

Recurso 156/2018**Resolución 204/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 29 de junio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VAILLO IRIGARAY Y ASOCIADOS, S.L.P.** contra la Resolución, de 5 de abril de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de redacción de los proyectos básicos y de ejecución, dirección de obra, dirección de ejecución, estudio de seguridad y salud y coordinación de seguridad y salud de la Facultad de Turismo” (Expte. SE.07/2017 SARA), convocado por la Universidad de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 17 de mayo de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Universidad de Málaga el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó, el 7 de junio de 2017, en el Boletín Oficial del Estado núm. 135.



El valor estimado del contrato asciende a 1.063.238,24 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, con el compromiso de constituirse, junto con otras entidades, en una unión temporal de empresas.

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. Igualmente, se rige por 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 (en adelante RGLCAP), aprobado por el 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. Mediante Resolución, de 5 de abril de 2018, del órgano de contratación se adjudica el citado contrato a las entidades ATERPE OFICINA TÉCNICA, S.L.P., INARQ ESTUDIO DE APLICACIONES DE INGENIERÍA, S.L. y OFS, S COOP. PROFESIONAL, que han licitado con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas (en adelante UTE FACULTAD DE TURISMO UMA). Dicha resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 6 de abril de 2018 y remitida y notificada ese mismo día por correo electrónico a la ahora recurrente.

CUARTO. La entidad VAILLO IRIGARAY Y ASOCIADOS, S.L.P., el 26 de abril de 2018, ante el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, presenta escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato citado.

Por la Secretaría de este Órgano, el 27 de abril 2018, se le da traslado al órgano de



contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de las entidades licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificación, dándose cumplimiento a lo requerido, previa reiteración, el 9 de mayo de 2018.

QUINTO. Por Resolución, de 15 de mayo de 2018, este Tribunal acuerda el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO. Con fecha 16 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, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA.

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.

En el supuesto analizado, la competencia de este Tribunal para la resolución del presente recurso deriva del convenio formalizado, el 21 de diciembre de 2012, entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Málaga, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de empresa que ha licitado con el compromiso de constituir con



otras una unión temporal, de acuerdo con los artículos 48 de la LCSP y 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Este último precepto dispone que *“En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir 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. 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 licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado ascienda a 1.063.238,24 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, 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. c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) 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: d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”*.

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparencia electrónica.*



Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”.

En el supuesto analizado, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad ahora recurrente el 6 de abril 2018, por lo que el recurso especial presentado el 26 de abril de 2018 en el Registro telemático único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, 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 los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la Resolución, de 5 de abril de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo, se anule dicha resolución impugnada, y se acuerde la exclusión de la proposición presentada por la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA y, en consecuencia, la adjudicación a favor de su oferta presentada junto con otras empresas con el compromiso de constituir una unión temporal.

En su recurso, la recurrente denuncia, por un lado, que la oferta presentada por la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA incluía en el sobre B de su proposición documentación y/o referencias a información que debía incluirse en el sobre C, en concreto la mención de que “la calificación energética por el edificio es A, con un nivel de emisiones de 7,4 kgCO₂/m²año”.

Y por otro lado, que la justificación relativa a la baja anormal o desproporcionada sobre el presupuesto base de licitación presentada por la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA no se ajusta a las excepciones contempladas en el pliego de cláusulas



administrativas particulares (PCAP), discrepando en cuanto a las horas destinadas tanto a la elaboración del proyecto como a la de su ejecución y seguimiento posterior, dado que a su juicio son insuficientes para el cumplimiento del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA, como interesada en el procedimiento, se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Procede, pues, analizar en primer lugar la denuncia de la recurrente relativa a que la oferta presentada por la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA incluía en el sobre B de su proposición -de documentación técnica y otros documentos referentes a criterios de adjudicación a valorar en función de juicio de valor- documentación y/o referencias a información que debía incluirse en el sobre C -de proposición económica y otros criterios cuantificables automáticamente-, en concreto la mención de que “la calificación energética por el edificio es A, con un nivel de emisiones de 7,4 kgCO₂/m²año”.

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 ya viene reconociendo este Tribunal en numerosas resoluciones -v.g. Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 82/2018, de 28 de marzo, citada por la recurrente, 177/2018, de 14 de junio y 197/2018, de 22 de junio, entre las más recientes- y el resto de Órganos de recursos contractuales, 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 los artículos 1 y 145.2 del TRLCSP.

