

**Recurso 29/2014.
Resolución 34/2014.**

Resolución 34/2014, de 27 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 Inzatur, S.L. 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 anuncia 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 los 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.

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 correspondiente informe.

Cuarto.- El 5 de febrero de 2014 la Mesa de contratación propone la exclusión de dos licitadores, entre ellos la empresa recurrente (Inzatur, S.L.),

por considerar que su proposición fue irregular al incluir en 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 del sobre C de las proposiciones presentadas y admitidas.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de febrero se excluye del procedimiento a la empresa Inzatur S.L., lo que se notifica el 27 de febrero.

Sexto.- El 12 de marzo Dña. María Estrella Torrecilla Crespo, en nombre y representación de Inzatur, S.L., 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 señala que la defectuosa redacción del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) le indujo a error a la hora de formular su plica, motivo que fundamenta su exclusión. En su escrito expone que "El indicado pliego, cuando hace referencia al horario de apertura de los monumentos (Castillo, Aceñas y Centro de Interpretación de las Ciudades Medievales), utiliza la expresión: 'abrirán sus puertas un mínimo de seis horas diarias'; asimismo, cuando se hace referencia al número de dípticos que tendrán que aportarse, indica: 'suministro de un mínimo de 20.000 dípticos'. Es por ello que en el sobre B mi empresa menciona que estos monumentos abrirán siete horas diarias ya que no considera este aspecto una mejora que destacar en este sobre, sino que simplemente se pretende respetar y partir de ese mínimo sugerido en el mencionado pliego. Se puede aplicar lo mismo respecto al número de dípticos indicado.

»Por el contrario, cuando en este mismo pliego de condiciones se hace referencia al horario de apertura de la Oficina de Turismo, sí se establece un horario único de siete horas diarias (sin mínimos), (...), la empresa a la que represento se atiene en este sobre B a esas siete horas marcadas. Toda esta disparidad a la hora de establecer unos y otros horarios ha producido este error a Inzatur, S.L., (...)"

Por todo ello solicita que se dicte "la resolución que proceda revocando el Acuerdo impugnado y admitiendo la plica de Inzatur, S.L. en la contratación del servicio para el desarrollo de las labores propias de la oficina municipal de turismo; y subsidiariamente que admita el error en la redacción de los pliegos y se declare la nulidad del procedimiento de contratación". Asimismo solicita la suspensión del procedimiento hasta que se dicte la resolución definitiva del presente recurso.

Séptimo.- El 17 de marzo 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 29/2014.

Noveno.- Por Acuerdo 8/2014, de 20 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se deniega la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

Décimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de licitadores del contrato de referencia, a fin de formular las alegaciones que estimasen convenientes a su derecho, sin que conste 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 (en adelante 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 y se halla 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, por el que se acuerda la exclusión, se notifica a la empresa recurrente el 27 de febrero; por lo que, al presentar el recurso especial en el registro del órgano de contratación el 12 de marzo, se considera que se ha interpuesto en plazo.

3º.- En cuanto a la cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso, la exclusión de la recurrente por incluir en el sobre B (criterios evaluables mediante juicios de valor) datos que se deben incluir en el sobre C (criterios evaluables automáticamente), es preciso realizar las observaciones que a continuación se exponen.

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, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, dispone 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: "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, citado.

La cláusula 11 del PCAP, tras indicar la documentación que deberá incluirse 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.

En el sobre C debe incluirse la documentación cuya valoración se efectuará conforme a criterios evaluables mediante fórmula. El punto 1 del citado Anexo del PCAP establece: "Incremento en el horario de apertura de los monumentos, que como mínimo debe ser de seis horas, de la siguiente forma: 5 puntos por el incremento en media hora diaria, en el horario establecido como mínimo en cada monumento, o en su caso 10 puntos por el incremento en una hora diaria, en el horario establecido como mínimo en cada monumento".

En relación con el número de dípticos, el punto 3 del Anexo dispone: "Incremento en el número de dípticos explicativos de los monumentos a imprimir: 1 punto por cada 10.000 folletos más, con un máximo de 10 puntos".

El PPT, en lo referente a la valoración de las mejoras introducidas en el objeto del contrato, reproduce lo establecido en el PCAP en los términos arriba expuestos.

En cuanto al horario de los monumentos de la ciudad referidos en los pliegos (Castillo, Aceñas de Olivares y Centro de interpretación de las Ciudades Medievales), el PPT establece una diferencia de horario de apertura entre las tres instalaciones turísticas y la oficina de turismo. En relación con los primeros se admite mejora a través del incremento de horario y el PPT establece que el horario mínimo que hay que desarrollar es de un total de 6 horas diarias. En el caso de la oficina de turismo no se prevé la mejora en el horario (7 horas diarias).

La empresa recurrente, tal y como manifiesta el informe del órgano de contratación de 13 de marzo, podría haber manifestado en el plan de gestión incluido en el sobre B que estaba dispuesta a incrementar el horario mínimo marcado en las tres instalaciones de referencia, pero lo que no puede hacer es concretar en dicho plan a cuánto asciende el incremento.

En la documentación aportada por la empresa recurrente en el sobre B (criterios evaluables mediante juicios de valor) se pone de manifiesto que el Castillo abrirá durante 7 horas diarias (pagina 9 del plan de gestión) y las Aceñas y el Centro de Interpretación de las Ciudades Medievales 7,2 horas diarias (pagina 10 del plan de gestión). Como ya se ha señalado, en el PPT se

establece el horario mínimo de estos monumentos en 6 horas y en el PCAP se prevé la posibilidad de su incremento, lo que se valora como mejora y debe incluirse, por lo tanto, en el sobre C (criterios evaluables mediante fórmulas).

En relación con el número de dípticos a suministrar ocurre lo mismo, ya que el PPT obliga a suministrar un mínimo de 20.000 folletos anuales. Las empresas licitadoras pueden ofertar esa cantidad o más, pero no especificar en el sobre B cuál es la cantidad que están dispuestas a suministrar. En el presente caso, en el del plan de gestión (a incluir en el sobre B) se fija el número de dípticos (30.000 anuales, con la posibilidad de incrementar en 10.000 más en el caso en que fuera necesario).

De lo expuesto resulta que Inzatur, S.L. incluyó en el sobre B datos que informan abiertamente a la Mesa de contratación del contenido de la oferta del sobre C. Por este motivo fue excluida de la licitación, al vulnerar lo dispuesto en la referida cláusula 11 del PCAP, ya que la plica aporta datos que deben valorarse en un momento procedimental distinto. Con la información recogida en el sobre B respecto al incremento del horario de los tres monumentos referidos y el número de dípticos a suministrar, se anticipa a la Mesa de contratación que le corresponden 10 puntos más por incrementar en una hora el horario mínimo exigido y 2 puntos más al ofrecer 20.000 folletos explicativos adicionales.

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 (nº 1 y nº 2) de documentos correspondientes al sobre C (nº 3); 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 al incremento del horario de apertura de los tres monumentos y el número de dípticos explicativos a suministrar, 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.

Por último, hay que señalar que los pliegos de la contratación, que se configuran como ley del contrato y vinculan tanto a la Administración como al contratista, no fueron impugnados en el momento procedimental oportuno. A ello hay que añadir que no existe -tal y como manifiesta la recurrente- una redacción defectuosa en el PPT de los horarios de apertura de los monumentos referidos y de la oficina de turismo que induzca a error a la hora de la presentación de las plicas en el procedimiento de contratación.

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 Inzatur, S.L. 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).