

Recurso 67/2021

Resolución 290/2021

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

Sevilla, 29 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por la entidad **EMOTOOLS, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 16 de noviembre de 2020, por el que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicios para desarrollar la estrategia de impulso de la innovación 2020 del Instituto Andaluz de Administración Pública” (Expte. CONTR 2020 0000072125), respecto del lote 4, tramitado por el Instituto Andaluz de Administración Pública, organismo adscrito a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 junio de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 1.091.460 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y



del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 18 de febrero de 2021, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal recurso calificado de alzada e interpuesto por la entidad EMOTOOLS, S.L., (en adelante EMOTOOLS), contra el acuerdo adoptado por la mesa de contratación con fecha 16 de noviembre de 2020, por el que se la excluye del procedimiento de contratación de referencia, respecto al lote 4.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el mismo 18 de febrero de 2021, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 15 de marzo 2021.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 4, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Procede ahora determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.



El recurso se dirige contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y convocado por una entidad que tiene la consideración de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

Procede señalar que la recurrente califica su escrito como recurso de alzada y no como recurso especial en materia de contratación. Sobre este particular, el órgano de contratación alega en el informe al recurso que el verdadero carácter del mismo se corresponde con el recurso especial en materia de contratación teniendo en cuenta que el acto que se impugna es la exclusión.

Al efecto, la calificación jurídica adecuada del escrito presentado por EMOTOOLS es la de recurso especial en materia de contratación y como tal debe tramitarse y resolverse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: *“El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, por lo que procede el recurso especial pese a la calificación jurídica errónea de recurso de alzada utilizada por la recurrente.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión fue notificado a la mercantil EMOTOOLS el 3 de febrero de 2021, por lo que el recurso presentado el 18 de febrero de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de la mesa de contratación de 16 de noviembre de 2020, por el que se declara su exclusión del procedimiento de adjudicación respecto al lote 4, y ello motivado, según consta en el acta de la mencionada sesión, porque la mercantil EMOTOOLS



incluyó dentro de la oferta técnica, incorporada en el sobre n.º 2, un dato referente a uno de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas, concretamente uno de los acuerdos de nivel de servicio, que tendría que haberse incluido en el Sobre 3.

La recurrente se alza contra el citado acuerdo de la mesa y solicita su anulación y que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al mismo, fundamentando su pretensión en los siguientes motivos:

Alega que la citada incidencia tiene su causa en un simple error de composición del texto, sin que el mismo pueda considerarse un adelanto de la oferta económica, ni desvirtúe por tanto el proceso de licitación.

Considera además, que el error vino motivado porque la mención del pliego en la que se fundamenta su exclusión, y que decía: *“En ningún caso la persona licitadora incluirá en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera”*; la cuál aparecía a pie de página en el Anexo VIII, a modo de nota totalmente secundaria y con tamaño de letra inferior al resto del texto.

Y concluye la argumentación afirmando que: *“una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia que rige en materia de contratación administrativa”*.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso rechaza y se opone a cuantos motivos y argumentos son planteados por la recurrente. Alega que: *“la Comisión Técnica encargada de valorar los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor correspondiente al lote 4, hizo constar en la Propuesta de Informe que elaboró al respecto lo siguiente: “En primer lugar hemos de hacer notar que en la propuesta técnica de “EMOTOOLS, S.L.”, sobre n.º 2, se hace referencia a información que debe figurar en el sobre n.º 3 “ANEXO X (BIS). MODELO DE ACUERDO DE NIVEL DE SERVICIO Y MEJORAS (LOTE 4)”*.



Concretamente expone en la página 11 de su oferta: “3.1. Captación. Como nos hemos comprometido en el “acuerdo de nivel de servicio” (Anexo-X Bis) a superar las 10 solicitudes de participación en el Autodiagnóstico”.

Este hecho fue confirmado por la Mesa de contratación la cual, de conformidad con el contenido del PCAP adoptó el acuerdo de excluir a la persona licitadora EMOTOOLS, S.L. del presente procedimiento de contratación (lote 4)”.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la cuestión controvertida y que se centra en discernir si por la entidad recurrente se facilitó en el sobre 2, información que había de ser incorporada en el sobre 3, poniendo en riesgo los principios de objetividad e imparcialidad informadores del procedimiento de licitación.

