

Recurso 46/2012
Resolución 51/2012.

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

Sevilla, a 14 de mayo de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE, DINTRA 5, S.L., GETINSA INGENIERÍA, S.L. y CONSTRUCCIONES LOPEZ PORRAS, S.A. contra el acuerdo de la mesa de contratación de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de exclusión de la citada UTE en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio para la optimización, mejora y modernización de las presas del Distrito Hidrográfico del Mediterráneo. Provincia de Málaga” (Expte: NET837440), este Tribunal ha dictado, en el día de la fecha, la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de enero de 2012, se publicó en el DOUE y el 26 de enero de 2012 en el BOE anuncio de la Agencia de Medio Ambiente y Agua, para la licitación pública del contrato de servicios denominado “Servicio para la optimización, mejora y modernización de las presas del Distrito Hidrográfico del Mediterráneo. Provincia de Málaga” (Expte: NET837440). El citado anuncio de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el 20 de enero de 2012.

SEGUNDO: La licitación se lleva 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. Igualmente, 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 UTE recurrente.

El 13 de marzo de 2012, se reúne la mesa de contratación para la admisión de ofertas y apertura de las oferta técnicas. Una vez analizada la documentación presentada en el sobre nº 1, la mesa de contratación acuerda la exclusión de varias empresas, entre ellas, la recurrente "porque incluye en el sobre nº 1 documentación correspondiente al sobre nº 3, en concreto, indica el porcentaje de subcontratación".

Mediante burofax enviado el 21 de marzo de 2012, se notifica a dicha empresa su exclusión del procedimiento de licitación por dicha causa.

CUARTO: El 4 de abril de 2012, tuvo entrada en el Registro General de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Consejería de Medio Ambiente, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE DINTRA 5,S.L., GETINSA

INGENIERÍA, S.L. y CONSTRUCCIONES LOPEZ PORRAS,S.A. 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 10 de abril 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 20 de abril de 2012 se dio traslado del escrito de interposición a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones.

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 de la mesa de contratación por la que se excluye de la licitación a la UTE recurrente.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, siendo el presupuesto de licitación de 2.179.794,40 €.

En consecuencia, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del citado artículo 40 del TRLCSP. concurriendo en la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, la condición de poder adjudicador.

QUINTO. La cuestión de fondo que debe analizarse es la de determinar si la inclusión en el sobre nº 1 de un elemento susceptible de valoración a efectos de la adjudicación, cuando dicho sobre nº 1 ha de contener la documentación relativa a

los requisitos previos como es la acreditación de la capacidad para contratar y la solvencia, es determinante de la exclusión de la licitadora que cometió el error y que ella imputa al pliego .

Al efecto, el PCAP dispone que el sobre nº 1 referido a “*Documentación acreditativa de requisitos previos*” tendrá dos carpetas, una referida a la documentación general y otra a la documentación técnica y dentro de ésta última recoge un apartado 3.2.2.1.2.b) relativo a “Subcontratación” del siguiente tenor:

“En caso de que se prevea la posibilidad de subcontratación en el CUADRO RESUMEN, y siempre que ésta no constituya un criterio de adjudicación de los incluidos en el anexo III, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte de contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización”.

Por su parte, el Cuadro Resumen del PCAP, en relación a la subcontratación, indica:

“Posibilidad de subcontratación: Si

En caso afirmativo, los licitadores deberán indicar la parte de contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o perfil empresarial del subcontratista”.

El Anexo III del PCAP recoge entre los criterios de adjudicación:

“B)PONDERACIÓN DE CRITERIOS ARITMÉTICOS (51%)

Porcentaje de los trabajos que se pretenden subcontratar (5%)”.

Valorándose los trabajos que se pretenden subcontratar del siguiente modo:

<i>Nº CRITERIO</i>	<i>INTERVALO(%)</i>	<i>PUNTUACION</i>
<i>Porcentaje de subcontratación de los trabajos incluidos en los capítulos 1 y 2 del presupuesto</i>	<i>0%-9,99%</i>	<i>10</i>
	<i>10%-19,99%</i>	<i>8</i>
	<i>20%-40,99%</i>	<i>6</i>
	<i>->41%</i>	<i>0</i>

De ello se desprende que, de acuerdo con el PCAP, en el sobre nº 1 y dentro de la carpeta 2 del mismo, los licitadores podían indicar en la oferta la parte de contrato que tuvieran previsto subcontratar señalando su importe, ***siempre que ésta no constituya un criterio de adjudicación de los incluidos en el anexo III.***

Puesto que en el anexo III del PCAP se fija como criterio de adjudicación ponderable aritméticamente el porcentaje de trabajos que se pretenden subcontratar, la indicación del porcentaje de subcontratación ya no puede incluirse en el sobre nº 1 sino en el sobre nº 3 referido a los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas.

La recurrente aportó en el sobre nº 1 y en la carpeta nº 2 una declaración indicando que *“en caso de resultar adjudicataria, realizaría la totalidad de los trabajos necesarios para el contrato”*, lo que supone a la luz del cuadro del anexo III transcrito, un porcentaje de subcontratación de 0% valorable en 10 puntos.

El recurrente alega en su recurso que su exclusión supone un incumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores 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 y que el introducir la referencia a la subcontratación en el sobre nº 1 es un defecto subsanable y por tanto, se le tenía que haber dado la posibilidad de subsanar y por último alega que la cláusula del pliego referida es oscura y conduce a confusión.

El artículo 1 del Texto Refundido 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 licitadores”*. En el mismo sentido, el artículo 139 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 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 145.2 del TRLCSP 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 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 en la documentación general del artículo 146 parte de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que ha de presentarse en el sobre nº 3, 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 que no es el caso, 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, la incorporación al sobre relativo a la documentación general prevista en el artículo 146 del TRLCSP, de aspectos fijados como criterios de adjudicación en el PCAP valorables mediante la aplicación de fórmulas, no es un defecto subsanable sino un motivo de exclusión del licitador puesto el secreto de la oferta ya ha sido revelado y nada puede subsanar esto.

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 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 anticipado 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 es conocida solamente la de parte de los licitadores, ello puede 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 recurrente cometió el error de recoger el porcentaje de subcontratación en el sobre nº 1 relativo a la documentación general siendo un criterio de adjudicación valorable mediante la aplicación de fórmulas que debería ir en el sobre nº 3 según el PCAP, 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 de la Ley de Contratos del Sector Público.

SEXTO. En cuanto a la fundamentación del recurso en la confusa redacción del PCAP hay que indicar que la cláusula del PCAP 3.2.2.1.2.b) cuestionada es clara en cuanto indica que no se incorporen al sobre nº 1 los aspectos relativos a la subcontratación en caso de que ésta sea un criterio de adjudicación, y el anexo III del PCAP fija claramente como criterio de adjudicación valorable mediante la aplicación de fórmulas el porcentaje de subcontratación.

Por tanto, pese a su claridad, en caso de que el recurrente estimara que la cláusula del PCAP es confusa, podía haberla recurrido interponiendo el recurso especial en materia de contratación contra el PCAP y no lo hizo, por lo que aceptó dicho pliego.

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; asimismo, el artículo 115.2 TRLCSP, en relación con los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, establece que «en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo». Y en desarrollo de esta previsión, el artículo 145.1 TRLCSP, al regular las proposiciones de los interesados, dispone que *«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»*. A ello hay que añadir que según lo establecido en el artículo 116.1 del mismo texto legal, los pliegos de prescripciones técnicas particulares contendrán los extremos que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus cualidades.

Por todo lo anterior,

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 UTE DINTRA 5,S.L., GETINSA INGENIERÍA, S.L. y CONSTRUCCIONES

LOPEZ PORRAS,S.A. contra el acuerdo de la mesa de contratación de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de exclusión de la citada UTE en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio para la optimización, mejora y modernización de las presas del Distrito Hidrográfico del Mediterráneo. Provincia de Málaga” (Expte: NET837440), que se confirman en todos sus extremos.

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