

Recurso 30/2012
Resolución 36/2012.

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

Sevilla, a 9 de abril de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MIGUEL BERNAL DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.L** contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye a la citada entidad del procedimiento de adjudicación del contrato de obras “Nuevo Conservatorio de Música Profesional Gonzalo Martín Tenllado. Málaga” (Expte. 00219/ISE/2011), este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 de noviembre de 2011, se publicó en el DOUE y en el BOE anuncio del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, para la licitación pública del contrato de obras denominado “Nuevo Observatorio de Música Profesional Gonzalo Martín Tenllado. Málaga” (Expte: 00219/ISE/2011/SC). El citado anuncio de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el 12 de enero de 2012.

SEGUNDO: La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, aunque en el pliego se aluda a la Ley 30/2007, pero la licitación se

anunció en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el 12 de enero de 2012, cuando ya estaba en vigor el TRLCSP. Asimismo, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO: En el citado procedimiento de adjudicación presentaron ofertas entre otras empresas, la recurrente.

El 18 de enero de 2012, se reúne la mesa de contratación para la apertura y examen de la documentación incluida en el sobre nº 2 “PROPOSICIÓN TÉCNICA”. Una vez analizada dicha documentación por la comisión técnica, se acuerda por la mesa de contratación la exclusión de varias empresas, entre ellas, la recurrente ”por incluir la mejora referida a la reducción de plazo en el sobre 2, conforme a lo establecido en la cláusula 9.2.2 y en el ANEXO X del PCAP y de acuerdo con el artículo 129 de la LCSP”.

Mediante fax enviado el 6 de febrero de 2012, se notifica a dicha empresa su exclusión del procedimiento de licitación por dicha causa.

El 7 de febrero de 2012 tiene entrada en el Registro del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos de la Consejería de Educación, escrito de la empresa recurrente, dirigido a la mesa de contratación, solicitando la revisión de la documentación presentada por la misma.

Reunida la mesa de contratación el 8 de febrero de 2012, tras comprobar la documentación que la citada empresa incorporó al sobre nº 2, la mesa se ratificó en la exclusión de la misma, lo que notificó por fax el 17 de febrero de 2012 a la recurrente y por correo certificado con acuse de recibo, el 21 de febrero de 2012.

CUARTO: El 12 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro General del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos de la Consejería de Educación recurso especial en materia de contratación interpuesto por MIGUEL BERNAL DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.L contra la citada resolución por la que se excluye a la recurrente de la licitación referida.

QUINTO: El órgano de contratación remitió a este Tribunal, el 13 de marzo de 2012, el citado recurso junto al expediente de contratación, su informe respecto al recurso y una relación de las empresas licitadoras con indicación de los domicilios a efectos de notificaciones.

SEXTO: Por la Secretaría del Tribunal, el 14 de marzo de 2012, se requirió a la empresa recurrente la subsanación de determinada documentación consistente en la acreditación de la representación del compareciente para interponer reclamaciones y recursos, habiéndose efectuado la misma por parte de la empresa, el 15 de marzo de 2012, por correo electrónico y el 16 de marzo por correo ordinario.

Asimismo, el 22 de marzo de 2012 se dio traslado del escrito de interposición a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiendo presentado las mismas la empresa FERROVIAL AGROMAN, S.A..

SEPTIMO: En el escrito de interposición del recurso se solicitó la suspensión del procedimiento de adjudicación. En virtud de resolución de 16 de marzo de 2012, este Tribunal resuelve denegar la medida cautelar de suspensión solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La competencia de este Tribunal viene establecida 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: No consta que la recurrente haya presentado el anuncio previo del recurso al órgano de contratación en los términos exigidos en el artículo 44.1 del TRLCSP, como pone de manifiesto el órgano de contratación en el informe remitido junto con el expediente de contratación. No obstante, la falta del citado anuncio debe entenderse suplida, por razones de eficacia procedimental, con la interposición del recurso directamente en el registro del órgano de contratación, pues, a través de esta vía, dicho órgano tuvo ya conocimiento del recurso que es, en realidad, la finalidad pretendida por el anuncio previo.

CUARTO: 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 recurrido, como se ha indicado, es la resolución del órgano de contratación por la que se excluye de la licitación a la empresa.

El contrato objeto de licitación es un contrato de obras sujeto a regulación armonizada siendo el presupuesto de licitación de 5.932.203,38 €.

En consecuencia, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del citado artículo 40 del TRLCSP.

QUINTO: Antes de proceder a examinar la cuestión de fondo que plantea el recurso, debe analizarse si el mismo ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44 apartados 1, 2 y 3 del TRLCSP dispone que *“1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.*

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 (...)

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”

El recurso se presentó en una oficina de correos el 9 de marzo de 2012, pero no tiene entrada en el registro del órgano de contratación hasta el 12 de marzo de 2012. Al respecto, el artículo 44.3 del TRLCSP es claro cuando señala que la presentación del escrito de interposición debe hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para resolución del recurso. Por tanto, debe considerarse como fecha de presentación del recurso, la fecha de entrada del mismo en uno de esos dos registros.

En el supuesto analizado, la resolución impugnada es la resolución de la mesa de contratación de exclusión de la citada empresa que se le notificó el 6 de febrero de 2012. El 7 de febrero de 2012 la empresa recurrente solicitó la revisión de la documentación presentada por la mesa de contratación y esta petición se rechaza por la mesa de contratación, ratificándose en la exclusión de la empresa mediante resolución de 16 de febrero de 2012, notificada por fax el 17 de febrero y por correo ordinario el 21 de febrero de 2012.