Así pues, como ya se indicó en la reciente Resolución 82/2018, de 28 de marzo, de este Tribunal, 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 una entidad licitadora 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 quiebre, en detrimento del principio de igualdad de trato de licitadores, las garantías de objetividad e imparcialidad que el legislador ha querido preservar en el proceso evaluador de las proposiciones.



En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 519/2016, de 1 de julio, entre otras muchas, dispone que *«En efecto, el motivo por el que la valoración de los criterios técnicos se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar por los técnicos, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Así, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no hayan cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la general, la técnica y la económica, la documentación en este caso a incluir en el sobre nº 3 (oferta económica) y referida al equipo de trabajo que se ha incluido en el sobre nº 1 (documentación general), hace que los técnicos al realizar su valoración dispongan de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino solo de aquellos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley de Contratos del Sector Público. Ello supone también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 129.2 de la Ley citada, pues documentación que debiera de estar incorporada en el sobre nº 3 se conoce con anterioridad a la apertura del mismo. La situación antes descrita (...) hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas.»*

Asimismo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otros, en su Acuerdo 24/2014, de 5 de febrero -ratificado en el 52/2017, de 15 de febrero- dispone que *«El hecho de que la legislación de contratación pública establezcan que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del órgano de*



contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor “mediatizado”, o, si se prefiere, “contaminado” por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes.»

Por último, esta situación ha sido tratada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 62/2008, de 2 de diciembre, si bien referida a la Ley 31/2007 de 30 de octubre, y a un supuesto de inclusión de información de aspectos económicos de la oferta en la documentación técnica; en este sentido dispone el órgano consultivo que «(...) *En efecto la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de las documentaciones técnica y económica es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, evitando que el conocimiento de la oferta económica pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración.*

De ello se deduce que de admitir las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la de carácter técnico presentada por éstos puede, y de forma inevitable será, valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De esta forma se romperá frontalmente con los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra para la aplicación de esta Ley el artículo 19 (...).

Frente a ello la única solución es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas en forma que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto al secreto de las mismas.»

En el supuesto examinado, con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, y con objeto de centrar los términos del debate, procede reproducir aquellas partes del expediente de contratación necesarias para la resolución del primer motivo del recurso antes transcrito.



En ese sentido, el PCAP en lo que aquí interesa dispone en las cláusulas 10.3 y 11.2 y en el anexo VIII.1 respecto del criterio de adjudicación de evaluación automática controvertido, lo siguiente:

«10.3 Forma de presentación de proposiciones

(...)

ASIMISMO SERÁ TAMBIÉN CAUSA AUTOMÁTICA DE EXCLUSIÓN DE LA LICITACIÓN:

1) La introducción de documentos tanto en el sobre A (documentación administrativa general) y/o en el sobre B (documentación técnica y otros criterios evaluables subjetivamente), que permitan conocer la oferta económica y otros criterios cuantificables automáticamente y que solamente deben quedar incluidos en el sobre C.

(...).

11.2 SOBRE B. DOCUMENTACIÓN TÉCNICA Y OTROS DOCUMENTOS REFERENTES A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN A VALORAR EN FUNCIÓN DE JUICIO DE VALOR

(...)

Nota.- La Mesa Técnica no procederá a valorar a aquellas empresas que incluyan documentos en este sobre que permitan conocer la oferta económica u otros datos cuantificables de forma automática, lo que supondrá la exclusión de licitador. Dicha documentación deberá aportarse exclusivamente en el sobre C.

ANEXO VIII.1 CRITERIOS OBJETIVOS A LOS QUE SE AJUSTARA LA MESA DE CONTRATACIÓN AL OBJETO DE VALORACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN PREVISTA EN LA CLAUSULA 11.3

(...)

*2.- Mejora del comportamiento energético del edificio en referencia a los siguientes valores:
Hasta 10 puntos*

Se valorará este apartado en función del compromiso de mejora del índice de eficiencia energética $C=(IEE)$, atendiendo a la normativa vigente de calificación energética de edificios nuevos del sector terciario, obtenido según la expresión:

$$C = I \text{ edificio objeto} / I \text{ edificio de referencia}$$

- De valor $C < 0,4$ para calificación energética A,*
- De valor $0,40 \leq C < 0,65$ para calificación energética B*



Se valorará con 0 puntos a las ofertas que no aporten mejora en el índice, con 10 puntos a la oferta que proporcione el mejor índice, y de forma proporcional a las restantes ofertas intermedias.

