

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 729/2016

Recurso nº 742/2016

Resolución nº 729/2016

En Madrid, a 23 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso formulado por D. J.L. M. R., en nombre y representación de la empresa OPTIMUS GESTION LOGISTICA, S.L. (en adelante OPTIMUS), contra la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, por la que se adjudica el contrato para el “Servicio de traslado de documentación, enseres y mobiliario en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad” (Expte. 201601PA0003); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación, la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, inició procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato para el “Servicio de traslado de documentación, enseres y mobiliario en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad” (Expte. 201601PA0003). El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 13 de abril de 2016 y en el BOE el 16 de abril de 2016.

Segundo. El procedimiento se desarrolló por los trámites del procedimiento abierto, de conformidad con lo señalado en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. Una vez abiertos los sobres nº 1 el 25 de mayo de 2016 y calificada la documentación administrativa con el resultado que obra en el expediente, el 1 de junio de 2016 la mesa de contratación procede a la apertura del sobre nº 3 relativo a los criterios evaluables mediante fórmula, al no haber previsto el pliego criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Al analizar los sobres presentados por las empresas, se observa que la empresa OPTIMUS ha presentado también un sobre nº 2, pese a que no era requerido por el pliego, dado que no se habían contemplado criterios sujetos a juicio de valor, motivo por el cual la oferta que se contiene en el mismo no fue abierta ni, por tanto, valorada.

Cuarto. Tras la celebración del acto público se procede a analizar las distintas ofertas, requiriendo a determinados licitadores para que aporten la justificación procedente, dado que algunas de ellas habrían incurrido en presunción de temeridad. Una vez finalizado dicho trámite con el resultado que obra en el expediente, el 18 de julio de 2016 se reúne nuevamente la mesa y, en virtud de la puntuación que resulta de la aplicación de las fórmulas previstas en el pliego, se propone la adjudicación del contrato a ORDAX COORDINADORA DE TRANSPORTE Y MERCANCÍAS, S.L. (en adelante ORDAX). El 29 de julio de 2016 la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad dicta resolución adjudicando el contrato a ORDAX, resolución que es notificada el 3 de agosto de 2016 a la ahora recurrente, así como a la adjudicataria.

Quinto. Frente a la citada resolución OPTIMUS formula recurso especial el 8 de agosto de 2016. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras en fecha 25 de agosto de 2016, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. El 29 de agosto de 2016 presentó alegaciones ORDAX, en el sentido de oponerse a las alegaciones del recurrente, confirmando la resolución de adjudicación.

Sexto. La resolución impugnada se encuentra suspendida desde la formulación del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, habiéndose confirmado el mantenimiento de la medida cautelar por resolución de 25 de agosto de 2016.

II. 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 41.1 del TRLCSP.

Segundo. El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 c) del TRLCSP, al tratarse del acto de adjudicación. Además, se trata un procedimiento de contratación de un contrato de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II del TRLCSP cuya cuantía es superior a 209.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 b) del TRLCSP.

Tercero. El recurso está interpuesto en tiempo y forma por persona legitimada para ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 42 del TRLCSP, puesto que, a la vista de la puntuación obtenida por el recurrente en relación con la proposición económica, si se estimara el presente recurso su puntuación podría ser superior a la del adjudicatario, lo que podría dar lugar eventualmente a la adjudicación del contrato a su favor.

Cuarto. En su recurso OPTIMUS alega, en resumen, la errónea tramitación del procedimiento al no haberse procedido a la apertura del sobre nº 2 que, de conformidad con la cláusula décima del PCAP, debía

contener los criterios no evaluables mediante fórmula, de suerte que se ha valorado con 0 puntos los criterios no económicos, siendo así que debieron haberse valorado con arreglo al pliego.

En contestación a dichas alegaciones, el órgano de contratación expone que lo que se leyó en acto público y fue objeto de valoración fue exclusivamente el contenido del sobre nº 3, sin que se haya procedido a la apertura del sobre nº 2 al no haberse incluido en el pliego criterios no evaluables mediante fórmulas. Por tal motivo, no se dio apertura al sobre nº 2 que había presentado la empresa OPTIMUS, al resultar improcedente su presentación, todo ello en virtud del principio de libre concurrencia e igualdad de trato.