En esta línea, se sitúa el informe evacuado por la comisión técnica en la evaluación de la documentación contenida en el sobre 2, al indicar que en la propuesta técnica se afirmaba que: *“Como nos hemos comprometido en el “acuerdo de nivel de servicio” (Anexo-X Bis) a superar las 10 solicitudes de participación en el Autodiagnóstico”;* y dicha información hace referencia a un aspecto que se valora en el sobre 3.

Para el análisis de esta cuestión hemos de partir del contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), que regula el presente procedimiento de adjudicación. En concreto, la cláusula 9 del mismo, al regular la presentación de las proposiciones, establece: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por la persona empresaria del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones de este pliego, sin salvedad o reserva alguna”.*

Y en el párrafo 2 de la citada cláusula 9, que en relación a la forma de presentación de las proposiciones dispone lo siguiente: *“a) En aquellos casos en que el contrato se adjudique mediante procedimiento abierto, las personas licitadoras deberán presentar tres sobres, firmados y cerrados, de forma que se garantice el secreto de su contenido, señalados con los números 1, 2 y 3.”.*



La cláusula 9.2.2, relativa a la documentación que debe incluirse en el sobre número 2 -criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor- indica: *“En este sobre se incluirá la documentación especificada en el anexo VIII del presente Pliego acompañada, en su caso, de la declaración de confidencialidad según modelo del anexo XIV”*. Por su parte, el anexo VIII prevé el contenido y la estructura a la que deberán ajustarse la propuesta técnica para cada uno de los cinco lotes que conforman el contrato. Y añade, in fine, una nota con el siguiente tenor: *“En ningún caso la empresa licitadora reflejará en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera”*.

Por otra parte, el Anexo IX establece la documentación que deberá incluirse en el sobre nº 3 relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, siendo la siguiente:

“1. Acuerdo de nivel de servicio.

Las ofertas especificarán a qué acuerdos de nivel de servicio se comprometen, de entre los especificados para cada lote en los criterios de valoración, y deberán ajustarse al modelo que figura en el anexo X (bis) del presente pliego para cada lote. La oferta de cada acuerdo de nivel de servicio conlleva la aplicación de las penalizaciones correspondientes en caso de incumplimiento.

En caso de no especificarse, se entenderá que no se oferta ningún compromiso. En caso de ambigüedad sobre algún compromiso, se entenderá que no se oferta.

2. Mejoras.

Las proposiciones especificarán qué mejoras sobre ciertas prescripciones técnicas mínimas se ofertan de entre las enumeradas para cada lote en los criterios de valoración y con los requisitos especificados en dichos criterios, y deberán ajustarse al modelo que figura en el anexo X (bis) del presente pliego para cada lote.

En caso de no especificarse, se entenderá que no se oferta ninguna mejora. En caso de ambigüedad sobre alguna mejora, se entenderá que no se oferta.

3. Proposición económica.

La proposición, debidamente firmada y fechada, deberá ajustarse al modelo que figura en el anexo X del presente pliego para cada lote”.

A su vez, en el Anexo X (BIS) -relativo a la documentación a incorporar en el sobre 3-, concretamente al “Modelo de acuerdo de nivel de servicio y mejoras” correspondiente al lote 4, prevé en su apartado primero, lo siguiente:



“Acuerdos de nivel de servicio (marcar el o los Acuerdo/s de nivel de servicio que se oferte/n).

- *Superar 10 solicitudes de participación en autodiagnóstico.*
- *Superar en cada actividad formativa la valoración media global de las actividades formativas de la misma área.*
- *Mejorar la predisposición para innovar de cada unidad participante, medido mediante una encuesta a realizar al principio y al final del proyecto a las personas que trabajan en dichas unidades.*
- *Para cada centro directivo, obtener una valoración media del proceso por la persona titular del mismo y los miembros de los equipos gestores superior a 4 sobre 5”.*

Al respecto, es sobradamente conocida, por reiterada y constante, la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales acerca de la obligación legal recogida en el artículo 146.2 de la LCSP- de separar en sobres distintos la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor y la referente a criterios de evaluación automática, para de este modo facilitar su evaluación en momentos independientes, evitando el conocimiento de aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas en la fase previa de valoración de aquellos otros aspectos sujetos a juicios de valor. La finalidad perseguida por el legislador no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas.

Así, en nuestra Resolución 82/2018, de 28 de marzo, citando la previa 119/2013, de 8 de octubre, se indicaba que *“(…) La finalidad perseguida por esta regulación es garantizar la absoluta imparcialidad del proceso de valoración de las ofertas, impidiendo que un conocimiento previo de datos -que deben ser valorados con arreglo a criterios de evaluación automática- pueda influir en la valoración previa de aquellos que dependen de un juicio de valor.*

Como viene señalando reiteradamente este Tribunal (Resoluciones 36/2012, de 9 de abril, 59/2012, de 28 de mayo y 81/2012, de 3 de agosto, entre otras), las cautelas legales que se establecen para la valoración de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante 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. Por ello, el conocimiento previo de documentación relativa a criterios evaluables de modo automático puede afectar al resultado de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios que dependen de un juicio de valor y si ese conocimiento previo afecta, además, a la documentación de



uno de los licitadores puede implicar un trato desigual a favor de éste, en perjuicio del resto de licitadores que presentaron su documentación correctamente en los términos exigidos en la ley.”

Quiere decirse, pues, que el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

En este sentido, la recurrente no discute que su propuesta técnica, aportada en el sobre 2, contuviese la referencia relativa al acuerdo de nivel de servicio -información que debía estar en el sobre 3- , hecho que reconoce. Su alegato se centra en los motivos que ocasionaron tal incidencia, y entre los que cita, error de composición del texto de la propuesta o falta de visibilidad de la nota a pie de página contenida en el Anexo VIII del PCAP.

Al respecto, este Tribunal considera que el incumplimiento de la recurrente consistente en anticipar, indebidamente, información del sobre 3 en el sobre 2 es objetivo y no depende de la intencionalidad con la que se llevó a cabo, ni las circunstancias que lo motivaron.

Tampoco afecta a tal conclusión el alegato, reiterado en el escrito de recurso, sobre que el error cometido en nada desvirtuó ni afectó al proceso de licitación. Como ha reconocido este Tribunal en numerosas resoluciones -v.g. Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 82/2018, de 28 de marzo, 177/2018, de 14 de junio y 196/2019 y 197/2019, ambas de 22 de junio, y mas recientemente 275/2019, de 6 de septiembre-, lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadores y del secreto de la oferta consagrados en la LCSP.



En cuanto a la alegación esgrimida por la recurrente acerca de la falta de visibilidad de la nota de aviso contenida en el Anexo VIII, este Tribunal considera que asiste la razón al órgano de contratación al afirmar que la obligación de secreto de la oferta deriva de la legislación contractual y del contenido del PCAP, y como se alega en el informe al recurso: *“siendo la nota que consta en el Anexo VIII una mera aclaración y/o recordatorio al licitador y que ya debiera conocer, tras la lectura del pliego de cláusulas administrativas particulares, aún cuando se suprimiera o no constara tal nota referida, ello no produce ningún efecto en el contenido del Anexo VIII”*.

Por todo ello, este Tribunal concluye que procede desestimar el presente recurso al quedar argumentado que la información facilitada en el sobre 2, en la que se afirmaba que: *“Como nos hemos comprometido en el “acuerdo de nivel de servicio” (Anexo-X Bis) a superar las 10 solicitudes de participación en el Autodiagnóstico”*, implicaba dar a conocer a la mesa de contratación u órgano de asistencia, información concerniente al sobre 3, relativa a criterios de adjudicación ponderables de forma automática, concretamente a uno de los acuerdos de nivel de servicio previstos en el pliego.

Lo expuesto determina que la mesa de contratación actuó de conformidad a las previsiones del PCAP, al excluir a la mercantil EMOTOOLS, ya que lo contrario implicaría una vulneración de las garantías de objetividad e imparcialidad, así como un trato desigual con respecto a las otras licitadoras que presentaron correctamente su documentación.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas procede desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EMOTOOLS, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 16 de noviembre de 2020, por el que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicios para desarrollar la estrategia de impulso de la innovación 2020 del Instituto Andaluz de Administración Pública” (Expte. CONTR 2020 0000072125), respecto del lote 4, tramitado por el Instituto Andaluz de



Administración Pública, organismo adscrito a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior.

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 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

