicio de actividades orientadas a la intervención y reinserción social*” del Ayuntamiento de Elche, por entender la misma ajustada a derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

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