La empresa ORDAX en sus alegaciones, cuestiona en primer término que se haya presentado sobre nº 2 por parte de OPTIMUS, al no constar su existencia en ninguna de las actas ni resto de documentos del procedimiento de licitación. En todo caso considera que, de haber existido, la introducción de documentación propia del sobre nº 3 en el sobre nº 2, como parece que habría ocurrido, hubiera determinado la exclusión de OPTIMUS del procedimiento de licitación, de conformidad con la cláusula décima del PCAP y el artículo 150 del TRLCSP.

Quinto. Del expediente administrativo y en particular del certificado del Registro de entrada del órgano de contratación se deduce que, efectivamente, la empresa OPTIMUS ahora recurrente había presentado junto con el sobre nº 3 un sobre nº 2, pese a que el pliego no contemplaba criterios sujetos a juicio de valor. En definitiva, la empresa OPTIMUS parece que de forma errónea habría calificado como criterios sujetos a juicios de valor los criterios que no eran estrictamente económicos, en concreto, la bolsa de horas extra gratuitas que podían ser ofertadas por los licitadores y que, de conformidad con el apartado 15.1 del cuadro de características al que se refería el PCAP, constituía también un criterio evaluable mediante fórmula, por lo que la oferta relativa al mismo debía introducirse en el mismo sobre nº 3.

Conviene aclarar en primer término que no cabe apreciar oscuridad alguna del PCAP, por más que pueda resultar algo desafortunado que se haga referencia al “sobre nº 3” cuando en el procedimiento de licitación no existe “sobre nº 2”, circunstancia que es sin duda consecuencia de la utilización de pliegos de cláusulas generales o modelos de pliegos, plenamente admitidos por la normativa de contratación del sector público. Más allá de esa pequeña inconsistencia, sin embargo, el pliego resultaba claro: el apartado 15.1 del cuadro de características se refería a los criterios evaluables mediante fórmula, incluyendo tanto los criterios económicos como los relativos a las horas extra, estando vacía la casilla del apartado 15.2, relativa a los criterios sujetos a juicio de valor, con lo que era claro que no resultaba procedente presentar el sobre nº 2.

La cuestión a dilucidar es, por tanto, cuál debe ser la actuación del órgano de contratación ante esta circunstancia: un licitador que, erróneamente y pese a la claridad de los pliegos, presenta su oferta en dos sobres diferenciados, el primero señalado como “nº 2” y el segundo señalado como “nº 3”, pese a que solo se contemplaron criterios evaluables mediante fórmula. Pues bien, a este respecto caben tres respuestas alternativas: a) la exclusión del licitador, por haber introducido documentación del sobre nº 3 en el sobre nº 2, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP y en la propia cláusula 10ª del pliego; b) no valorar la oferta contenida en el sobre nº 2, sino únicamente la presentada en el sobre nº 3, tal y como ha hecho el órgano de contratación o bien, c) abrir ambos sobres y valorar la oferta que resulte del conjunto de ambos.

Para dar respuesta a la anterior disyuntiva, resulta necesario partir de la consolidada doctrina elaborada por este Tribunal en relación con las ofertas presentadas por los licitadores de forma errónea. Pues bien, dicha doctrina puede ser resumida del modo que sigue:

a) Cuando la oferta presentada contiene errores o inexactitudes, el principio antiformalista que ha de presidir el procedimiento de licitación pública exige que el órgano de contratación, antes de decidir la exclusión de un licitador, solicite aclaraciones al mismo sobre su oferta, pero sólo en aquellos casos en que, a la vista de la presentada, los defectos que se hayan observado sean exclusivamente de carácter formal o meros errores de cuenta, que puedan ser aclarados sin necesidad de ampliar ni modificar la oferta inicialmente presentada (Resolución 876/2014).

