

Recurso 25/2012.
Resolución 28/2012.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 26 de marzo de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad “**BELOW MARKO, S.L**” contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicios de consultoría y asistencia para el desarrollo, planificación y ejecución de actuaciones de comunicación para la divulgación de las actuaciones de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía en el marco de la Subvención Global Innovación-Tecnología-Empresa de Andalucía 2007-2013” (Expte. 32/2011-CO-SA), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de diciembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación del contrato denominado “Servicios de consultoría y asistencia para el desarrollo, planificación y ejecución de actuaciones de comunicación para la divulgación de las actuaciones de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía en el marco de la Subvención Global Innovación-Tecnología-Empresa de Andalucía 2007-2013”. Asimismo, el anuncio de la licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado y en el Perfil de Contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato ascendía a 1.012.711,87 euros, concurriendo a la licitación un total de 11 empresas, entre ellas, la recurrente.

SEGUNDO. El 10 de febrero de 2012, la mesa de contratación acordó la exclusión de la empresa “BELOW MARKO, S.L” en el procedimiento de adjudicación del contrato, por haber presentado en el sobre número uno (documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos) documentación exigida en el sobre número dos (proposición técnica), en concreto, datos referidos a la propuesta de funcionamiento y coordinación.

En la mesa de contratación del día 16 de febrero de 2012 se comunicó, en acto público, el resultado de la calificación de la documentación presentada por las empresas licitadoras en el sobre número uno. En concreto, se comunicó la exclusión de la recurrente por la causa expresada en el párrafo anterior.

TERCERO. El 2 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA, en adelante) anuncio de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad “BELOW MARKO, S.L”.

CUARTO. El 6 de marzo de 2012, se presentó en el Registro General de la Agencia IDEA escrito de la empresa antes citada, solicitando la adopción de medidas provisionales, así como recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación.

QUINTO. El 9 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de alegaciones del órgano de contratación de la Agencia IDEA en relación a la medida provisional solicitada por el recurrente, así como el expediente de contratación junto con el informe correspondiente.

SEXTO. El 12 de marzo de 2012, este Tribunal dictó resolución acordando la medida provisional solicitada por la empresa consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

SÉPTIMO. El 14 de marzo de 2012, se dio traslado del escrito de recurso a todos los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones ante este Tribunal, habiendo efectuado las mismas la entidad ADSOLUT, S.L

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

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 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

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, hallándose 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, concurriendo en la Agencia IDEA la condición de poder adjudicador.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que, tratándose 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 aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Al respecto, consta en el expediente de contratación que, en la sesión de la mesa de contratación del día 16 de febrero de 2012, se comunicó en acto público el resultado de la calificación de la documentación presentada por las empresas licitadoras en el sobre número uno. En concreto, se comunicó la exclusión de la recurrente en el procedimiento de adjudicación.

Asimismo, BELOW MARKO, S.L reconoce en su escrito de recurso que tuvo conocimiento del acuerdo de exclusión el día 16 de febrero de 2012, por lo que presentándose el recurso especial en el Registro del órgano de contratación el 6 de marzo de 2012, el mismo se ha interpuesto en plazo.

QUINTO. Procede analizar ahora la cuestión de fondo suscitada en el recurso.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

- Incumplimiento de la Legislación de Contratos del Sector Público por parte de la Agencia IDEA: se solicita como contenido del sobre nº 2 (oferta técnica) datos sobre los medios humanos y materiales, los cuales no pueden ser objeto de valoración para la adjudicación de los contratos.
- Inexistencia de documentos del sobre nº 2 incluidos en el sobre nº1: en este sobre se incluyó un documento titulado “equipo de trabajo” dentro del cual hay dos páginas que se titulan “propuesta de funcionamiento y coordinación”. Ahora bien, salvo el título, el resto de las dos páginas se encuadra dentro del compromiso de la empresa de dedicación de los medios materiales o personales suficientes a que se refiere el apartado “otros requisitos” del Anexo III incluido en el contenido del sobre nº1.

