

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 8/2016

Recurso nº 1149/2015

Resolución nº 8/2016

En Madrid, a 12 de enero de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. I.M.G. en nombre y representación de la entidad SOLDENE, S.A., contra el acto de exclusión por MUTUAL MIDAT CYCLOPS, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº1, de la licitación del “Servicio de limpieza para el centro asistencial de MUTUAL MIDA T CYCLOPS, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº1, sito en Madrid, Calle Rodríguez Sampedro 4-6” (expediente N201500673), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 4 de agosto de 2015 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado la convocatoria para contratar el servicio de limpieza para el centro asistencial de Mutual Midat Cyclops, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, nº 1, sito en Madrid, calle Rodríguez San Pedro nº 4-6, presentando ofertas seis licitadores. La convocatoria había sido igualmente publicada en el DOUE, Serie 5 de 7 de agosto de 2015.

Segundo. Mediante comunicación de 28 de octubre de 2015 la mesa de contratación comunicó a la aquí recurrente su exclusión del procedimiento de contratación dejando constancia, entre otras cosas, de lo siguiente:

“INCLUSIÓN EN EL SOBRE 2 DE INFORMACIÓN A INCLUIR EN EL SOBRE 3.

De conformidad a lo establecido en la cláusula 14a del Pliego de Condiciones Particulares en su apartado 5.3, 1 ° relativa a la “Oferta técnica y económica evaluable de forma automática “, los licitadores deben presentar dentro del Sobre 3, información sobre la periodicidad de los controles microbiológicos, cumplimentando para ello el Anexo nº8.

Por su parte, en el apartado S2. 10 del Pliego de Condiciones Particulares, relativo a la “Oferta técnica cuya ponderación depende de un juicio de valor”, se advierte a los licitadores de la necesidad de incluir únicamente dentro del Sobre nº 2, aquellos aspectos cuya valoración está sujeta a un juicio de valor, al indicar lo siguiente:

“No deberán aportarse en el presente SOBRE N° 2 ninguno de los ANEXOS cuya valoración sea automática (dichos ANEXOS deberán aportarse en el SOBRE N°3) VI.

En el presente supuesto, la empresa licitadora ha incluido, dentro del Sobre n° 2, información relativa a las frecuencias en la realización de los controles microbiológicos, periodicidad que, siendo objeto de valoración automática, debía proporcionarse únicamente en el Sobre n° 3 mediante la cumplimentación del Anexo n° 8.

La errónea inclusión de información de aspectos valorables automáticamente dentro de la documentación correspondiente al Sobre 2, supone contravenir no sólo lo dispuesto en la cláusula 14a del Pliego de Condiciones Particulares, sino también, la propia normativa de contratación del Sector Público.”

En la fundamentación de la exclusión se incluye asimismo la referencia a los artículos 150.2 y 145.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), así como a las resoluciones de este Tribunal 778/2015, de 4 de septiembre y 137/2014, de 21 de febrero.

Tercero. Disconforme la entidad SOLDENE, S.A. con su exclusión del procedimiento, tras anunciarlo al órgano de contratación, interpone ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación mediante escrito de recurso registrado de entrada el 5 de noviembre de 2015.

Cuarto. Recibido el escrito de impugnación en el Tribunal, se comunicó al órgano de contratación para que emitiera el informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, trámite que cumplimentó emitiendo el correspondiente informe de fecha 11 de noviembre de 2015, en el que se sustenta la legalidad de la exclusión de la recurrente del procedimiento de contratación.

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

Sexto. No se ha solicitado la adopción de medidas provisionales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De acuerdo con el artículo 41.1 del TRLCSP y el artículo 22.1.1° del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) este Tribunal es competente para conocer del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente.

Segundo. La sociedad aquí recurrente, como licitadora concurrente cuyos intereses se ven afectados por la exclusión del procedimiento ostenta legitimación para interponer el recurso (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero. De acuerdo con el artículo 40.2 b) del TRLCSP la exclusión de licitadores es acto susceptible del recurso especial.

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto. Sostiene la recurrente que no está justificada su exclusión del procedimiento por haber incluido en el Sobre número 2 información relativa a la frecuencia en la realización de controles microbiológicos, que siendo objeto de valoración automática debía proporcionarse únicamente en el Sobre número 3, porque se trata de un mero incumplimiento formal que no debe tener como efecto automático la exclusión.