(...).».

SÉPTIMO. Entrando en la cuestión de fondo, con respecto al primer motivo del recurso, afirma la recurrente que la oferta presentada por la adjudicataria incluía en el sobre B de su proposición documentación y/o referencias a información que debía incluirse en el sobre C, en concreto la mención de que “la calificación energética por el edificio es A, con un nivel de emisiones de 7,4 kgCO₂/m²año”.

Señala que la mención expresa de la calificación energética del edificio por él proyectado (calificación A), anticipa que el índice de eficiencia energética que es objeto de la propuesta que debe efectuarse (mediante modelo incluido en el sobre C) conforme al criterio previsto en el apartado 2 -mejora del comportamiento energético del edificio- del anexo VIII.1 se sitúe necesariamente entre los valores 0 y 0,40; es decir, aun sin dar el valor concreto del índice C de eficiencia energética, con aquella mención se declara de modo expreso que dicho valor estará entre 0 y 0,40.

Entiende la recurrente que tanto en el caso que se anticipe el índice C de referencia energética -supuesto que originó la exclusión de tres licitadoras en el presente procedimiento- como en el que lo que se anticipa es la calificación energética -A en el caso de la oferta de la adjudicataria-, se está dando a conocer un cierto grado de información relevante para la aplicación de uno de los criterios de valoración automática, radicando la diferencia entre uno y otro tan solo en cuanto al grado de concreción de tal información, mayor cuando el dato indebidamente incluido en el sobre B es el propio valor o índice C=(IEE) y menor cuando se expresa la calificación (A o B) que se otorga al edificio en función del grado de eficiencia energética, que, sin dar aquel valor concreto, si informa directamente sobre el rango en el que el mismo se va a situar.



Concluye la recurrente afirmando que la resolución de adjudicación impugnada es contraria a derecho, al efectuarse a favor de una licitadora cuya propuesta debió ser inadmitida conforme a lo dispuesto en las cláusulas 10.3 y 11.2 del PCAP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala, con apoyo en un informe elaborado por la comisión técnica evaluadora -comisión o mesa técnica en terminología del pliego-, que la inclusión de la información referida, en la documentación técnica aportada por la adjudicataria, calificada como objetiva, no ha condicionado el resultado de la adjudicación pues, conforme indica el informe de la comisión técnica, no era determinante de la valoración; en ese sentido, la información incluida en el sobre de la oferta técnica, que no era objeto de valoración de manera directa, no ha supuesto perjuicio alguno en las garantías de la contratación, pues no se han visto afectados los principios de igualdad de trato y no discriminación y así mismo no se ha vulnerado el secreto de las ofertas.

Concluye el órgano de contratación afirmando que la comisión técnica ha cumplido con las indicaciones establecidas en la cláusula 11.2 del PCAP, excluyendo del procedimiento a tres licitadoras por incluir en el sobre B datos a valorar en el sobre "C", en concreto el índice C de eficiencia energética (IEE), pero no ha considerado apropiado, al objeto de velar por el principio de concurrencia, excluir a todas las licitadoras que aportaban la calificación energética en forma de letra ya que no revelaban el valor del coeficiente C de eficiencia energética, la cual no sólo ha sido aportada por la adjudicataria sino por otras entidades licitadoras y ninguna de ellas ha sido excluida y su información nunca podría haber sido determinante en el resultado de la valoración.

Por último, la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA como entidad interesada, en su escrito de alegaciones al recurso manifiesta que no incluyó el coeficiente C en su oferta técnica contenida en el sobre B, sino la calificación energética del edificio, lo cual, a su juicio, debería bastar para desestimar este primer motivo del recurso, máxime cuando todas las entidades licitadoras incluyeron en su oferta técnica datos sobre la demanda energética del edificio, el consumo de energía primaria y el nivel de



emisiones que también repercuten en el coeficiente C de eficiencia energética, lo cual, utilizando la misma argumentación que la esgrimida por la recurrente, nos llevaría a tener que excluir las ofertas de todas las licitadoras.

