

Recurso 38/2017**Resolución 64/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 31 de marzo de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE SAVIA-GIMASUR** contra el acuerdo de exclusión de su oferta adoptado por la mesa de contratación, el 9 de febrero de 2017, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de control de plagas urbanas en el municipio de Benalmádena” promovido por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) (Expte. 34/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 8 de octubre 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 1 de octubre de 2016, el citado anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 238 y el 26 de septiembre de 2016, en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga).



El valor estimado del contrato asciende a 272.000 euros y entre las empresas que participaron en la licitación se encontraba la recurrente.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por 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, le 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 (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. En la sesión de la mesa de contratación de 9 de febrero de 2017, se acordó excluir de la licitación la oferta de la UTE a constituir por las empresas SAVIA S.L. y GIMASUR AMBIENTAL, S.L. (UTE, en adelante), al haber incumplido las previsiones normativas sobre el secreto de las ofertas y presentación de documentación relativa a los criterios de adjudicación en sobres distintos, así como la cláusula 9 y Anexos IV y V del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

El citado acuerdo fue publicado en el perfil de contratante el 10 de febrero de 2017 y notificado por correo certificado a la ahora recurrente el 17 de febrero de 2017.

CUARTO. El 1 de marzo de 2017, tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Benalmádena escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE contra el anterior acuerdo de exclusión. El citado escrito de recurso fue remitido a este Tribunal, teniendo entrada en el Registro de este Órgano el pasado 6 de marzo de 2017.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 7 de marzo de 2017, se requirió al órgano de contratación el expediente de contratación, el



informe sobre el recurso y un listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 15 de marzo de 2017.

SEXTO. El 17 de marzo de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados y les concedió un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo otorgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 29 de abril de 2013 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), al amparo del artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto de 2014.



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 42 del TRLCSP.

TERCERO. El acto impugnado es el acuerdo 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 y que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo previsto en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 letra b) del TRLCSP dispone 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 aquel 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 (el recurso) se interponga 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.”

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión impugnado fue notificado a la UTE recurrente el 17 de febrero de 2017, habiéndose publicado en el perfil de contratante el 10 de febrero. Por tanto, el recurso presentado en el Registro del órgano de contratación el 1 de marzo de 2017, se ha interpuesto dentro del plazo legal.

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

Con carácter previo, hemos de reproducir determinados antecedentes de interés



para la resolución de la controversia.

- En la sesión de la mesa de contratación de 15 de diciembre de 2016 se procedió a la apertura de los sobre nº2 (aspectos de la proposición técnica cuya cuantificación depende de un juicio de valor) de los licitadores admitidos.
- El 13 de enero de 2017, se emitió informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo al único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor “*propuesta de servicio*”, ponderado con un máximo de 20 puntos. En el citado informe se señalaba lo siguiente respecto a la oferta de la UTE “*Presenta documentación completa y ajustada al PPT.*
Ha obtenido 25 puntos en los aspectos cuantificables según baremo:
10 puntos por presentar el mejor tiempo de respuesta a denuncias: 2 h.
5 puntos por mejor programa de control de mosquito tigre
10 puntos por mejor campaña de información sobre mosquito tigre.”
- En un correo electrónico, fechado el 16 de enero de 2017, la Jefa de Sección de Contratación se dirigió a la persona autora del anterior informe técnico indicándole que “*(...) recibido su informe de fecha 13 de enero, del mismo parece deducirse que se valoran aspectos del sobre nº3 (Anexo V).*
(...) Si algún licitador ha incluido en el sobre nº2 aspectos del sobre nº3, ello conlleva la desestimación de la oferta.”
- El 19 de enero de 2017, se volvió a emitir informe técnico con relación al mismo criterio de adjudicación, señalándose lo siguiente respecto a la oferta de la UTE: “*Presenta documentación completa y ajustada al PPT.*
Ha obtenido 15 puntos en los aspectos cuantificables según baremo:
5 puntos por mejor programa de control de mosquito tigre (...)
10 puntos por mejor campaña de información sobre mosquito tigre (...).”
- En la sesión de la mesa de contratación de 24 de enero de 2017 se acordó,



entre otras decisiones, otorgar a la UTE la puntuación recogida en este último informe y se procedió a la apertura de los sobres nº3 (Aspectos de la proposición técnica cuya cuantificación no depende de un juicio de valor, proposición económica y subcontratación) de los licitadores que continuaban en el proceso selectivo.

En lo que aquí interesa, el Anexo V del PCAP prevé que en el sobre nº3 se incluya *“Documento suscrito por el licitador en el que, en su caso, se mejore el tiempo de respuesta previsto en el PPTP de 48 horas”* y el Anexo VI prevé como criterio de adjudicación cuantificable mediante fórmula con una puntuación máxima de 10 puntos la *“Disponibilidad y asistencia técnica: mejora en el tiempo de respuesta de 48 h: 10 puntos a la mejor oferta, el resto 0”*. En tal sentido, el apartado 3.1 del PPT *“Método a emplear”* prevé, entre las actuaciones puntuales, la *“atención a denuncias ciudadanas, con respuesta no superior a 48 horas”*.

- El 27 de enero de 2017, la UTE presentó un escrito de alegaciones en el Ayuntamiento poniendo de manifiesto que *“(…) durante la apertura del sobre núm. 3 correspondiente a la UTE SAVIA GIMASUR, se pudo constatar que parte de la documentación correspondiente al Anexo V del pliego de cláusulas administrativas particulares (...) referente al «documento suscrito por el licitador en el que, en su caso, se mejore el tiempo de respuesta previsto en el PPTP de 48 horas», no estaba incluida en dicho sobre.*

(…) Que dicha documentación, incluida como mejora en el sobre núm.2, estaba adjunta en el plan anual de control integrado de plagas: desratización, desinsectación y desinfección; más concretamente en la página setenta y nueve (79) de dicho documento. En dicho documento, tal y como consta en los archivos del procedimiento, se propone un sistema de gestión de avisos, incidencias y denuncias establecido para la asistencia técnica en casos urgentes inferior a 2 horas (...)”

- El 25 de enero de 2017, se emitió informe técnico sobre valoración de las



ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas resultando que la recurrente obtuvo 42,80 puntos, lo que sumado a los 15 puntos recibidos en los aspectos sujetos a juicio de valor dio un total de 57,80 puntos, siendo la oferta más valorada la de la empresa CONTRAPLAGAS AMBIENTAL que recibió 70 puntos en total.

- En la mesa de contratación de 9 de febrero de 2017 se acordó excluir la oferta de la UTE por haber incluido en el sobre nº2 documentación que correspondía al sobre nº3; en concreto, “(...) *al haber incumplido las previsiones de las normas citadas (artículos 145.2 y 150.2 del TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo) y cláusula 9, Anexo IV y V del PCAP de aplicación*”

Sobre la base de los antecedentes expuestos, la UTE recurrente insta la anulación de la exclusión de su oferta con retroacción de las actuaciones al momento en que se acordó la misma y funda tal pretensión en que, si bien el documento de sistemas de gestión de avisos/denuncias/incidencias, debió haberse incluido en el sobre nº3 y no en el nº2, tal irregularidad ha resultado irrelevante pues la mesa de contratación la detectó en un momento en que ya no se podía producir contaminación alguna, al haber sido ya valorada la oferta con arreglo a los criterios cuantificables mediante juicios de valor. Asimismo, aduce que la mesa debió tomar en consideración la aclaración realizada por la UTE en su escrito de alegaciones al no suponer alteración de la oferta inicial.

Frente al alegato expuesto, se alza el órgano de contratación oponiéndose a la manifestación de la UTE de que “*no se ha producido contaminación alguna, ni quebrantamiento del secreto*”. En tal sentido, aduce que, en el primer informe técnico de 13 de enero de 2017, se otorgan 10 puntos a la oferta de la recurrente por presentar el mejor tiempo de respuestas a denuncias y que, ante la advertencia realizada de que podían estar valorándose aspectos a incluir en el sobre nº3, se emitió nuevo informe el 19 de enero de 2017 donde ya no aparecen evaluados los extremos que correspondían al sobre nº3.



Asimismo, el órgano de contratación alega que, aun cuando se admitiera el alegato de la recurrente de tomar en consideración para el criterio de evaluación automática la documentación que incluyó en el sobre nº2, seguiría teniendo más puntuación la oferta de la empresa CONTRAPLAGAS AMBIENTAL, S.L.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si fue adecuada la exclusión de la oferta de la UTE como consecuencia de haber introducido, en el sobre nº2 de documentación relativa a los criterios cuantificables mediante juicios de valor, información que debía obrar en el sobre nº3 al ir referida a un criterio de evaluación automática. En concreto, siendo un criterio de evaluación automática la *“Disponibilidad y asistencia técnica: Mejora en el tiempo de respuesta de 48 horas”* ponderado con un máximo de 10 puntos, la UTE introdujo en el sobre nº2 y no en el sobre nº3 información sobre el criterio en cuestión en su sistema de gestión de avisos, incidencias y denuncias ofreciendo, según la urgencia del aviso, un tiempo de respuesta de 24, 12 ó 2 horas, respectivamente.

Pues bien, hemos de partir del dato de que la UTE reconoce la comisión de la irregularidad expuesta, si bien alega que, cuando la mesa de contratación interpretó que dicha irregularidad suponía una clara vulneración de las normas del TRLCSP y del propio pliego, ya no era posible que se produjera contaminación alguna en la valoración de las ofertas con arreglo al criterio sujeto a juicio de valor.

Ahora bien, no es esto lo que se desprende de la documentación obrante en el expediente y que hemos relacionado en el fundamento de derecho anterior. Precisamente, se emitió un primer informe técnico para la valoración de la documentación presentada por los licitadores en el sobre nº2 y se otorgó a la proposición de la UTE *“10 puntos por presentar el mejor tiempo de respuesta a denuncias: 2 h.”*, siendo así que, tras la comunicación efectuada por la Jefa de la



Sección de Contratación a la persona autora del anterior informe técnico, se evacuó un segundo informe en el que se eliminaron los 10 puntos concedidos a la oferta de la UTE por mejorar el tiempo de respuesta ante denuncias.

Por tanto, no admite ninguna discusión el hecho de que, en el informe sobre valoración de las ofertas con arreglo al criterio de adjudicación cuantificable mediante un juicio de valor, se ha tenido conocimiento de información susceptible de evaluación con arreglo a un criterio de evaluación automática que la UTE recurrente debió incluir en el sobre nº3, en lugar de hacerlo en el sobre nº2.

Es más, hasta tal punto ha tenido relevancia ese conocimiento anticipado que el mismo ha influido en la valoración de la oferta, toda vez que esta ha recibido más puntos en el criterio sujeto a juicio de valor precisamente por tal motivo; y aun cuando después se eliminen tales puntos en un segundo informe tras la advertencia realizada por la Jefa de la Sección de Contratación, es ya incuestionable que aquel conocimiento previo ha podido influenciar la ponderación global de la oferta en los aspectos del criterio sujeto a juicio de valor.

Al respecto, el 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. 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.”*

En cumplimiento de la anterior 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”

Como venimos sosteniendo en nuestras resoluciones -por todas, citamos la Resolución 397/2015, de 25 de noviembre- “(...) 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 (objetividad e imparcialidad) 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.” Asimismo, el criterio expuesto es compartido por el resto de Tribunales administrativos de recursos contractuales. A título de ejemplo, se citan las Resoluciones 91/2015, de 30 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y 60/2015, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Y es que en modo alguno pueden considerarse meros requisitos formales del procedimiento las cautelas legales de los preceptos antes mencionados (artículos 150.2 del TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo) pues como ya señalamos en nuestra Resolución 119/2013, de 8 de octubre, “(...) La finalidad perseguida por esta regulación es garantizar la absoluta imparcialidad del proceso de valoración de las ofertas (...).

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.”

Así pues, no puede darse la razón a la recurrente cuando esgrime que la presentación en el sobre nº2 de documentación que debía obrar en el sobre nº3 ha sido irrelevante, en la medida que no ha podido contaminar la valoración.

Muy al contrario de lo que afirma la recurrente, hemos de concluir que una cosa es que la mesa de contratación haya adoptado tardíamente la decisión de excluir la oferta de la UTE por aquel motivo –pues pudo y debió hacerlo mucho antes tras detectar que el primer informe técnico sobre valoración de la documentación sujeta a juicio de valor puntuaba la proposición de la recurrente en un aspecto sujeto a evaluación automática- y otra muy distinta que el conocimiento anticipado de información que debía obrar en el sobre nº3 haya influido en la valoración de la documentación del sobre nº2, pues es una evidencia que aquella información fue valorada, sin que la posterior eliminación de los puntos otorgados subsane, en modo alguno, la irremediable quiebra de los principios de objetividad e imparcialidad cuya garantía persigue el artículo 150.2 del TRLCSP. En definitiva, pues, -como ya hemos señalado- el mero hecho de revelar información posterior en la primera fase de valoración de las ofertas es por sí mismo suficiente para que la vulneración legal se produzca.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE SAVIA-GIMASUR** contra el acuerdo de exclusión de su oferta adoptado por la mesa de contratación, el 9 de febrero de 2017, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de control de plagas urbanas en el municipio de Benalmádena” promovido por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) (Expte. 34/2016).

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. 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.

