

Recurso nº 05/2012 y 6/2012

Resolución nº 9 /2012

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCIA**

En Sevilla, a 26 de enero de 2012

VISTOS los recursos interpuestos los días 29 de noviembre y 19 de diciembre de 2011 por AFYME (Asociación de Atención a Familias y Menores), contra el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de dicha Asociación en el expediente 1/2011 de contratación de un “SERVICIO DE PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR EN SEVILLA” y contra la resolución de 30 de noviembre de 2011, por la que se adjudica dicho contrato a la Asociación AESIM, este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Delegación de Gobierno de Sevilla convocó mediante resolución de 27 de mayo de 2011, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 117, de fecha 16 de junio de 2011, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato de servicio denominado “Servicio de Punto de Encuentro Familiar en Sevilla.” (Expte. 1/2011).

Contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige dicho procedimiento, la asociación AFYME interpuso recurso especial en materia de contratación, que se estimó mediante resolución de 11 de julio de 2011, en la que se acuerda la modificación de los pliegos y la conservación de las actuaciones practicadas, retrotrayendo el expediente a la fase de aprobación del expediente de contratación.

Segundo. Mediante resolución de 7 de octubre de 2011 , publicada en BOJA nº 208, de 24 de octubre de 2011, se anuncia nuevamente licitación por el procedimiento abierto para la contratación del citado servicio , en el que presentaron ofertas las entidades COBRA SERVICIOS AUXILIARES, ASOCIACION DIANOVA ESPAÑA, APRONI FUNDACION INTERNACIONAL, AFYME Y AESIM .

La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la anterior y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, acordando la mesa de contratación , en la tercera sesión celebrada con fecha 21 de noviembre de 2011, la exclusión de la asociación AFYME de la licitación por haber incluido en el sobre nº 2 documentación relativa a los criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas que, según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, deben incluirse en el sobre nº 3 .

Tercero. Contra el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de AFYME de la licitación , ésta interpone recurso especial en materia de contratación en fecha de 29 de noviembre de 2011.

Mediante resolución de fecha de 30 de noviembre se adjudica el citado contrato a la asociación AESIM y contra dicha resolución, AFYME interpone recurso especial en materia de contratación, con fecha de 19 de diciembre de 2011.

La Asociación recurrente anunció previamente al órgano de contratación la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 314.1 Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. Por el órgano de contratación se han tramitado conjuntamente ambos recursos al tratarse del mismo recurrente y procedimiento de adjudicación y siendo actos sucesivos del mismo los recurridos.

Con fecha 30 de diciembre se dio traslado de los citados recursos a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que estimaran convenientes a su derecho, sin que se hayan presentado alegaciones al respecto.

Quinto. El recurso ha sido tramitado por el órgano de contratación conforme al procedimiento previsto en el artículo 314 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Con fecha 13 de enero de 2012, ha tenido entrada en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública el expediente relativo al recurso citado, tramitado por la Delegación de Gobierno de Sevilla, a efectos de su resolución por este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal resulta competente para la resolución de ambos recursos especiales en virtud de lo establecido en el artículo 311.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, la Disposición transitoria primera del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y la Orden de 14 de diciembre de 2011, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal Administrativo, publicada en el BOJA de 21 de diciembre de 2011, conforme a la cual:

“Los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad a que se refiere el artículo 1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Orden, serán remitidos al Tribunal Administrativo, previa tramitación de los mismos por los órganos de contratación o entidad contratante ante quienes se interpusieron, conforme al procedimiento previsto en el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, acompañados del expediente administrativo y de un informe del órgano de contratación”.

Segundo. Los dos recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, de acuerdo con el artículo 312 de la LCSP y dentro de plazo al no haber transcurrido entre la notificación de la resolución y la interposición del mismo más de los quince días hábiles que establece el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

Tercero. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley de Contratos, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

Los actos recurridos son el Acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye del proceso de licitación a la asociación AFYME recurrente y la resolución de adjudicación del contrato citado a la asociación AESIM, supuestos expresamente contemplados en el artículo 310.2 de la Ley de Contratos del Sector Público. Hay que concluir, por tanto, que se cumple también este requisito para poder presentar recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. La cuestión de fondo sobre la que se plantean ambos recursos es la discrepancia respecto al acuerdo de exclusión de la recurrente por incluir en el sobre nº 2 información relativa a criterios que han de valorarse aplicando fórmulas y que según el PCAP deberían incluirse obligatoriamente en el sobre nº 3, en concreto información sobre ampliación de horario y sobre el número y cualificación de los técnicos que oferta para realizar el servicio.

El recurrente alega que dicha documentación se aportó como mejoras, que según la cláusula 9.2.2 del PCAP debían incluirse en el sobre nº 2, correspondiendo a éste la documentación valorable exclusivamente mediante juicio de valor y que por ello, el PCAP es confuso puesto que obliga a introducir en el sobre nº 2 las mejoras que son valorables mediante la aplicación de fórmulas y en consecuencia, debería haber indicado el pliego que se introdujeran en el sobre nº 3 y no en el sobre nº 2.

Quinto. Lo que se trata de determinar es si la inclusión de información de parte de la documentación de los criterios susceptibles de valoración mediante la aplicación de fórmulas en el sobre que contiene la documentación de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, es determinante de la exclusión de la licitadora que cometió el error y que ella imputa al pliego.

Al efecto cabe recordar la documentación que debe incluirse en el sobre nº 2 y 3 según el PCAP, en concreto en la cláusula 9.2 distingue:

- **Sobre nº 2: Documentación relativa a los criterios evaluables mediante un juicio de valor:**

- En este sobre se incluirá la documentación que se indica en el Anexo IV, donde se establece que se ha de incluir una memoria descriptiva del local para la prestación del servicio, conforme a lo descrito en el Pliego de Prescripciones Técnicas, con expresión detallada de los extremos que indica el citado Anexo IV.
- En el caso de que se presenten mejoras, en el Anexo VI, se establecerá sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de las mismas y si podrán tener o no repercusión económica.

El citado Anexo VI estaba si rellenar en el PCAP, por lo que no estaba previsto la presentación de mejoras en dicha licitación.

- **Sobre nº 3: Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas:**

En este sobre se incluirá la documentación que se indica en el anexo V, que en todo caso deberá incluir la proposición económica, debidamente firmada y fechada, añadiendo dicho Anexo V que la proposición técnica a incluir en dicho sobre deberá contener la documentación necesaria para valorar los distintos apartados del Anexo VII.”

Dicho anexo VII fija una valoración de hasta un máximo de 50 puntos del siguiente modo:

- a) Por tener los profesionales de cada equipo técnico propuesto por la entidad licitadora formación especializada y/o experiencia en materia de mediación y orientación familiar, violencia de género, atención a menores y resolución extrajudicial de conflictos: hasta 15 puntos, valorándose en función del número de miembros de los equipos con dichos méritos, en la escala que indica dicho anexo.

- b) Por ofertar una ampliación del horario mínimo semanal exigido en el Pliego (al menos 28 horas semanales) para el desarrollo del régimen de visitas: hasta 15 puntos, valorándose según la escala que recoge dicho anexo en función del número de horas de más ofertadas.

- c) Por ofertar la contratación de un número de profesionales de las especialidades de Psicología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social, superior al exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, hasta un máximo de 20 puntos, valorándose según de la escala que recoge dicho anexo en función del número de técnicos ofertados por cada equipo.

La documentación que presentó la recurrente en el sobre nº 2 bajo el concepto de mejoras, responde a cada uno de estos tres aspectos del Anexo VII del PCAP que constituyen la propuesta técnica y que son evaluables aplicando fórmulas, es decir, los relativos a la formación y número del profesionales ofertados y a la ampliación del horario mínimo semanal exigido y que, como se ha indicado, el PCAP exige su presentación en el sobre nº3.

Procede, por tanto, examinar si en el supuesto concreto, la exclusión del procedimiento de licitación de la empresa que incluyó en el sobre nº 2 los aspectos relativos a la propuesta técnica recogiendo criterios evaluables mediante al aplicación de fórmulas, supone o no un incumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación de los candidatos, contenido en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público, norma de aplicación al supuesto analizado en el presente recurso y, en su caso, de los requisitos establecidos para las proposiciones de los interesados en el artículo 129, así como en el

artículo 134 del mismo texto legal referido al procedimiento para la valoración de las ofertas.

El artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público establece entre sus fines el garantizar el principio de *“no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”*. En el mismo sentido, el artículo 123 de la citada Ley señala que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”*.

A esta exigencia obedece que los artículos 129 y 144 de la Ley de Contratos del Sector Público establezcan que las proposiciones de los interesados, conteniendo las características técnicas y económicas, deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

El artículo 129 de la Ley de Contratos del Sector Público, relativo a las proposiciones de los interesados, establece 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, (...)”.

Asimismo, el artículo 144.1 establece, para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones que:

“El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 130, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, (...)”.

Ello implica, tal como señala el artículo 129 de la Ley de Contratos del Sector Público, que la proposición conteniendo tanto las características técnicas como económicas debe

mantenerse secreta hasta el momento en que de conformidad con el pliego deba ser abierta y en sobre distinto al que contenga la documentación a que se refiere el artículo 130 de la citada norma legal.

Las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios técnicos en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de parte de los licitadores solamente, implicar desigualdad en el trato de los mismos.

El artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público 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.”

La razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos evaluables mediante un juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que el conocimiento de ésta pueda influir en la valoración a realizar y así mantener la máxima objetividad en la valoración de aquéllos. A ello responde la prohibición del artículo 26 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, que 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.”*

Por ello, tanto el orden de apertura como el contenido de los sobres no sólo son requisitos o exigencias contenidos en el PCAP, sino que derivan de una exigencia legal.

Cabe recordar que la Mesa de contratación examina la documentación administrativa con posible plazo para subsanación, seguidamente valora la oferta técnica relativa a los criterios dependientes de un juicio de valor y posteriormente, procede a la apertura proposiciones económicas. Por tanto, la valoración de las ofertas con arreglo a aquellos criterios resultaría viciada si se introduce un factor como es la oferta económica respecto de uno solo de los licitadores, en cuanto supone una alteración del procedimiento de contratación con incidencia determinante en las condiciones de participación de los interesados.

Tal y como señaló el Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución 84/2011: *“La finalidad última del sistema adoptado de separación para la apertura de las documentaciones técnica susceptible de valoración mediante juicio de valor y la económica 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, evitando que el conocimiento de la oferta económica pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración, añadiendo sobre la consideración formal del precepto otra de garantía para terceros. Así, señala la Sentencia de 20 de noviembre de 2009, del Tribunal Supremo (RJ 2009\8076), que resulta contrario al espíritu de la norma que la fijación de una garantía para el que hace la oferta pueda resultar en su contra si renuncia a ella cuando carece de consecuencias para terceros. De ello se deduce que de admitir las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de*

presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la de carácter técnico susceptible de valoración mediante juicio de valor presentada por éstos puede ser y, de forma inevitable, será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta, vulnerando así la garantía de los terceros.”

La recurrente cometió el error al introducir parte de la documentación susceptible de valoración mediante la aplicación de fórmulas en un sobre que debe contener exclusivamente documentación valorable bajo criterios de juicio de valor, lo que supone que no sólo vulneró el orden procedimental establecido quebrantando el procedimiento, lo que supondría un mero defecto formal, sino que desveló el secreto de la oferta, aunque sea de forma parcial, e incumplió lo dispuesto en el artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público y en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial.