Asimismo, puede comprobarse la gran similitud existente entre lo exigido en el Anexo III (apartado “otros requisitos”) del sobre nº1 y el segundo requisito del Anexo IV del sobre nº2 relativo a la propuesta de funcionamiento y coordinación. Pese a ello, la respuesta de BELOW MARKO, S.L ha sido conscientemente distinta y cualquier similitud entre ambas respuestas obedece a la similitud de las solicitudes que establece el pliego.

Por su parte, la Agencia IDEA, en el informe que remite a este Tribunal, manifiesta lo siguiente:

- Respecto al incumplimiento de la Legislación de Contratos del Sector Público que se alega por el recurrente, no es el momento procedimental oportuno para discutir la legalidad del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante) que rigió la licitación y que no fue impugnado en el extremo controvertido. Además, no se están valorando medios que correspondan a formas de justificar la solvencia técnica, sino la

propuesta de funcionamiento asociada al trabajo a desempeñar, es decir, la forma en que se va a realizar el servicio.

- La decisión de exclusión de la mesa de contratación no se basó en una mera apreciación del título de los documentos, sino que se alcanzó tras la previa deliberación por parte de todos sus componentes, una vez analizado el contenido de dichos documentos por los miembros con conocimientos técnicos en la materia. En este sentido, la información aportada en los documentos permitía extraer conclusiones en cuanto a disponibilidad, equipos y recursos, plan de trabajo en las distintas fases del desarrollo de la campaña, compromisos a asumir en su ejecución, actuaciones para llevar a cabo con eficacia los servicios, capacidad de respuesta..., extremos todos ellos que forman parte del conjunto de criterios de adjudicación del contrato.
- El artículo 129.2 de la LCSP dispone que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública. Los informes 43/02, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y el informe 20/2008, de 27 de diciembre, de la Comisión Consultiva de Andalucía avalan la decisión adoptada por la mesa de contratación.

Pues bien, el análisis de los motivos del recurso exige, como punto de partida, determinar si, en efecto, la introducción en el sobre de documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, de aspectos técnicos de la proposición supone o no una infracción de la Legislación de Contratos del Sector Público y es o no causa de exclusión de la oferta.

El artículo 145.2 del TRLCSP (anteriormente, artículo 129.2 de la Ley de Contratos del Sector Público) establece 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 160.1 del TRLCSP (anteriormente, artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público) establece para el procedimiento abierto que *“El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, - documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos -, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones (...)”*

Finalmente, 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, al establecer las funciones de la mesa de contratación en el procedimiento abierto, prevé la calificación de la documentación general acreditativa de la capacidad y solvencia como actuación previa a la apertura de las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público.

De los preceptos citados, se deduce con total claridad que la documentación general que acredita el cumplimiento de los requisitos previos ha de presentarse en sobre separado de aquél que contenga la proposición, debiendo calificarse previamente aquella documentación antes de proceder a la apertura y examen de la proposición, la cual se mantendrá secreta hasta ese momento procedimental.

Si se admitiera en la licitación a aquellas empresas que incumplen la obligación legal de presentar la documentación general del artículo 146 y la proposición en sobres separados, aparte de vulnerarse el principio de secreto de la oferta, se permitiría anticipar el conocimiento de aspectos de la proposición de unos licitadores que no es posible conocer respecto del resto y potencialmente podría

beneficiarse al licitador que incumple la norma frente al que acata la misma presentando correctamente en sobres separados la documentación general y la relativa a su oferta, con todo lo que ello supone de infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.

Y es que, aún cuando se pudiera argüir que aquel conocimiento anticipado no coloca en posición de ventaja al licitador incumplidor frente al resto al no influir en la valoración de las ofertas, lo cierto e incuestionable es que revela datos de la proposición en un momento procedimental en que la oferta debe ser aún secreta para todos y por tanto, también para la mesa de contratación que, además, es el órgano competente para su valoración conforme al artículo 160.1 del TRLCSP.

