

Recurso 269/2016**Resolución 310/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 2 de diciembre de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GEOMALANDAR, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 26 de octubre de 2016, por el que se la excluye de la licitación del contrato de servicios denominado “Preparación de productos cartográficos y publicación de geoservicios en las infraestructuras de difusión del IECA”, convocado por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (Expte. 2016/000011), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 24 de septiembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el anuncio fue publicado el 3 de octubre de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 239, el 27 de septiembre de 2016 en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm 186 y el 21 de septiembre de 2016 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 391.735,54 euros.

SEGUNDO. Es de aplicación a esta licitación 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, rige en la misma lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y en 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 la sesión de la mesa de contratación de 26 de octubre de 2016, se acordó excluir de la licitación a la UTE GEOMALANDAR, S.L. -MTMAP, S.L.. El citado acuerdo le fue notificado mediante escrito fechado el mismo día 26 de octubre.

CUARTO. El 3 de noviembre de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por una de las empresas integrantes de la UTE excluida, a saber, la entidad GEOMALANDAR, S.L.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 4 de noviembre de 2016, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe al recurso, las alegaciones sobre la medida provisional de suspensión instada por la recurrente, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El 10 de noviembre de 2016, tuvo entrada en el Registro del Tribunal la documentación solicitada, si bien mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 14 de noviembre, se requirió documentación complementaria al órgano de contratación por ser necesaria para la resolución del recurso.

Esta última documentación se recibió en el Registro del Tribunal el 16 de noviembre de 2016.



SEXTO. El 16 de noviembre de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito del recurso al único licitador interesado en el procedimiento, la entidad CENTRO DE OBSERVACIÓN Y TELEDETECCIÓN ESPACIAL, S.A.U. (COTESA, en adelante), concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la citada empresa.

SÉPTIMO. EL 17 de noviembre de 2016, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida provisional de suspensión del procedimiento instada por la entidad recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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. Conforme a lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP, ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso y ello por cuanto se trata de una empresa que ha licitado con el compromiso de constituir la UTE respecto de la que se ha acordado la exclusión objeto de impugnación.

En tal sentido, el artículo 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *«En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir una unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se*



hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso».

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se ha interpuesto contra el acto de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, que pretende ser concertado por una Administración Pública.

Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando se interponga (el recurso) contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

Asimismo, el artículo 19.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone que *« Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de*



quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión».

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión impugnado fue adoptado por la mesa de contratación el 26 de octubre de 2016 y fue notificado a la recurrente mediante escrito fechado el mismo día. No obstante, aunque en el expediente de contratación remitido no consta la fecha en que aquella recibió la notificación de la exclusión, en el escrito de recurso se indica que la misma se produjo el propio día 26 de octubre, por lo que el recurso presentado en el Registro del Tribunal el 3 de noviembre de 2016 se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita la anulación del acto de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación en su sesión de 26 de octubre de 2016.

En la citada sesión se acordó lo siguiente: *«Una vez abierto el sobre nº1 de la UTE GEOMALANDAR, S.L. - MTMAP, S.L. se comprueba que en los documentos “Preacuerdo de colaboración con terceros” y “Preacuerdo de colaboración con Geomalandar, S.L.”, incorporados en este sobre, se ha incluido una mención expresa al presupuesto ofertado por la UTE, siendo, por tanto, de conocimiento de la Mesa la oferta económica con anterioridad a la apertura del sobre nº3, produciéndose un incumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que establece que la presentación de la proposición supone la aceptación incondicionada por la persona empresaria del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones del pliego, sin salvedad o reserva alguna, en relación con la cláusula 9.2 del citado Pliego que señala que 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, especificándose en los Anexos la documentación a incluir en cada uno de ellos, sin que en ningún caso la oferta económica del sobre nº3, descrita en la cláusula 9.2.3 del PCAP, deba conocerse hasta la apertura de este en acto público, acordándose por tanto **EXCLUIR** a la citada UTE del procedimiento de adjudicación».*



Pues bien, el examen de los alegatos del recurso exige partir de las previsiones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) a propósito de la subcontratación. Al respecto, la cláusula 9.2.1.2 letra j) del citado pliego señala que *«En caso de que se prevea la posibilidad de subcontratación en el anexo I-A, las personas licitadoras deberán indicar en la oferta la parte del 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 las personas subcontratistas a las que se vaya a encomendar su realización. En este sentido, se cumplimentará la sección D de la parte II del DEUC, información relativa a los subcontratistas en cuya capacidad no se basa el operador económico; y facilitar, en caso de exigirse, la información requerida en las secciones A y B de la parte II y en la parte III del DEUC por cada uno de los subcontratistas o cada una de las categorías de subcontratistas.*

Asimismo, si así se establece en el anexo I-A, podrá imponerse a la persona contratista la subcontratación con personas terceras no vinculadas al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50% del presupuesto del contrato».