Sexto.- El hecho de incluir en el sobre nº 2 elementos evaluables mediante la aplicación de fórmulas no ha sido discutido por la recurrente. Ésta sólo alega que el PCAP prevé que se introduzcan en el sobre nº 2 las mejoras y que por eso, ella introdujo en dicho sobre nº 2 como tales mejoras elementos que son valorables mediante la aplicación de fórmulas, pero que eso es debido a un error del pliego que es confuso y debería haber indicado que las mejoras se introdujeran en el sobre nº 3.

De dicha alegación resultan varias cuestiones a resaltar, en primer lugar, hay que indicar que las previsiones del Pliego fueron conocidas por todos los licitadores y aceptadas por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas en los términos señalados en el artículo 129 de la Ley de Contratos del Sector Público anteriormente transcrito, sin que conste en ningún caso la impugnación de los Pliegos que rigieron la licitación por parte de la recurrente, por lo que no puede imputar un error al PCAP que ella misma aceptó y no recurrió en su momento por dicha causa.

El principio de igualdad de trato supone que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera, de tal

forma que la recurrente licitó aceptando un PCAP al que ahora no puedo calificar de erróneo.

Pero además, la recurrente incurre en el error de creer que el PCAP prevé la presentación de mejoras, desconociendo que la cláusula 9.2.2 del PCAP que ella misma transcribe en su recurso indica que “ en el caso de que se presenten mejoras, en el Anexo VI se establecerá sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de las mismas y si podrán tener o no repercusión económica”.

Pues bien, el citado Anexo VI está sin rellenar en el PCAP por lo que no estaba prevista la presentación de mejoras y dicha cláusula ha sido interpretada erróneamente por el recurrente entendiéndolo que podía aportar mejoras aunque en el Anexo VI no se indique nada. El recurrente confundió dicha cláusula y presentó en el sobre nº 2, como si fueran mejoras, elementos de su oferta valorables mediante fórmulas y que además expresamente el PCAP exigía su aportación en el sobre nº 3, como luego veremos. Por tanto, no es un error imputable al PCAP sino al propio recurrente.

El artículo 131 de la Ley de Contratos del Sector Público referido a la “*Admisibilidad de variantes o mejoras*” dispone que:

1. “Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.
2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.”

En este procedimiento no se indicó, ni en el PCAP (Anexo VI) ni en el anuncio de licitación, la admisión de variantes o mejoras, por lo que no puede ser admitida la alegación del

recurrente de que el PCAP es confuso en cuanto a la documentación a introducir en el sobre nº 2.

Además la documentación que aporta la recurrente en el sobre nº 2 como variantes o mejoras, es precisamente la relativa a los aspectos que recoge el anexo VII del PCAP como propuesta técnica valorable hasta un máximo de 50 puntos y que ya hemos transcrito.

Por lo que en el caso objeto del presente recurso debe entenderse que la inclusión en el sobre nº 2, referido a elementos evaluables mediante juicios de valor, de aspectos que se han de evaluar aplicando fórmulas y que expresamente dispone el PCAP que deben de aportarse en el sobre nº 3, es un error en el que incurrió el recurrente al aportarlos como variantes o mejoras cuando éstas no estaban previstas en el PCAP y su revelación en la apertura del sobre nº 2 podían influir en la valoración de su oferta que sería valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en los otros licitadores, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley de Contratos del Sector Público.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en el día de la fecha,

RESUELVE:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación AFYME (Asociación de Atención a Familias y Menores) , contra el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de dicha asociación en el expediente 1/2011 de contratación de un “SERVICIO DE PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR EN SEVILLA” y contra la resolución de 30 de noviembre de 2011, por la que se adjudica dicho contrato a la Asociación ASEIM ” (Expte. 18/2011-SAB), que se confirman en todos sus extremos.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Cuarto. Notificar la presente resolución al órgano de contratación que ha tramitado el recurso de acuerdo con lo indicado en la Orden de 14 de diciembre de 2011, a efectos de su conocimiento y notificación por el mismo al recurrente y a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA