

**Recurso 26/2014.
Resolución 29/2014.**

Resolución 29/2014, de 17 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Eulen S.A. contra su exclusión del procedimiento abierto para la contratación del servicio consistente en el desarrollo de las labores propias de la oficina municipal de turismo y otras actividades de gestión y mantenimiento de los recursos turísticos de la ciudad de Zamora.

I ANTECEDENTES

Primero.- Mediante Acuerdo de 19 de noviembre de 2013, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zamora aprueba el expediente de contratación del servicio consistente en el desarrollo de las labores propias de la oficina municipal de turismo y otras actividades de gestión y mantenimiento de los recursos turísticos de la ciudad de Zamora. El valor estimado del contrato es de 303.471,12 euros.

El procedimiento se anunció en el Boletín Oficial de la Provincia de Zamora el 22 de noviembre de 2013 y en el perfil del contratante del Ayuntamiento.

Segundo.- El 26 de noviembre la Junta de Gobierno Local acuerda rectificar diversos errores materiales detectados en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), modificación que se publica en el Boletín Oficial de la Provincia el 29 de noviembre y en el perfil del contratante del Ayuntamiento.

Al procedimiento se presentan cuatro licitadores, entre los que se encuentra la empresa recurrente.

Tercero- El 26 de diciembre la Mesa de contratación procede a la apertura del sobre B y acuerda la remisión de las proposiciones a los servicios técnicos para la emisión del informe.

Cuarto.- El 5 de febrero de 2014 la Mesa de contratación propone la exclusión de dos licitadores, entre ellos la empresa recurrente, Eulen, S.A., por considerar que su proposición fue irregular al contener el sobre B (destinado únicamente a los criterios evaluables mediante juicios de valor) información correspondiente al sobre C (ordenado a contener los criterios evaluables automáticamente).

Quinto.- El 10 de febrero la Mesa de contratación procede en acto público a notificar el resultado de la calificación de los documentos presentados en el sobre B y a la apertura de las proposiciones admitidas del sobre C.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de febrero se excluye a la empresa Eulen S.A., lo que se le notifica el 27 de febrero.

Sexto.- El 27 de febrero D. Alfonso de la Fuente Peinador, en nombre y representación de Eulen, S.A., presenta ante el Ayuntamiento de Zamora un recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de febrero de 2014, que la excluye de la licitación del procedimiento abierto para la contratación del servicio consistente en el desarrollo de las labores propias de la oficina municipal de turismo y otras actividades de gestión y mantenimiento de los recursos turísticos de la ciudad de Zamora.

La empresa reclamante fundamenta su recurso en que la exclusión de su proposición se efectuó de forma verbal en el acto de apertura del sobre C, por lo que no se cumplieron los requisitos mínimos de motivación establecidos en la normativa aplicable. Añade que el motivo de exclusión -incluir en el sobre B un dato relativo al sobre C, cual es la ubicación del local en que se va a prestar el servicio- es inexistente, pues el "único lugar en que el que consta la ubicación del local ofertado por mi mandante es en el sobre C que aún no ha sido abierto. En el sobre B únicamente se contienen un modelo de encuestas de datos en el que -a título de ejemplo- se indica una ubicación imaginaria y que no coincide con la ofertada en el sobre C por mi mandante".

Séptimo.- El 28 de febrero tiene entrada en el registro del Tribunal, remitida por el órgano de contratación, la documentación del expediente de contratación y el correspondiente informe.

Octavo.- En esa misma fecha se admite a trámite el recurso presentado y se le asigna el número de referencia 26/2014.

Noveno.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los demás licitadores a fin de que puedan formular alegaciones. No consta que se haya hecho uso de este trámite.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- 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 (TRLCSP), y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la interesada para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

El acto impugnado es el acuerdo de exclusión de la empresa recurrente adoptado por la Mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación. El citado acto tiene la naturaleza de acto de trámite cualificado que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, expresamente previsto en el artículo 40.2 b) del TRLCSP como acto susceptible de recurso especial.

Asimismo, el acto en cuestión ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios susceptible de recurso especial conforme al artículo 40.1 del TRLCSP.

En cuanto al plazo de interposición, el recurso especial se ha planteado en tiempo y forma. El artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que, cuando se trate de actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Al respecto, consta en el expediente que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de febrero de 2014 excluye formalmente a la empresa recurrente y que se notifica el 27 de febrero, fecha de la interposición del recurso, por lo que se ha presentado en plazo. No obstante, Eulen, S.A. señala en su escrito que en la sesión de la Mesa de contratación de 10 de febrero le fue comunicada verbalmente la exclusión, de modo que la empresa tuvo conocimiento de ésta y de sus motivos con anterioridad.

3º.- En cuanto a las cuestiones de fondo que fundamentan el recurso, se procede a analizar, en primer lugar, la relativa a si la comunicación verbal realizada por la Mesa de contratación cumple los requisitos mínimos de motivación establecidos en la legislación de contratos, para analizar a continuación la exclusión de la recurrente por incluir en el sobre B (criterios evaluables mediante juicios de valor) datos que pertenecen al contenido específico del sobre C (criterios evaluables automáticamente).

A) En relación con el primer motivo alegado, la cláusula 12 del PCAP dispone que "En el caso de que exista sobre 'B', una vez concluida completamente al valoración de las ofertas técnicas, se convocará nuevo acto público para la apertura del sobre 'C', mediante anuncio en el perfil de contratante del Ayuntamiento y se comunicará por fax o correo electrónico a todos los licitadores que hayan concurrido al procedimiento de contratación correspondiente. En este acto se dará a conocer el resultado de la valoración de los criterios incluidos en el sobre 'B'.

»De todo lo actuado conforme a los apartados anteriores se dejará constancia en las Actas correspondientes en las que se reflejará el resultado del procedimiento y sus incidencias.

»(...).

»La Mesa de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151 del TRLCSP elevará las proposiciones presentadas junto con el acta y la propuesta de adjudicación al Órgano de Contratación".

El artículo 151 del TRLCSP se refiere a la clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación. En concreto en su apartado 4 dispone que "La Adjudicación deberá ser motivada, se notificará a

los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil del contratante.

»La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

»En particular expresará los siguientes extremos:

»a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

»b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

»c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

»Estos requisitos se hacen extensivos al resto de notificaciones, no solo a las de adjudicación el contrato.

»En el expediente figura un Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de febrero de 2014 por el que se excluye del procedimiento de licitación entre otras empresas a la recurrente, que le fue notificado el 27 de febrero. En dicho Acuerdo se hacía referencia a las causas de exclusión: “(...) por no atenerse al último párrafo de la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (...), al haber incluido información en el sobre B de los datos que deberían aparecer en el sobre C. En este caso la empresa anticipa en un memento procedimental inadecuado el enclave del punto de información turística, Plaza Mayor, con lo que de manera inadecuada se obtienen una información de diez puntos que va a obtener, correspondiendo esta información a un momento posterior. (...)”.

Pero antes de este momento, en el acto público de apertura del sobre C que tuvo lugar el 10 de febrero, la Mesa de contratación ya dio a conocer a la recurrente su exclusión y los motivos en las que fundamentaba ésta, motivos que la empresa ha puesto de manifiesto al interponer este recurso ante el órgano de contratación el 27 de febrero.

El artículo 22 del 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, establece las funciones de la Mesa de contratación y entre otras, señala:

»b) Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

»c) Abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

»d) Cuando el procedimiento de valoración se articule en varias fases, determinará los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

»e) Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

El artículo 27 del citado texto legal, en relación con la apertura de los sobres, dispone que se llevará a cabo en un acto de carácter público; y el artículo 30.3 establece que “La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública”.

Por lo tanto, el recurrente tuvo conocimiento suficiente de los motivos de la exclusión de su proposición, tanto cuando se le comunicó de forma verbal en el acto de apertura del sobre C, como cuando se le notificó por escrito su exclusión, por lo que por esta razón la primera alegación debe desestimarse.

B) En cuanto a la segunda cuestión planteada, pueden realizarse las siguientes observaciones:

El artículo 1 del TRLCSP establece como uno de los fines de la regulación de la contratación del sector público el de garantizar que ésta se ajuste al principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En el mismo sentido el artículo 139 del TRLCSP 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, en concreto, que todos los licitadores potenciales deben conocer las normas reguladoras y que 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 al 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 pueden citarse las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro y de 19 de junio de 2003, *GAT*.

El artículo 145.2 del TRLCSP dispone que "Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo".

Asimismo, el artículo 150.2 del TRLCSP establece el orden procedimental para la valoración de las ofertas:

»2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

»(...) 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 817/2009, de 8 de mayo, establece 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”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 señala que “Ciertamente la norma legal aquí aplicable, artículo 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproducida en los artículos 79.1 y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, impone el carácter secreto de las proposiciones. Se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias.

»Por ello cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable (...)”.

Las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto, en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, obtener la máxima objetividad posible en la valoración de los

criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento anticipado de los que son aplicados mediante fórmulas puede afectar al resultado de dicha valoración, y cuando es conocida solamente la de una parte de los licitadores implica desigualdad en el trato de éstos.

La posición indicada es mantenida de forma unánime por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informes 43/02 y 20/07), el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 146 y 147/2011, 67/2012, 27/2013 y 634/2013), el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Resoluciones 50, 51, 52 y 59/2012) y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (Resoluciones 8, 34, y 38/2013).

En el presente caso, la empresa recurrente cometió el error de vulnerar el orden procedimental, lo que supone un defecto formal que desvela el secreto de la oferta -aunque sea de forma parcial- y un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 150.2 del TRLCSP y en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, ya citado.

La cláusula 11 del PCAP, referente a la presentación de proposiciones y documentación complementaria, tras indicar la documentación que se deberá incluir en los sobres A (documentación administrativa), B (Criterios no evaluables mediante fórmulas) y C (Oferta económica y otros criterios evaluables mediante fórmulas), señala en su último párrafo que "La inclusión en cualquiera de los citados sobres de documentación correspondiente a otros sobres constituirá causa de exclusión de la proposición que adolezca de dicho defecto, salvo en el supuesto en que se incluya en el sobre 'C' (...) alguna documentación correspondiente al sobre 'B', en cuyo caso dicha documentación no se tendrá en cuenta a efectos de valoración".

En el sobre B debe incluirse la documentación cuya valoración se efectuará conforme a criterios no evaluables mediante fórmula a los que se refiere el Anexo I del PCAP, que contempla el plan de gestión en el que se desarrolle pormenorizadamente el objeto de los diferentes puntos establecidos como objeto del contrato, los cuales se valorarán de 0 a 30 puntos. Indica que se valorará la metodología que desarrollará la persona física o jurídica en el desarrollo del objeto del contrato, su plan de trabajo y su propuesta de actuación a la hora de prestar el servicio, tanto en la oficina de información

turística como en la atención de los monumentos objeto del contrato, además del diseño del folleto a incluir en el servicio a prestar en los monumentos que deberá atender, así como su contenido. Se puntuará también la idoneidad del local, su superficie y la dotación y equipamiento que se comprometa la empresa a hacer en aquél.

Señala los diferentes criterios que se utilizan para su valoración, comparándose unas ofertas con otras en función de la información y documentación que cada licitador aporte, con la siguiente distribución de puntos: metodología hasta 7,5 puntos, plan de trabajo y propuesta de actuación hasta 7,5 puntos, folleto hasta 7,5 puntos y local hasta 7,5 puntos.

En el sobre C debe incluirse la documentación cuya valoración se efectuará conforme a criterios evaluables mediante fórmula a los que se refiere el citado Anexo del PCAP. En su punto 2 establece que: "Si el local en que se vaya a prestar el servicio está localizado en el eje comprendido entre la Catedral y la Plaza Mayor o, en todo caso, en las calles adyacentes que comunican las dos zonas mencionadas: hasta 10 puntos de la siguiente forma:

»2.1.- Si la oficina se ubica en un local situado en la Plaza de Sagasta, Calle Renova y Plaza Mayor: 10 puntos".

La empresa recurrente hace mención en tres ocasiones en el sobre B al lugar donde se va a ubicar el punto de información turística, dato que -como se ha puesto de manifiesto- debe ser objeto de inclusión en el sobre C. Según la empresa recurrente la inclusión de dicho dato en el sobre B se realiza a título de ejemplo y no desvela el lugar donde va a tener su enclave el punto de información turística, dato que se refleja en el sobre C, el cual no ha sido abierto al resultar la empresa excluida del procedimiento de licitación.

Sin embargo, de la documentación aportada se deduce claramente que se habla de un punto de información ubicado en la Plaza Mayor y no se señala que esta ubicación sea meramente a título de ejemplo.

De lo expuesto resulta que Eulen, S.A. incluye en el sobre B datos que anticipan abiertamente a la Mesa de contratación lo que va a ser la oferta a realizar en el apartado 2 del sobre C, motivo por el que fue excluida de la licitación, al vulnerar lo dispuesto por la referida cláusula 11 del PCAP. La plica

aporta referencias a un lugar que hay que valorar en un momento procedimental distinto, pues con la información recogida en el sobre B respecto a la ubicación de la oficina de turismo, se anticipa a la Mesa que le corresponderán 10 puntos tras la apertura del sobre C, por estar ubicada la oficina ofertada en la Plaza Mayor.

Es cierto que la jurisprudencia más reciente (entre otras Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012) rechaza un criterio automático para excluir a los licitadores en el caso de inclusión en los sobres A y B (nº1 y nº 2) de documentos correspondientes al sobre C (nº3); sin embargo se admite dicha exclusión si se comprueba que se ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas.

En el presente caso la información relativa a la ubicación de la oficina de turismo sí supone una vulneración del secreto de las proposiciones y puede influir en la valoración de los criterios sujetos a juicios de valor.

Por ello puede afirmarse que la exclusión realizada no resulta contraria a lo establecido en los pliegos ni a la finalidad perseguida por la legislación de contratos.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal,

III ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Eulen S.A. contra su exclusión del procedimiento abierto para la contratación del servicio consistente en el desarrollo de las labores propias de la oficina municipal de turismo y otras actividades de gestión y mantenimiento de los recursos turísticos de la ciudad de Zamora.

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

De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, sólo 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 de la LJCA).