La posición aquí mantenida es la que, además, sostienen la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –informes 43/02 y 20/07- y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales – resoluciones nº 146 y 147, ambas de 2011-.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 (RJ\2009\8076), con referencia al anterior marco legislativo contractual, señala que *“Ciertamente la norma legal aquí aplicable, art. 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 (...)”*

Sobre la base de la anterior premisa, es decir, de la exclusión de aquellos licitadores que presenten aspectos de su proposición en el sobre relativo a la documentación general prevista en el artículo 146 del TRLCSP, hemos de analizar si la documentación que la recurrente incluye en el sobre nº1 revela aspectos de su proposición técnica que deberían figurar en el sobre nº2. Para ello, se ha de analizar, en primer lugar, lo previsto en el PCAP.

El **Anexo III del PCAP**, bajo el título “Sobre 1-Carpeta 2: Documentación técnica. Solvencia técnica”, en el apartado “Otros requisitos” dispone:

- *Nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar las prestación.*
- *Compromiso de dedicación de los medios personales o materiales suficientes para la ejecución:*

En caso afirmativo señalar sí: SI

Constituye obligación esencial a efectos del art. 206 f) LCSP:SI

Penalidades en caso de incumplimiento: NO.

Por otro lado, **el Anexo IV** del pliego, bajo el título “Sobre 2: Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor”, establece lo siguiente, en el apartado “Propuesta de funcionamiento y coordinación”: *“Dossier que contenga la propuesta de funcionamiento y coordinación de las actuaciones de la empresa para llevar a cabo con eficacia los trabajos objeto del contrato, en cuanto a disponibilidad, equipos y recursos, plan de trabajo en las distintas fases del desarrollo de la campaña y compromisos a asumir en su ejecución.*

En este dossier se detallarán el número de personas adscritas al contrato con sus correspondientes perfiles curriculares y tiempo de dedicación que asignarán al contrato. Asimismo, se recogerá en esta oferta técnica la propuesta de funcionamiento y coordinación de actuaciones para llevar a cabo

con eficacia los servicios objeto del contrato además de especificar la dedicación, disponibilidad de servicio y capacidad de respuesta”

Pues bien, **el primer motivo del recurso** se fundamenta en el incumplimiento por parte de la Agencia IDEA de la Legislación de Contratos del Sector Público al valorar los medios humanos y materiales como criterio de adjudicación. Esta alegación es extemporánea porque el recurrente debió impugnar el PCAP en este particular extremo si consideraba que aspectos relativos a la solvencia técnica empresarial estaban siendo indebidamente valorados como criterios de adjudicación. Además, el acto impugnado es la exclusión padecida por el recurrente en el procedimiento de adjudicación, sin que este primer motivo de recurso vaya dirigido a combatir la decisión recurrida.

No obstante, el motivo principal del recurso, sobre el que realmente versa la cuestión de fondo objeto del debate, es que, a juicio del recurrente, no se ha incluido en el sobre nº1 documentación exigida en el sobre nº2. Ello obliga a analizar la documentación aportada en el sobre 1 que se halla incorporada al expediente de contratación.

Se trata de 11 hojas:

- La primera solo contempla el título “Equipo de Trabajo”.
- La segunda lleva como título “Propuesta de funcionamiento y coordinación. Esquema de funcionamiento y acuerdos de nivel de servicio”. En la citada hoja se proponen tres comités (de Dirección, de Coordinación y Operativo) con indicación de las tareas a asumir por cada uno:

Comité de Dirección:

1. Revisión global de la propuesta de colaboración y del modelo de prestación del servicio.
2. Visión a medio y largo plazo de la evolución del servicio: definición de estrategias, políticas y objetivos a considerar, revisión del modelo de

relación, previsión del volumen de actividad a lo largo del proyecto (planificación).

3. Evaluación de resultados obtenidos y cierre del proyecto.

Comité de Coordinación:

1. Revisión de los informes de seguimiento, actividades realizadas y tareas pendientes.
2. Identificación de riesgos y toma de decisiones (medidas correctoras)
3. Realización de cambios sobre las tareas inicialmente propuestas.
4. Aprobación y validación de resultados parciales.

Comité Operativo:

Consultas y recopilación de información para el desarrollo de las actividades operativas.