Y el anexo I-A del PCAP establece lo siguiente: *«Posibilidad de subcontratación: **SI** En caso afirmativo, las personas licitadoras deberán indicar la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o perfil de la persona subcontratista».*

Pues bien, en los preacuerdos aportados por la UTE licitadora en el sobre nº1 -que han motivado su exclusión de la licitación- se señalaba lo siguiente:

- Preacuerdo de colaboración con terceros: *«Una vez formalizado el contrato entre la UTE GEOMALANDAR-mtMAP y el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA), el arriba firmante se compromete a firmar un contrato mercantil con R.S.H. para realizar las tareas citadas por un importe de 49.900 € (Cuarenta y nueve mil novecientos euros) IVA excluido, lo que no superará en ningún caso el 30%, concretamente equivale al 28% del importe total del presupuesto ofertado (176.281,00 €)».*



- Preacuerdo de colaboración con GEOMALANDAR, S.L.: «Una vez formalizado el contrato entre la UTE GEOMALANDAR-mtMAP y el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA), el arriba firmante se compromete a firmar un contrato mercantil con GEOMALANDAR, S.L. para realizar las tareas citadas por un importe de 49.900 € (Cuarenta y nueve mil novecientos euros) IVA excluido, lo que no superará en ningún caso el 30%, concretamente equivale al 28% del importe total del presupuesto ofertado (176.281,00 €)».

La recurrente funda su impugnación frente a la exclusión producida en los argumentos que, a continuación, se exponen:

En primer lugar alega que el PCAP exige aportar un dato que supone el conocimiento parcial de la oferta económica. De este modo, si la cláusula obliga a aportar un dato económico, debe entenderse que lo hace con el fin de verificar que no se sobrepasa el porcentaje máximo de subcontratación permitido, ni el importe de la oferta económica. Entiende, en definitiva, que ha habido una ruptura del principio de confianza legítima y de buena fe respecto a su actuación, pues el propio clausulado del PCAP es contradictorio, al no permitir revelar datos y después exigirlos. Además, aduce que el efecto excluyente no debe ser automático teniendo en cuenta que se ha respetado el tenor de los pliegos y que no queda influenciada la valoración técnica de su oferta.

En segundo lugar, la recurrente, invocando la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015 (Sentencia eVigilo), manifiesta que era incapaz de comprender el pliego desde la posición estándar de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente, por cuanto la cláusula relativa a la subcontratación causaba como poco confusión.

Y por último, señala que la documentación por la que se la excluye se introdujo en el sobre nº1, siendo así que la Comisión Técnica desconoce el contenido de este sobre por lo que no puede influenciarle algo que ignora.



Asimismo, en el informe al recurso se señala que los miembros de la mesa de contratación han tenido conocimiento de la oferta económica de la UTE en un momento procedimental anterior al establecido en la ley, y ello ha supuesto una vulneración del principio de igualdad, del secreto de la oferta (artículo 145.2 del TRLCSP) y de la objetividad que el artículo 150.2 del TRLCSP persigue en la valoración de las ofertas. Asimismo, entiende que no hay ninguna cláusula oscura en el pliego, que el error de la recurrente no es subsanable y que la mesa de contratación -al igual que el servicio proponente del contrato que es el que emite el informe técnico y del que forma parte un vocal de la mesa- han dispuesto de información que no podía conocerse hasta un momento posterior.

Finalmente, en términos parecidos al órgano de contratación se pronuncia la interesada COTESA en sus alegaciones al recurso.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión de fondo suscitada en el recurso, que se circunscribe a determinar si fue adecuada la exclusión de la UTE GEOMALANDAR, S.L. -MTMAP, S.L. por incluir en el sobre nº1 relativo a «documentación general» información sobre su oferta económica.

Es un dato incontrovertido que tal información se anticipó en el sobre nº1, en concreto en el preacuerdo de colaboración con terceros y en el preacuerdo de colaboración con GEOMALANDAR, S.L.. En ambos, como ya hemos expuesto en el anterior fundamento, se hacía constar el compromiso de la UTE de firmar un contrato mercantil *«por un importe de 49.900 € (Cuarenta y nueve mil novecientos euros) IVA excluido, lo que no superará en ningún caso el 30%, concretamente equivale al 28% del importe total del presupuesto ofertado (176.281,00 €)»*.

Así pues, se indica en dos documentos del sobre nº1 el importe concreto de la oferta económica de la UTE, a saber, 176.281,00 euros; es más, dicho importe también se obtiene de la afirmación realizada en tales preacuerdos respecto a que 49.900 euros -importe de los subcontratos- supone un 28% del presupuesto ofertado, pues una simple regla de tres permitiría igualmente obtener el importe del presupuesto



ofertado.

Frente a la evidencia de tal hecho y a sus consecuencias -que expondremos más adelante- ningún alegato de la recurrente puede prosperar.

En tal sentido, no hay oscuridad alguna en las cláusulas del PCAP -ni en su literalidad, ni en su finalidad- que permitan amparar el error en que incurre la UTE, error que solo puede ser imputado a su falta de diligencia. La cláusula 9.2.1.2 y el Anexo I-A del PCAP solo obligan a los licitadores a indicar el importe que tengan previsto subcontratar, es decir, el importe del subcontrato, exigencia que trae causa del artículo 227.2 a) del TRLCSP; y para tal menester, la UTE no tenía que aludir en modo alguno a su oferta económica en los preacuerdos aportados en el sobre nº1, pues hubiera cumplido la estipulación del pliego, bien señalando el importe en euros del subcontrato, bien expresando el porcentaje que el subcontrato suponía en el total de su oferta, pero, al hacer ambas cosas a la vez, estaba permitiendo averiguar el importe ofertado con una simple operación aritmética, a lo que se une el hecho cierto e indubitado de que también reveló explícitamente dicho importe.

Asimismo, tampoco puede prosperar el alegato del recurso donde se afirma que la comisión técnica encargada de la valoración de las ofertas desconocía el contenido del sobre nº1, por lo que no pudo influirle un contenido que ignoraba, y ello, por cuanto la oferta económica fue desvelada en un momento procedimental anterior al previsto legalmente para su apertura, es decir, se hizo pública cuando aún debía ser secreta y frente a ello nada importa que tal conocimiento lo tuviera directamente la mesa y no la comisión técnica evaluadora de las ofertas -como afirma la recurrente-, pues aquella publicidad indebida estaba facilitando el conocimiento anticipado de un dato de la oferta en el seno de la Administración contratante, con el potencial riesgo de que el órgano técnico de asesoramiento de la mesa de contratación accediera a tal información, hipótesis que, además, se convierte en realidad en el supuesto analizado toda vez que, según se señala en el informe al recurso, uno de los vocales de la mesa formaba parte de la citada comisión técnica.



En definitiva, pues, el conocimiento anticipado de la oferta económica de la UTE en un momento procedimental en el que todavía no se había procedido a la valoración de las ofertas con arreglo a criterios dependientes de un juicio de valor supone una clara quiebra de las garantías de objetividad e imparcialidad que rigen en el proceso de adjudicación, vulnerándose de igual modo los principios de igualdad de trato y de secreto de las proposiciones, así como el iter procedimental legalmente diseñado para que aquellas garantías y cautelas sean respetadas en toda licitación.

Al respecto, 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 (...)»*. Asimismo, el artículo 150.2 del mismo texto legal dispone 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. 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”*, y en cumplimiento de tal previsión legal, el 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 prevé 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”*.

Tales previsiones normativas no solo pretenden salvaguardar el secreto de las ofertas como modo de garantizar un orden formal de actuaciones en el procedimiento, sino que persiguen una finalidad clara y es evitar la contaminación del proceso selectivo por el conocimiento anticipado de un dato que aún debía mantenerse en secreto, lo que en particular ocurre cuando en supuestos, como el analizado, se conoce un aspecto de la oferta susceptible de evaluación automática antes de proceder a la valoración de las proposiciones con arreglo a criterios sujetos a juicios de valor.



Como señalábamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, *“En este punto, 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.”*

Por lo demás, la exclusión de la oferta en tales circunstancias es un criterio consolidado no solo en la doctrina de este Tribunal (Resoluciones 73/2016, de 6 de abril y 166/2016, de 14 de julio, por citar algunas de las más recientes), sino también en la del resto de Tribunales administrativos de recursos contractuales. En tal sentido, citamos las Resoluciones 661/2015, de 17 de junio, y 8/2016, de 12 de enero, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Finalmente, hemos de indicar que no es posible atemperar, en el supuesto analizado, los efectos de la exclusión o acudir a la doctrina jurisprudencial que matiza su automaticidad, por cuanto el dato indebidamente revelado de la propia oferta económica solo es imputable a una falta de diligencia de la UTE, sin que existan cláusulas oscuras o contradictorias en el PCAP que hayan podido propiciar el error padecido, siendo por lo demás incuestionable que dicha equivocación no es un mero defecto formal, sino un error esencial que invalida de plano la proposición, al hacer quebrar las más elementales garantías de objetividad e imparcialidad en el posterior proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Procede, pues, desestimar íntegramente el recurso interpuesto, confirmando la validez del acuerdo de exclusión impugnado.

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 **GEOMALANDAR, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 26 de octubre de 2016, por el que se la excluye de la licitación del contrato de servicios denominado “Preparación de productos cartográficos y publicación de geoservicios en las infraestructuras de difusión del IECA”, convocado por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (Expte. 2016/000011).

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 TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación, que fue acordada por este Tribunal mediante resolución de 17 de noviembre de 2016.

CUARTO. 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.