Asimismo, afirma que el PCAP exigía que en el sobre B se acreditase el cumplimiento de la normativa de aplicación; en este sentido, para cumplir con las exigencias del Código Técnico de la Edificación, debía acreditarse en el sobre B, que la calificación energética del edificio propuesto sería igual o superior a B. Así las cosas, señala que en efecto la cláusula 11.2 del PCAP establecía la exigencia, destacada en negrita y con el calificativo de “*esencial*”, que el licitador acreditase en su propuesta técnica incluida en el sobre B, “*el cumplimiento de las ordenanzas urbanísticas en vigor, de servidumbre y aérea y cualesquiera otras exigibles para la aprobación del proyecto. La ausencia del anterior cumplimiento o su falta de acreditación será motivo suficiente para la exclusión automática del licitador*”; al respecto, el Código Técnico de la Edificación, aprobado mediante Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y que resulta de obligado cumplimiento, establece en el artículo 2.2 del Documento Básico sobre eficiencia energética (DB HEO), lo siguiente: “*1. La calificación energética para el indicador de consumo energético de energía primaria no renovable del edificio o la parte ampliada, en su caso, debe ser de una eficiencia igual o superior a B, según el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios aprobado mediante real decreto 235/2013, de 5 de abril*”. Por tanto, a su juicio, al mencionar en su propuesta técnica cuál era la calificación energética del edificio, sin desvelar el coeficiente “C”, estaba acreditando el cumplimiento normativo, tal como resultaba exigible, según la citada cláusula 11.2 del PCAP.

OCTAVO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar la denuncia de la recurrente. En este sentido, como se ha expuesto anteriormente, el PCAP respecto del criterio de evaluación automática “mejora del comportamiento energético del edificio” dispone lo siguiente: «*Mejora del comportamiento energético del edificio en referencia a los siguientes valores: Hasta 10 puntos*»



Se valorará este apartado en función del compromiso de mejora del índice de eficiencia energética $C=(IEE)$, atendiendo a la normativa vigente de calificación energética de edificios nuevos del sector terciario, obtenido según la expresión:

$$C = I_{\text{edificio objeto}} / I_{\text{edificio de referencia}}$$

- De valor $C < 0,4$ para calificación energética A,
- De valor $0,40 \leq C < 0,65$ para calificación energética B

Se valorará con 0 puntos a las ofertas que no aporten mejora en el índice, con 10 puntos a la oferta que proporcione el mejor índice, y de forma proporcional a las restantes ofertas intermedias.»

Así las cosas, queda pues probado que la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA introdujo en el sobre B, documentación relativa a la mejora del comportamiento energético del edificio, en concreto la mención de que “la calificación energética por el edificio es A, con un nivel de emisiones de $7,4 \text{ kgCO}_2/\text{m}^2\text{año}$ ”, aun cuando a juicio de la adjudicataria y del órgano de contratación ello no supone la exclusión de su oferta pues, según aquella, no incluyó el coeficiente C en su oferta técnica contenida en el sobre B, sino la calificación energética del edificio y, según el informe al recurso de aquel, la información referida en la documentación técnica aportada por la adjudicataria, calificada como objetiva, no ha condicionado el resultado de la adjudicación.

En definitiva, como ha quedado acreditado la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA ha anticipado en el sobre B -de documentación técnica y otros documentos referentes a criterios de adjudicación a valorar en función de juicio de valor-, determinada información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, en concreto la mención de que “la calificación energética por el edificio es A, con un nivel de emisiones de $7,4 \text{ kgCO}_2/\text{m}^2\text{año}$ ”, dicha expresión aun cuando no menciona el índice C de eficiencia energética indica expresamente que dicho índice se sitúa necesariamente entre 0 y 0,4 -que es el intervalo necesario para obtener la calificación energética A-, teniendo en cuenta que son objeto de valoración en el criterio de adjudicación de evaluación automática controvertido aquellos índices de eficiencia energética contenidos entre 0 y menos de 0,65, por lo que se ha anticipado



en el sobre B que la oferta de la adjudicataria contenida en el sobre C propondrá un índice C de eficiencia energética situado entre 0 y 0,4.

En este sentido, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, 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 los artículos 1 y 145.2 del TRLCSP.

En efecto, la 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.

En el supuesto examinado, además de haberse vulnerado las garantías de objetividad e imparcialidad y los principios de igualdad de trato entre licitadores y secreto de la oferta, se ha quebrantado lo dispuesto en las cláusulas 10.3 y 11.2 del PCAP, que como se ha expuesto disponen, respectivamente, que *“será causa automática de exclusión de la licitación: La introducción de documentos tanto en el sobre A (documentación administrativa general) y/o en el sobre B (documentación técnica y otros criterios evaluables subjetivamente), que permitan conocer la oferta económica y otros criterios cuantificables automáticamente y que solamente deben quedar incluidos en el sobre C”* y que *“La Mesa Técnica no procederá a valorar a aquellas empresas que incluyan documentos en este sobre que permitan conocer la oferta económica u otros datos cuantificables de forma automática, lo que supondrá la exclusión de licitador. Dicha documentación deberá aportarse exclusivamente en el sobre C”*.