En consecuencia, tanto si se estima que la resolución recurrida es la inicial notificada el 6 de febrero de 2012 como la posterior notificada el 17 de febrero por fax, como indica la empresa en su recurso y por correo ordinario recibido el 21 de febrero de 2012, el recurso se habría interpuesto fuera del plazo indicado en el artículo 44 del TRLCSP

Atendiendo a la fecha de notificación de la segunda resolución de la mesa de contratación, a la que alude el recurrente en su recurso, esto es, el 17 de febrero por fax y el 21 de febrero por correo certificado, el plazo para la interposición del recurso finalizaba, por tanto, el 7 de marzo o bien el 10 de marzo de 2012. En cambio, el escrito de interposición tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el 12 de marzo de 2012, aunque se presentara en una oficina de

correos el 9 de marzo de 2012, por lo que el mismo ha de considerarse interpuesto extemporáneamente.

SEXTO: La extemporaneidad del recurso determina su inadmisión de conformidad con lo establecido en el artículo 47.2 del TRLCSP, sin que proceda entrar a analizar las cuestiones de fondo planteadas en el escrito de recurso. En cualquier caso, se hace constar que, aún cuando el recurso hubiese sido admitido, este Tribunal lo habría desestimado por las razones que, a continuación, se exponen.

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 cualificación 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 X, donde se indica que comprenderá el estudio técnico del proyecto para la ejecución de la obra:

1. Descripción del proceso constructivo y metodología a emplear para la ejecución de los trabajos.

2. Estudio de las condiciones del solar y edificaciones existentes y plano de organización de las obras
3. Medidas específicas para compatibilizar el uso educativo.

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

En este sobre se incluirá:

- a) Mejoras valorables en cifras o porcentajes, estableciendo el Anexo XI como mejoras las siguientes:
 - Mejora: plan de control de calidad
 - Mejora: plan de seguridad y salud
 - Mejora: reducción del plazo; añadiendo como reducción máxima del plazo: 10% sobre el plazo total
- b) La proposición económica.

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 139 del TRLCSP, y, en su caso, de los requisitos establecidos para las proposiciones de los interesados en el artículo 145 del TRLCSP, así como en el artículo 150 del mismo texto legal referido al procedimiento para la valoración de las ofertas.

En concreto, la recurrente incluyó en la Memoria Técnica (sobre nº 2), en el apartado relativo al “Análisis de la ejecución “ y en el subapartado “ Proceso

constructivo y metodología de trabajo”, la indicación de que: “la fecha prevista de inicio será el 1 de marzo de 2012, aproximadamente 3 meses después de la fecha de licitación de la obra y la finalización de las obras el día 15 de abril de 2013, **reduciendo en un 10% el plazo del proyecto...**”, por lo que está claro que oferta una mejora respecto al plazo de duración de la obra que se establece en 15 meses en el pliego. Y dicha mejora sólo se podía ofertar en el sobre nº 3, según el PCAP y según reconoce el propio recurrente.

El recurrente alega que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no recoge expresamente que introducir por error la reducción del plazo de duración de la obra en el sobre nº 2, motive la exclusión de la licitación. Y por otro lado, alega que no se motivó la resolución de exclusión de la licitación, al no indicar la mesa de contratación, en qué medida la inclusión de la mejora de reducción del plazo de ejecución del contrato, ha tenido incidencia en la valoración del sobre nº 3.

Respecto a la falta de motivación hay que indicar que la resolución de exclusión indica el motivo y la fundamentación de dicha exclusión, señalando que: “Por incluir la reducción de plazo en el sobre 2 (cláusula 9.2.2; Anexo X del PCAP, art. 129 LCSP)”.

En consecuencia, la actuación del órgano de contratación en este sentido ha sido la correcta, se hace una fundamentación legal de la exclusión ya que la misma opera ope legis. De otro lado, visto el recurso interpuesto por la recurrente, resulta claro su conocimiento de la causa de exclusión, pues en el mismo expone con detalle sus argumentos al objeto de tratar de justificar que la misma ha sido improcedente.

No pueden tampoco admitirse las alegaciones realizadas por la recurrente respecto a que el acuerdo de exclusión no está motivado porque la mesa de contratación no justifica en qué medida el error en la presentación de la documentación puede

influir en la valoración de la oferta, ya que ello no es sino el resultado de la aplicación de la normativa en materia de contratación pública.

El artículo 1 del TRLCSP establece entre sus fines el garantizar el principio de “*no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores*”. En el mismo sentido, el artículo 139 de la citado TRLCSP 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 145 y 160 del TRLCSP 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 145 del TRLCSP, 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 160.1 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 146, 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 145 del TRLCSP, 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 146 de la citada norma legal.

Las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios técnicos en los casos en que su cualificación 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 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.”

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; Así lo señaló este Tribunal en la resolución 9/2012 y el Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución 84/2011, entre otras.

La recurrente cometió el error de recoger la mejora en cuanto al plazo de duración de la obra, que debería formar 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 150.2 del TRLCSP y en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en el día de la fecha,

RESUELVE:

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por MIGUEL BERNAL DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.L contra el acuerdo de la mesa de contratación del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos de exclusión de la citada UTE en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Nuevo Observatorio de Música Profesional Gonzalo Martín Tenllado. Málaga” (Expte: 00219/ISE/2011/SC),por extemporáneo.

SEGUNDO.- 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición del 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