b) Cuando el defecto consiste únicamente en que la oferta se ha formulado en un modelo distinto del señalado en los pliegos, pero es posible conocer la voluntad del licitador respecto de todos y cada uno de los extremos de la oferta, no es necesaria la aclaración, debiendo admitirse al licitador (Resolución 1145/2015).

c) Por el contrario, cuando el defecto resulta de imposible subsanación, por constituir una completa omisión de la oferta o haberse excedido del presupuesto de licitación, debe procederse a la exclusión del licitador (Resolución 744/2015).

d) La exclusión de un licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto del adecuado no es un criterio absoluto ni debe operar de forma automática, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación (Resoluciones 89/2015 y 1082/2015, entre otras). Antes bien, antes de expulsar a un candidato del procedimiento, debe analizarse si se ha podido quebrar la imparcialidad y la objetividad en la evaluación (Resolución 261/2016).

En definitiva, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, lo verdaderamente relevante no es la forma en que se presentan las ofertas, sino que se garanticen los principios de invariabilidad de la oferta y de igualdad de trato, lo que exige a su vez que se cumplan dos requisitos: a) que el error cometido no permita albergar duda alguna sobre la verdadera voluntad de la licitadora, y b) que ese error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva.

Pues bien, ambas circunstancias se dan en este caso. Por un lado, del expediente es posible deducir que, efectivamente, OPTIMUS presentó tres sobres con su oferta, es decir, que el sobre nº 2 que no llegó a ser abierto en el procedimiento de licitación se presentó en unidad de acto junto con los sobres nº 1 y nº 3, de suerte que su oferta estaba formada por el conjunto documental de los tres sobres presentados; así se recoge expresamente en el certificado del registro de entrada que obra en el expediente. Además, a la vista de la carátula del sobre nº 2 presentado por OPTIMUS no cabe albergar duda alguna de que en el mismo se contiene la oferta referida a este concreto procedimiento de licitación. Es decir, existen suficientes datos en el expediente que permiten garantizar que la oferta fue presentada por OPTIMUS con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas y que la misma estaba conformada por la documentación

obrante en los tres sobres presentados, sin que se haya producido modificación alguna de la misma a lo largo del procedimiento de licitación.

De otra parte, el hecho de que la oferta relativa a la bolsa de horas se pueda haber introducido un sobre distinto del de la oferta relativa a los criterios económicos en nada obsta a la objetividad del órgano de contratación a la hora de valorar las ofertas, dado que, precisamente, no se habían contemplado criterios sujetos a juicios de valor.

Por todo ello, procede la estimación del recurso y la anulación de acuerdo de adjudicación.

Sexto. En el presente caso la anulación de la adjudicación se produce como consecuencia de la incorrecta valoración de los criterios evaluables mediante fórmula, al no haberse valorado la oferta incluida en el sobre nº 2 por parte de OPTIMUS. Siendo esto así, es doctrina reiterada de este Tribunal que en tales supuestos la nulidad de la adjudicación debe determinar la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas, toda vez que, tratándose de la última fase de la valoración, no existe riesgo alguno de que se quiebre el principio de secreto de las proposiciones y con él el de igualdad de trato.

Por todo ello, procede retrotraer el procedimiento al momento de apertura de los sobres que contenían los criterios evaluables mediante fórmula y que se proceda a la apertura del sobre titulado “sobre nº 2” presentado por la empresa OPTIMUS y, a la vista del mismo, se efectúe una nueva valoración de la oferta presentada en el mismo con arreglo a los criterios establecidos en los pliegos.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso formulado por D. J.L. M. R., en nombre y representación de la empresa OPTIMUS GESTION LOGISTICA, S.L., contra la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, por la que se adjudica el contrato para el “Servicio de traslado de documentación, enseres y mobiliario en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad” (Expte. 201601PA0003), anulando la misma y ordenando la retroacción del procedimiento al momento de apertura de los sobres que contenían las ofertas relativas a los criterios evaluables mediante fórmula.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal de conformidad con los artículos 45 y 46 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 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.