

Recurso 30/2013

Resolución 34/2013, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas Hélice Marketing & Consulting, S.L.U. y Clever Tecnología, S.L., agrupadas en UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 27 de mayo de 2013 por el que se las excluye del procedimiento de licitación del contrato de servicios de "Mantenimiento y servicio de asistencia a usuarios del Sistema de Información para la Gestión Integrada de los Recursos Humanos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Proyecto Persigo" (expte. nº 17022/2013/19).

I ANTECEDENTES

Primero.- La Consejería de Hacienda convocó, mediante anuncio publicado en el perfil del contratante, en el DOUE de 17 abril, en el BOE de 25 de abril y en el BOCyL de 8 de mayo, todos ellos de 2013, licitación para contratar, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el servicio de "Mantenimiento y servicio de asistencia a usuarios del Sistema de Información para la Gestión Integrada de los Recursos Humanos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Proyecto Persigo", con un valor estimado de 807.117,28 euros.

Segundo.- El 27 de mayo de 2013 la Mesa de contratación, en el acto de apertura del sobre nº 1 -Documentación General-, acuerda la exclusión del licitador UTE Hélice Marketing & Consulting, S.L.U. y Clever Tecnología, S.L., por dos motivos principales:

- Presentar un escrito titulado Acuerdo de colaboración entre Hélice Marketing & Consulting, S.L.U. y Clever Tecnología, S.L., en cuyo anexo desvela la oferta económica (332.846,91 €, IVA excluido).

- Presentar el compromiso de adscripción de medios personales para la ejecución del contrato, en el que ofrece a nueve personas (un técnico de sistemas, dos analistas funciones, tres analistas programadores y tres agentes de atención a usuarios), en lugar de ocho como se exigía en las bases; el pliego de cláusulas administrativas particulares establece que toda referencia a la ampliación, en su caso, del equipo mínimo deberá aportarse únicamente en el sobre nº 3.

Junto a ello, la Mesa aprecia las siguientes deficiencias, sobre las que señala que, de no ser por las anteriores invalidantes, se hubiera solicitado su subsanación:

-Aportación de copia simple de las escrituras de constitución de ambas empresas, de D.N.I. de los representantes y del certificado de clasificación de Clever Tecnología, S.L.

-Inadecuación del objeto social de Hélice Marketing & Consulting, S.L.U. al contrato licitado y falta de aportación de su certificado de clasificación.

En el acto público de apertura de los sobres nº 2 -criterios no evaluables mediante fórmulas- celebrado el 3 de junio de 2013, se comunica a los presentes la anterior exclusión, la cual se notifica al representante de la UTE el 5 de junio.

Tercero.- En el escrito de anuncio del recurso especial en materia de contratación frente a su exclusión en el procedimiento de licitación, que es presentado ante el órgano de contratación el 10 de junio de 2013, con registro de entrada en este Tribunal el 12 de junio siguiente, las empresas recurrentes solicitan la suspensión del procedimiento de adjudicación, en concreto la del acto de apertura del sobre nº3 sobre criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas, previsto para el día 11 de junio de 2013.

En informe de 18 de junio de 2013 el órgano de contratación se opone a la adopción de la medida de suspensión solicitada.

Mediante el Acuerdo 8/2013, de 20 de junio, de este Tribunal, se deniega la solicitud de la medida cautelar de suspensión, el cual se notifica a la UTE solicitante de la medida el 21 de junio de 2013.

Previamente a la adopción del Acuerdo 8/2013, las citadas empresas interpusieron el 12 de junio de 2013 recurso especial en materia de contratación, en el que solicitan la nulidad del acto de la Mesa de contratación en el que se procedió a la apertura del sobre nº 3, recurso que ha sido inadmitido a trámite por este Tribunal en la Resolución 33/2013, también de 11 de julio.

Cuarto. - El 19 de junio de 2013 las empresas agrupadas en UTE, representadas por D. Carlos Alarcón Barrio, presentan ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el acto de la Mesa de contratación de 27 de mayo de 2013 en el que se las excluye del procedimiento de licitación del contrato de servicios mencionado.

En él solicitan que se deje sin efecto el acuerdo de exclusión y que se declare la innecesariedad de la clasificación para la empresa Hélice Marketing & Consulting, S.L.U.

Quinto. – El recurso tiene entrada en este Tribunal el 21 de junio de 2013, que lo admite a trámite con el número de referencia 30/2013. Requerido por el Tribunal el 24 de junio, se recibe el expediente e informe del órgano de contratación el 2 de julio y en la misma fecha se da traslado del recurso a la otra empresa que ha concurrido a la licitación, Neoris España, S.L., a fin de que pueda formular las alegaciones que estime convenientes a su derecho, sin que conste que haya hecho uso de este trámite.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1ª.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El recurso ha sido interpuesto por personas legitimadas para ello, pues los ahora recurrentes han concurrido a la licitación agrupados en UTE. El

artículo 42 del), atribuye la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación "a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso". Consta acreditada igualmente la representación.

Por otra parte, es procedente el recurso de acuerdo con el artículo 40.1 del TRLCSP, al tratarse de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada conforme al artículo 16 del mismo TRLCSP, cuyo valor estimado, 807.117,28 euros, supera el umbral de 200.000 euros establecido por aquél a tal fin, y el acto recurrido es de los de trámite del artículo 40.2.b) TRLCSP, que dispone:

"2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

»b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores".

La presentación del recurso se ha producido dentro del plazo de 15 días hábiles desde el conocimiento de la posible infracción, al que se refiere el artículo 44.2.b) del TRLCSP, pues la notificación de la exclusión tuvo lugar el 5 de junio y aquél se dedujo el 19 de junio 2013.

3º.- El régimen jurídico aplicable al contrato en cuestión, a tenor de lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP)y de la fecha de su licitación, está constituido principalmente por el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

La cuestión de fondo principal sobre la que se plantea el recurso, consiste en determinar si puede fundamentar la exclusión del licitador, tal como fue acordada por la Mesa de contratación, la inclusión en el sobre nº1 tanto del Acuerdo de colaboración entre Hélice Marketing & Consulting, S.L.U. y Clever Tecnología, S.L., en cuyo anexo se desvela la oferta económica (332.846,91 €, IVA excluido), como del compromiso de adscripción de medios personales en el

que ofrecía nueve personas en lugar de ocho, como se exigía en el PCAP, contrariando las previsiones de éste relativas a que toda referencia a la ampliación del equipo mínimo deben aportarse únicamente en el sobre nº 3.

Conviene recordar al respecto que el artículo 1 TRLCSP establece como uno de los fines de la regulación de la contratación del sector público el de garantizar que se ajusta al principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En el mismo sentido el artículo 139 TRLCSP, incardinado en el Capítulo I del Título I del Libro III de la Ley relativo a la "Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas", dispone que "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia".

El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas deben aplicarse a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (en este sentido Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro y 19 de junio de 2003, *GAT*).

El artículo 115. 2 TRLCSP establece que "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo". Y en consonancia con ello, el artículo 145 TRLCSP, dispone que "1. 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. 2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, (...)".

En el mismo sentido el artículo 80.2 RGLCAP señala que "Los sobres a que se refiere el apartado anterior habrán de ser entregados en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio o enviados por correo dentro del plazo de admisión señalado en aquél, salvo que el pliego autorice otro procedimiento, respetándose siempre el secreto de la oferta".

El artículo 146 sobre "Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos", determina los documentos que deben acompañar a las proposiciones, la llamada "Documentación General", y el artículo 160.1 respecto al examen de las proposiciones en el procedimiento abierto establece 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. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones, (...)". Ello significa que las proposiciones de los interesados, que contienen tanto las características técnicas como económicas, además de cumplir las exigencias del pliego, deben mantenerse secretas hasta el momento que, de conformidad con el pliego, sean abiertas. Igualmente, la documentación a que se refiere el artículo 146 TRLCSP debe presentarse en sobres independientes de la que contiene la proposición.

Ello se completa por el artículo 150.2 TRLCSP, que indica 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, 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", cuestión que desarrollan los artículos 26 y siguientes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

A este esquema responde el PCAP rector del presente contrato, el cual en su cláusula 2.5 señala que "La documentación constará de tres sobres, numerados y cerrados". En lo que ahora interesa, el PCAP señala que el sobre nº1 debe contener la "Documentación General" y el sobre nº3 la "Oferta económica y otros criterios evaluables mediante fórmulas". El anexo nº3 del PCAP exige, además, la inclusión en el sobre nº1 de un compromiso de dedicación o adscripción a la ejecución del contrato de medios personales (equipo de trabajo), formado por 8 personas y añade que "La forma de presentación de este compromiso será a través del modelo establecido en el anexo nº 5 del presente pliego. En este documento únicamente deben relacionarse los ocho miembros del equipo mínimo de trabajo. Toda referencia a la ampliación, en su caso, del equipo mínimo deberá aportarse únicamente en el sobre nº 3. El contenido del sobre nº 1 de Documentación General no podrá revelar ninguno de los aspectos a valorar en los sobres siguientes (2 ó 3)".

Pretende con ello el PCAP separar claramente los aspectos de solvencia, que deben ser apreciados en la fase de calificación de documentación general, de la valoración de los criterios de adjudicación, bien sea la oferta económica u otros criterios, como en este caso posibles mejoras en el equipo de trabajo ofertado, y que la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas se efectúe, en todo caso, una vez efectuada la de los criterios no valorables mediante fórmula, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas o contaminadas entre sí ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que predica el artículo 1 TRLCSP.

De este modo, la inclusión por el licitador en el sobre nº1 tanto de datos reveladores de la oferta económica como de las eventuales mejoras en el equipo de trabajo, valorables según el anexo nº 2º del PCAP como criterios de adjudicación mediante fórmula, impide la consecución de aquellos objetivos y vulnera en definitiva los preceptos legales ordenados a garantizar el secreto de las ofertas y la evaluación separada y previa de los criterios no evaluables mediante fórmula respecto a los valorables por fórmula.

Si se considera que estas exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento "ordenado" de apertura de las documentaciones, podría admitirse que su incumplimiento no determinase de forma inevitable la exclusión del procedimiento de las empresas que incumplen dichas previsiones. Sin embargo, tal conclusión adolecería de superficialidad, en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales de la contratación pública. La finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la valoración en dos momentos temporales, es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, y evitar así que el conocimiento de la valoración de los llamados criterios objetivos pueda influir en la de los sujetos a juicio de valor.

De ello se deduce que, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico, presentada por éstos, puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De modo que, se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra el TRLCSP.

De este modo, la única solución posible es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplen los requisitos establecidos en la normativa aplicable respecto de la forma de

presentar dichas ofertas y, con arreglo a ello, debe considerarse que la actuación de la Mesa de Contratación al excluir a la UTE Hélice Marketing & Consulting, S.L.U. y Clever Tecnología, S.L. fue conforme a Derecho y que procede por tanto la desestimación del recurso.

Esta conclusión hace decaer la segunda pretensión deducida por el recurrente, relativa a que se declare la innecesariedad de la clasificación para la empresa Hélice Marketing & Consulting, S.L.U., pues ello sólo operaría ante una eventual estimación del recurso que no se ha considerado procedente. Debe señalarse, en todo caso, que la exigencia de clasificación viene determinada por el PCAP, que fue aceptado por el licitador al presentar su proposición conforme al artículo 145 TRLCSP, y que no ha sido recurrido en tiempo y forma.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 47 TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por las empresas Hélice Marketing & Consulting, S.L.U. y Clever Tecnología, S.L., agrupadas en UTE, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 27 de mayo de 2013 por el que se las excluye del procedimiento de licitación del contrato de servicios de "Mantenimiento y servicio de asistencia a usuarios del Sistema de Información para la Gestión Integrada de los Recursos Humanos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Proyecto Persigo" (expte. nº 17022/2013/19).

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 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en el procedimiento.

CUARTO.- De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-

Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León
(artículo 10.1.k LJCA).

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Fdo.: Mario Amilivia González