Advierte que no es que el Anexo nº 8 relativo a la periodicidad de realización de controles microbiológicos se haya trasladado del Sobre 3 al Sobre 2, sino que se ha incluido en ambos, y no para anticipar el conocimiento de una información que pudiera influir en el juicio de valor, sino para asegurar que todos los aspectos de la oferta fueran tenidos en cuenta, ante una posible errónea interpretación de lo solicitado por el Pliego, que considera equívoco porque en el denominado “Árbol de Criterios de Adjudicación” los términos “Plan de calidad” se encuentran en el encabezamiento del apartado 2.2 y en el subapartado 2.2.1, de modo que los “controles microbiológicos” (2.2.2) también serían “Plan de calidad” y la ofertante podía haber visto que no le era valorado el punto 2.2.1 por falta de una de las partes que forman el Plan de Calidad. Evidentemente se podía haber incluido exclusivamente el anexo 8 en el Sobre número 3, obviando que el punto 2.2.1 se refiere al “Plan de Calidad” del que forma parte, pero ello sería a riesgo de que la mesa de contratación entendiera que el plan de calidad que debe ser evaluado incurría en el defecto de no haber incluido una de las dos partes que la componen.

Sexto. El informe del órgano de contratación insiste en que la errónea presentación que ha efectuado el licitador de la documentación del Sobre 3 dentro de la documentación correspondiente al Sobre 2 supone contravenir no sólo lo dispuesto en la cláusula 14a del Pliego de Condiciones Particulares, sino también, la propia normativa de contratación del Sector Público y, en particular el artículo 150.2 del TRLCSP.

Destaca que la exclusión se ha fundamentado de forma exhaustiva, con referencia a diversas resoluciones de este Tribunal que contienen la doctrina del mismo en relación con una errónea presentación de documentación cuya valoración debe efectuarse mediante criterios cuantificables de forma automática en el Sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor y recuerda que precautoriamente el propio “Pliego de condiciones particulares” al tratar de la “Oferta técnica cuya ponderación requiere de un juicio de valor “ (Sobre nº 2), bajo el título de “Notas importantes con relación a los documentos del Sobre nº 2” indica textualmente que “1. No deberán aportarse en el presente Sobre nº 2 ninguno de los Anexos cuya valoración sea automática (dichos Anexos deberán aportarse en el sobre nº 3)”. En cambio el Pliego indica con toda claridad que la información a incluir en el Sobre nº 3 refiriéndose al Anexo nº 8, en el que “se comprometerá a realizar cada cierto tiempo un control microbiológico.”

Séptimo. En relación con la cuestión de fondo planteada ha de negarse que resulte equívoco el Pliego de condiciones particulares, que constituye la ley del contrato y del propio procedimiento de adjudicación, de modo que las aprensiones de la recurrente carecen de todo sustento objetivo.

Resulta significativo al respecto, no ya que el Pliego no haya sido objeto de impugnación, sino sobre todo que de las seis licitadoras concurrentes ninguna, salvo la recurrente, haya interpretado sus declaraciones en

la forma en que sugiere el recurso o que, pese a ofrecerse a los licitadores en la Cláusula 13.10 del Pliego de condiciones particulares, "Consultas y solicitud de información", la posibilidad de "solicitar cuanta información adicional estimen necesaria sobre los pliegos y/o sobre la documentación complementaria con el fin de elaborar sus ofertas ...", no se formulara consulta o petición de aclaración alguna.

Y es que de forma inequívoca se pide en el pliego que la información relativa a la frecuencia en la realización de controles microbiológicos, que debe ser objeto de valoración automática, se proporcione en el Sobre nº 3, único en el que debe introducirse el Anexo 8, referido a dicha información. Lo cual por otra parte responde a las previsiones legales contenidas en el artículo 150.2 del TRLCSP, según el cual, "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", por lo que "las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada", estableciendo el artículo 26 del Real Decreto 8172/009 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" y el artículo 30.2 del mismo Real Decreto 817/2009 que "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".

Pues bien, respondiendo a estos criterios la cláusula 14a del Pliego de Condiciones Particulares en su apartado S.3, 1, relativa a la "Oferta técnica y económica evaluable de forma automática", establece de forma inequívoca que los licitadores deben presentar dentro del Sobre nº 3 la información sobre la periodicidad de los controles microbiológicos, cumplimentando para ello el Anexo nº 8. Por su parte, en el apartado S2.1º del Pliego de Condiciones Particulares, relativo a la "Oferta técnica cuya ponderación depende de un juicio de valor", se relaciona la documentación a presentar sin incluir el Anexo 8, ni documento alguno referido a periodicidad de controles microbiológicos, lo que se completa rotundamente con la advertencia expresa a los licitadores de que "No deberán aportarse en el presente Sobre nº 2 ninguno de los Anexos cuya valoración sea automática (dichos Anexos deberán aportarse en el Sobre nº 3)".

Octavo. Se refiere el recurso a que la inclusión errónea de documentación en Sobre distinto del indicado entraña una infracción meramente formal y recuerda que como destaca la Resolución número 890/2014 de 5 de diciembre se dice que "(. . .) 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) ".

Pues bien, en el caso considerado, no es ya que el Pliego advirtiera claramente de exclusión frente a la introducción en el Sobre 2 de documentación distinta de la específicamente relacionada, sino que la mezcla de documentación relativa a criterios de valoración automática y criterios de valoración no automática

contamina la valoración de aquéllos, al hacer visible de modo inmediato el efecto definitivo que la valoración no automática tendrá en la licitación. Es el efecto que el artículo 150.2 del TRLCSP pretende evitar.

Como destacó el informe técnico de valoración cuya ponderación depende de un juicio de valor “la empresa SOLDENE en el Sobre 2 aportó información relativa a la periodicidad de la realización de los controles microbiológicos. Dicha información debía presentarse en el Sobre 3 mediante la presentación del Anexo nº 8 del Pliego de Condiciones Particulares ya que era evaluable de forma automática (y) Si bien es cierto que la empresa SOLDENE no aportó dicho Anexo nº 8 como tal en el Sobre 2, sí que especificó explícitamente que dicha empresa realizaría controles microbiológicos con una periodicidad concreta (una de las 3 periodicidades que había como opción a elegir en el Anexo nº 8), lo cual permite de antemano a MC MUTUAL saber la valoración a obtener en dicho apartado en el presente Sobre 2 cuando dicha información se debía valorar en el Sobre 3.”

En definitiva, la inclusión de contenidos del Sobre 3, de valoración automática, en el Sobre 2, es capaz de condicionar el juicio de valor a realizar en base al Sobre 2, al permitir el conocimiento del efecto definitivo de la valoración dada la importancia relativa del criterio automático, que supone un 10% de la valoración total y la tercera parte de la valoración técnica. No estamos pues ante un error irrelevante, sino ante un defecto que incide sustancialmente en la regularidad del procedimiento, lo que justifica plenamente la exclusión del licitador.

Como advierte el órgano de contratación, de haberse admitido la documentación en el Sobre inadecuado los técnicos habrían dispuesto de una información que no era conocida respecto de todos los demás licitadores y que la oferta errada sería valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose los principios de igualdad de trato y de no discriminación y también, el principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 145.2 del TRLCSP.

En este sentido la resolución de este Tribunal nº 137/2014 de 21 de febrero de 2014, señala que “. . .si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la sujeta a juicio de valor, y la evaluable de forma automática, ello haría que los técnicos al realizar su valoración, dispusieran de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP (...) Ello supondría también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 145. 2 de la Ley citada, pues documentación o información que debiera de estar incorporada en el sobre nº 3 se conoce con anterioridad a la apertura del mismo VV.

Cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones antes de que se celebre el acto público de apertura, al incluir información evaluable de forma automática en el sobre destinado a la documentación general rompe el secreto de las proposiciones (Resolución 67/2012 de 14 de marzo).

Como declarábamos en nuestra Resolución 147/2011, de 25 de mayo, 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 (artículo 146 del 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.

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 automáticamente o mediante fórmulas. La voluntad 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.”

En definitiva, no estamos ante un error meramente formal e inocuo que haya podido ser inducido por la redacción del Pliego, sino ante un error sustantivo y relevante que no puede atribuirse a la redacción del Pliego, por lo que está plenamente justificada la exclusión de la recurrente del procedimiento de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. I.M.G. en nombre y representación de la entidad SOLDENE, S.A., contra el acto de exclusión por MUTUAL MIDAT CYCLOPS, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº1, de la licitación del “Servicio de limpieza para el centro asistencial de MUTUAL MIDAT CYCLOPS, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº1, sito en Madrid, Calle Rodríguez Sampedro 4-6” (expediente N201500673) confirmándolo por su conformidad a Derecho.

Segundo. 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 de dos meses a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.