Finalmente, en la hoja se hace mención a **dos Acuerdos de Nivel de Servicio:**

1. Sustitución de recursos humanos mediante aviso con 15 días de antelación y con una justificación escrita explicando el motivo, así como los posibles candidatos con un perfil igual o superior al de la persona que se pretende sustituir. Una vez seleccionado el sustituto, la sustitución se subsanará con periodos de solapamiento sin coste adicional para la Agencia IDEA.
 2. Plazo máximo de 6 horas para la resolución de solicitudes especialmente urgentes, 24 horas para solicitudes urgentes y 48 horas para solicitudes importantes.
- Las nueve hojas restantes se refieren al equipo de trabajo con la indicación de su titulación y principales méritos.

A la vista de la documentación descrita, se ha de concluir que su contenido ciertamente excede del previsto en el Anexo III del PCAP para el sobre nº1 y que se circunscribe estrictamente a los nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación y al compromiso formal de dedicación de medios personales o materiales suficientes para la ejecución.

En concreto, la citada documentación hace mención, aún cuando sea de modo genérico, al esquema de funcionamiento para el desarrollo de los trabajos objeto del contrato, así como a dos acuerdos de nivel de servicio con indicación del plazo máximo de respuesta para la resolución de solicitudes, según sean especialmente urgentes, urgentes o importantes, aspectos todos ellos que deberían haberse incluido en el sobre nº2 conforme al Anexo IV del PCAP.

Ciertamente, la propuesta de funcionamiento de la recurrente podrá venir más completa y detallada en el sobre nº2, pero ello no ha evitado que, en un momento procedimental anterior a la apertura de las proposiciones, la mesa de contratación haya tenido un conocimiento, aunque sea incompleto e indiciario, de aspectos técnicos de la oferta, cuyo conocimiento la Ley reserva para un momento posterior –artículos 145.2 y 160.1 del TRLCSP-.

Por otro lado, el error padecido por el recurrente tampoco puede ampararse en el PCAP por cuanto éste no induce a confusión en cuanto a la documentación que ha de incluirse en los sobre 1 y 2. La referencia que se contiene en el sobre 1 a “nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación y compromiso de dedicación de los medios personales y materiales suficientes para la ejecución” viene recogida en el artículo 64 del TRLCSP como concreción de las condiciones de solvencia, mientras que el sobre 2 se refiere a la documentación que contenga la propuesta de funcionamiento y coordinación de actuaciones empresariales para llevar a cabo con eficacia los servicios objetos del contrato.

Además, aún cuando el PCAP, al referirse a la documentación del sobre 2, haga mención al número de personas adscritas al contrato con sus correspondientes perfiles curriculares y el recurrente haya incluido en el sobre 1 tales menciones, no es esto, a juicio del Tribunal, lo determinante para concluir que se han infringido los preceptos legales antes expuestos relativos al secreto de la oferta y a la inclusión de ésta en sobre separado al de la documentación previa, sino las menciones relativas a la organización del equipo técnico para el desarrollo de los trabajos objeto del contrato y a los acuerdos de nivel de servicio con indicación de los plazos de respuesta ante solicitudes, extremos éstos que, sin duda, exceden de los aspectos de solvencia técnica a que se refiere el artículo 64 del TRLCSP y exige el Anexo III del PCAP, anticipando, aunque sea de forma incompleta, aspectos de la proposición técnica cuyo conocimiento está legalmente previsto para un momento posterior.

En consecuencia, no es posible estimar el recurso interpuesto por la entidad “BELOW MARKO, S.L”, debiendo confirmar este Tribunal la legalidad de la decisión de exclusión adoptada por la mesa de contratación respecto de la citada empresa.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, Este Tribunal, en el día de la fecha,

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad “**BELOW MARKO, S.L**” contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicios de consultoría y asistencia para el desarrollo, planificación y ejecución de actuaciones de comunicación

para la divulgación de las actuaciones de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía en el marco de la Subvención Global Innovación-Tecnología-Empresa de Andalucía 2007-2013”

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida de suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal en resolución de 12 de marzo de 2012.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA