

Recurso 157/2018**Resolución 195/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 22 de junio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **THINKING HEADS GROUP, S.L., JOSÉ OSCAR ÁLVAREZ CALZADA, CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE CÁDIZ** y **POSITIONING SYSTEM, S.L.** contra su exclusión del procedimiento de adjudicación relativo al contrato denominado “Servicios para el desarrollo de un programa de captación de inversiones y atención al inversor para la provincia de Cádiz y servicios de consultoría y asistencia para el diseño, producción y ejecución de acciones de comunicación para la divulgación de las actuaciones del programa” (Expte. 7/2017-CISA-SA) -Lote 2-, convocado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 19 de octubre de 2017 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la



Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con posterioridad a tal fecha, el citado anuncio también fue publicado el 21 de noviembre de 2017, en el Boletín Oficial del Estado núm. 283.

El valor estimado del contrato asciende a 1.598.991,74 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. Por la mesa de contratación, en sesión celebrada el 22 de febrero de 2018, se propuso al órgano de contratación, entre otras cuestiones la exclusión de las entidades que se habían presentado con el compromiso de constituirse en UTE: THINKING HEADS GROUP, S.L., JOSÉ OSCAR ÁLVAREZ CALZADA, CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE CÁDIZ y POSITIONING SYSTEM, S.L. (en adelante la UTE) con respecto al Lote 2. El órgano de contratación, con fecha 15 de marzo de 2018, dictó resolución por la que excluye a la UTE y determina la oferta económicamente más ventajosa. La citada resolución fue notificada a las recurrentes el 15 de marzo de 2018.

CUARTO. El 9 de abril de 2018, tuvo entrada en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, dirigido al órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE recurrente contra la



citada resolución, de 15 de marzo, de exclusión con respecto al Lote 2.

QUINTO. Con fecha 27 de abril de 2018, tiene entrada en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, oficio del órgano de contratación por el que da traslado del recurso interpuesto y remite el expediente administrativo.

Por parte de la Secretaría de este Tribunal, con fecha 3 de mayo de 2018, se solicitó al órgano de contratación que completara el expediente administrativo remitiendo el preceptivo informe sobre el recurso presentado y un listado comprensivo de los licitadores participantes en el procedimiento de contratación con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Dicha petición de documentación fue reiterada con fecha 14 de mayo de 2018, teniendo entrada la documentación solicitada en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, con fecha 17 de mayo de 2018.

Con fecha 20 de junio de 2018, se solicitó al órgano de contratación determinada documentación complementaria necesaria para la resolución del recurso. Dicha documentación tuvo entrada en este Tribunal con fecha 22 de junio de 2018.

SEXTO. El 22 de mayo de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos 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 objeto de la licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 1.598.991,74 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es la resolución de exclusión adoptada por el órgano de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1. a) y 2. b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el supuesto analizado, la resolución de exclusión fue notificada a la UTE recurrente el día 15 de marzo de 2018. En consecuencia, el recurso especial presentado el 9 de abril de 2018 en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, dirigido al órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.



QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La UTE se alza contra la Resolución, de 15 de marzo de 2018, acordada por el órgano de contratación, en la que se indica como causa de exclusión la violación por la recurrente del secreto de las proposiciones de conformidad con el artículo 145 del TRLCSP, por haber esta adelantado en la documentación del sobre 2 de su oferta información que debía encontrarse en el sobre 3 de la misma.

En su descargo, la recurrente argumenta lo siguiente:

a) Que la documentación incluida en el sobre 2 de la oferta de la UTE no se refiere a aspectos concretos valorados en el sobre 3, sino que tan solo se realizan indicaciones genéricas.

b) Que en cualquier caso, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) no establece una específica sanción por este motivo y que tanto el PCAP como el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) adolecen de contradicción u oscuridad y que ello no puede favorecer a quien no la haya ocasionado y más teniendo en cuenta el criterio antiformalista reconocido por la jurisprudencia, por lo que la exclusión resulta improcedente.

c) De manera subsidiaria, la recurrente solicita que se considere que su oferta incurre en un simple error de hecho, por lo que procede acudir a la figura de la subsanación para que se corrija su oferta.

Es por todo lo anterior, que la recurrente solicita a este Tribunal que se anule la Resolución de exclusión y que se retrotraigan las actuaciones para la admisión de su oferta al procedimiento o que, subsidiariamente, se ordene la retroacción para que se le conceda trámite de subsanación de la misma.



SEXTO. Visto el objeto del recurso procede ahora su análisis. En primer lugar, se reproducirán aquellas partes del expediente necesarias para centrar el debate y a continuación se analizará el objeto de la controversia.

Pues bien, la documentación que debía contener cada sobre de la oferta se determina en los Anexos V-A -Documentación a incluir en el sobre 2 de la oferta para el lote 2- y Anexo VI-B -Mejoras incluidas en el Sobre 3 de la oferta para el lote 2- del PCAP.

En lo relativo al Anexo V-A del PCAP y, con respecto a la documentación a incluir en el sobre 2 de la oferta al lote 2, se indica que se deberá presentar una propuesta metodológica y un modelo de base de datos.

Con relación a la propuesta metodológica, se indica en el mencionado Anexo lo siguiente: *«Los licitadores deberán presentar una propuesta metodológica en la que se hará referencia a las acciones a desarrollar y que, en todo caso, deberá cubrir los requisitos mínimos establecidos en el PPT. La propuesta metodológica deberá contemplar, como mínimo los, los siguientes aspectos:*

- Introducción que debe incluir un análisis y descripción de los sectores prioritarios de Cádiz detallados en los antecedentes del Pliego de Prescripciones Técnicas. Dicho análisis deberá poner en relación dichos sectores con el entorno de inversiones europeo, es decir, la evolución de las inversiones de empresas de esos sectores en Europa, en España, en Andalucía y a ser posible en Cádiz.

- Enfoque del trabajo.

** Se deberá detallar la metodología a seguir para llevar a cabo las acciones previstas en el PPT.*

** La metodología para la identificación y posterior captación de proyectos tanto en España como en terceros países.*

** Los mecanismos de comunicación con las empresas.*

** La descripción de las actividades y objetivos a cumplir.*



- *Propuesta de actuaciones detallada de cada una de las actuaciones recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas metodología a seguir hasta llegar a la consecución de las mismas.*

- *Modelo de informe de actividades mensual e informe anual propuesto».*

En lo que se refiere al «*Modelo de base de datos*» se indica: «*La empresa adjudicataria deberá presentar una propuesta de formato de base de datos que recoja la información mínima requerida en el PPT y que sirva para la gestión del programa de captación de inversiones explicando cómo será el sistema de archivo y el formato que se utilizará que, en cualquier caso, deberá ser claro, eficaz y sencillo. Asimismo se deberá detallar la forma de acceso a la misma por parte de la Agencia IDEA*».

Por otro lado, en el Anexo VI-A del PCAP se indica la documentación a incluir en el Sobre 3 -lote 2-; en lo que aquí interesa se manifiesta que como «*propuestas de mejoras*» los licitadores podrán presentar una propuesta en los términos del Anexo VI-B y conforme al modelo contenido en el Anexo VI-E ambos del PCAP, concretando que la mejora deberá indicarse de forma numérica.

El Anexo VI-B señala los elementos sobre los que recaerán las mejoras de la oferta con respecto al lote 2: «*Celebración de eventos con proyección internacional dedicados a sectores estratégicos a celebrar en la provincia de Cádiz; eventos dedicados a los sectores estratégicos de Cádiz que se encuentran detallados en los Antecedentes del Pliego de Prescripciones Técnicas que tengan participación internacional y proyección fuera de España y en los que se dé a conocer las oportunidades y ventajas que ofrece la provincia de Cádiz para invertir en esos sectores*» y con respecto a las condiciones se indica: «*Los licitadores deberán ofertar el número de eventos a celebrar con las características mínimas establecidas en el apartado anterior. El ofrecimiento de alguna de las mejoras señaladas en los términos fijados determinará el otorgamiento de la puntuación indicada en el Anexo VII*».



Finalmente, en el Anexo VII del PCAP se indica que se otorgará un máximo de 2,5 puntos por cada evento propuesto, con un máximo de 5 puntos.

Visto lo anterior, procede ahora entrar a analizar los motivos del recurso. Por razones metodológicas se comenzará analizando la alegación de la recurrente relativa a que el PCAP y el PPT resultan oscuros o contradictorios y que son de aplicación los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil. Con respecto a esta cuestión la recurrente manifiesta que el PCAP, a la hora de establecer la documentación a incluir en el sobre 2, establece unos mínimos sin restringir la presentación de la documentación adicional y además, realiza una remisión general al PPT. En otro orden de cosas, manifiesta que el PCAP no establece la sanción de exclusión por la mencionada infracción.

Por otro lado, el órgano de contratación en el informe remitido con ocasión del recurso indica que hay que considerar que no nos encontramos ante el momento procedimental oportuno para debatir esta cuestión, ya que en tanto los pliegos no fueron impugnados en el momento previsto, estos devienen en la *lex contractus inter partes*, y que en tanto la presentación de la oferta supone la íntegra aceptación de los términos establecidos en los pliegos, en virtud de lo establecido en la cláusula 9 del PCAP, no cabe ya su debate.

Visto lo anteriormente manifestado y una vez analizado el contenido de los pliegos, este Tribunal no aprecia la oscuridad o contradicción alegada por la recurrente. En este sentido y como anteriormente se ha reproducido, la documentación que debe contener cada sobre es una cuestión que queda regulada de forma correcta en el PCAP, determinándose en el Anexo V-A la documentación a incluir en el sobre 2 y en el Anexo VI-A la documentación a incluir en el sobre 3, como también se establece en el propio clausulado del PCAP, en concreto en la cláusula 9.

Del contenido del Anexo VI-B del PCAP, se desprende con suficiente claridad que la mejora a incluir en el sobre 3 es la celebración de eventos de carácter internacional y que lo valorable es el número de eventos respetando los



requisitos establecidos en el PPT y conforme a lo establecido en el Anexo VII del PCAP -dentro de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas-, donde se señala que se otorgarán un máximo de 2,5 puntos por evento propuesto, con un máximo de 5 puntos. Lo anterior, como se ha mencionado, se debía diferenciar de la documentación a incluir en el sobre 2: la propuesta metodológica y el modelo de bases de datos -según se indica en el Anexo V-A-, donde no se debía hacer referencia al número de eventos internacionales, ya que como se ha argumentado se trata de una cuestión a valorar en el sobre 3. Por todo lo anterior, este Tribunal concluye que, a la vista de lo argumentado y como anteriormente se ha mencionado, no existe la oscuridad o confusión alegada por la recurrente entre la información que debe incluirse en los sobres 2 y 3, respecto a la cuestión impugnada.

Por otro lado, y con respecto a la manifestación realizada por la recurrente relativa a que el pliego no prevé la sanción de exclusión por adelantar en el sobre 2 la documentación a valorar en el sobre 3 de las ofertas, este Tribunal considera que no resulta requisito imprescindible que el pliego prevea de forma expresa esta cuestión, ya que el mismo artículo 150.2 del TRLCSP establece que *«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»*, y dicho precepto encuentra concreción en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, que establece: *«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 tanto, la obligación de presentar la documentación en sobres separados deriva directamente del TRLCSP.

En este sentido, y teniendo en cuenta todo lo anteriormente argumentado, procede desestimar este motivo de recurso.



En segundo lugar, la recurrente argumenta que no aportó documentación alguna relativa a la organización de eventos con proyección internacional, sino solamente la indicación genérica de la previsión de celebración.

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación argumenta que la decisión de excluir la UTE recurrente se adoptó tras detectar la mesa de contratación que en el sobre 2 de su oferta se hacía referencia a la organización de 2 eventos con proyección internacional (1 cada año), siendo dicha información parte del conjunto de criterios que se recogen en los mencionados: Anexo VI-B, Anexo VI-E y VII del PCAP y que son parte de la documentación a incluir en el sobre 3.

Figura en el expediente remitido a este Tribunal, copia de la documentación contenida en el sobre 2 de la oferta de la recurrente en la que se recoge en el apartado mejoras que: *«En la parte de promoción, se organizarán 2 eventos con proyección internacional (1 cada año) a celebrar en la provincia de Cádiz siguiendo los sectores estratégicos del ITI, y siempre de acuerdo con el criterio final de la Agencia IDEA».*

Visto lo anterior y a juicio de este Tribunal, no se puede aceptar lo manifestado por la recurrente ya que como se ha podido comprobar en el contenido de sobre 2 de su oferta se adelanta de forma clara una cuestión que es objeto de valoración bajo los criterios de adjudicación de aplicación automática a incluir en el sobre 3 -el número de eventos de proyección internacional-.

Sobre las consecuencias de lo anterior, ya se ha manifestado este Tribunal con anterioridad -entre las Resoluciones más recientes la 51/2018, de 23 de febrero, 82/2018, de 22 de marzo y la 177/2018, de 14 de junio- así como el resto de Órganos de recursos contractuales, manifestando que 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 los principios de igualdad de trato entre licitadores y de secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 145.2 del TRLCSP.

Así pues, la vulneración del artículo 150.2 del TRLCSP y consiguiente quiebra de las garantías de objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones se produce cuando la presentación de la documentación propicia o facilita que puedan conocerse aspectos de la oferta sujetos a evaluación automática en una fase del procedimiento en que se están evaluando las ofertas con arreglo a criterios que dependen de un juicio de valor. Lo relevante, pues, es que tal conocimiento anticipado haya podido tener lugar y haya sido propiciado por un licitador al presentar su oferta y ello con independencia de que aquella información o conocimiento anticipado haya influido o no efectivamente en la valoración de las ofertas, pues basta con la posibilidad de que así haya podido ser para que quiebren, en detrimento del principio de igualdad de trato de licitadores, las garantías que el legislador ha querido preservar en el proceso evaluador de las proposiciones.

En el presente supuesto, un licitador con la diligencia debida pudo dar cumplimiento a las exigencias del pliego realizando su oferta sin desvelar en el contenido del sobre 2 de la misma el dato relativo al número de eventos con proyección internacional que debía formar parte del contenido del sobre 3, por tanto, este Tribunal acuerda la desestimación también de este motivo de recurso.

Finalmente, la recurrente aludiendo al criterio antiformalista y de manera subsidiaria solicita a este Tribunal que considere que su oferta se encuentra incurso en un simple error de hecho, con la finalidad de que se le permita subsanar su oferta.

Sobre esta cuestión, es necesario poner de manifiesto que en el presente supuesto nos encontramos ante un error insubsanable por su propia naturaleza, en tanto que, desvelado ya el secreto de las ofertas y conculcado así el artículo



145.2 del TRLCSP, no cabe ya subsanación alguna, puesto que resultan quebrantadas de modo irreparable las garantías de objetividad e imparcialidad que deben regir en el proceso de valoración de las proposiciones y a cuya preservación tiende el artículo 150.2 del TRLCSP.

Por ello, también se debe desestimar este motivo de recurso. Por lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **THINKING HEADS GROUP, S.L., JOSÉ OSCAR ÁLVAREZ CALZADA, CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE CÁDIZ** y **POSITIONING SYSTEM, S.L.**, contra su exclusión del procedimiento de adjudicación relativo al contrato denominado “Servicios para el desarrollo de un programa de captación de inversiones y atención al inversor para la provincia de Cádiz y servicios de consultoría y asistencia para el diseño, producción y ejecución de acciones de comunicación para la divulgación de las actuaciones del programa” (Expte. 7/2017-CISA-SA) -Lote 2-, convocada por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía entidad adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio.

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 los interesados 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.