Respecto al argumento del órgano de contratación en su informe al recurso en el que señala que la información aportada por la adjudicataria no ha condicionado el resultado de la adjudicación pues no era determinante de la valoración; el mismo no puede admitirse pues como se ha expuesto, el conocimiento anticipado, 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 las garantías legales de objetividad e imparcialidad y los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta se vean vulneradas. Por los mismos argumentos no puede asimismo admitirse el alegato de la entidad adjudicataria relativa a que no incluyó el coeficiente C de eficiencia energética en su oferta técnica contenida en el sobre B, sino la calificación energética del edificio.

En cuanto al argumento del órgano de contratación relativo a que la comisión técnica evaluadora, con objeto de velar por el principio de concurrencia, no ha considerado apropiado excluir a todas las licitadoras que aportaban la calificación energética en forma de letra ya que no revelaban el valor del coeficiente de eficiencia energética, no puede tampoco admitirse. Al respecto, aun cuando la comisión técnica evaluadora o la mesa o el órgano de contratación en favor del principio de concurrencia pudiesen haber admitido la oferta de la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA, lo cierto es que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso la exclusión de aquellas que incluyan documentos y/o información en este sobre que permitan conocer la oferta económica u otros datos cuantificables de forma automática-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

En este sentido, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las



previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)”*.

Asimismo, tampoco puede admitirse el alegato de la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA en el que afirma que la exigencia del PCAP relativa a que en el sobre B se acreditase el cumplimiento de la normativa de aplicación, supone que debía acreditarse en dicho sobre, que la calificación energética del edificio propuesto sería igual o superior a B. Al respecto, como ha reiterado este Tribunal en multitud de ocasiones, los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos (v.g. Resoluciones de este Tribunal números 120/2015, de 25 de marzo, 75/2016, de 6 de abril, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo y 200/2017, de 6 de octubre, entre otras muchas).



Si la entidad licitadora no cumplimenta adecuadamente en su oferta las exigencias derivadas de los pliegos, en este caso no incluir en el sobre B documentación y/o información que permita conocer la oferta económica u otros datos cuantificables de forma automática, ello determinará la exclusión de su proposición del procedimiento (v.g. Resoluciones 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, y 13/2017, de 27 de enero, entre otras muchas).

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya el PCAP un acto firme y consentido al no constar impugnación del mismo en los extremos particulares analizados, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido, siendo improcedente la admisión por parte de la mesa y del órgano de contratación de la proposición presentada por la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA, pues la misma ha incumplido, conforme a la documentación contenida en su oferta, la obligación relativa a no incluir en el sobre B documentación y/o información que permita conocer la oferta económica u otros datos cuantificables de forma automática.

En definitiva, debe soportar la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de su oferta.

Procede, pues, estimar el primer motivo del recurso interpuesto.

La corrección de la infracción legal cometida debe llevarse a cabo anulando la Resolución, de 5 de abril de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la apertura del sobre 3, a fin de que por la mesa de contratación se proceda a la exclusión de la oferta de la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA, conforme a lo expresado en los fundamentos de derecho sexto a octavo de esta resolución, con continuación en su caso del procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.



NOVENO. Como segundo, y último, motivo del recurso, la recurrente denuncia que la justificación relativa a la baja anormal o desproporcionada sobre el presupuesto base de licitación presentada por la UTE FACULTAD DE TURISMO UMA no se ajusta a las excepciones contempladas en el PCAP, discrepando en cuanto a las horas destinadas tanto a la elaboración del proyecto como a la de su ejecución y seguimiento posterior, dado que a su juicio son insuficientes para el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, la estimación del anterior alegato del recurso y la consiguiente anulación del acto de adjudicación impugnado con las consecuencias de la misma, hace innecesario el análisis y pronunciamiento sobre este segundo motivo del recurso.

Por último, en cuanto al alegato de la recurrente en el que solicita que una vez anulada la adjudicación del contrato se acuerde la misma a favor de su oferta presentada junto con otras empresas con el compromiso de constituir una unión temporal, no puede atenderse tal pretensión, debiendo inadmitirse, ya que como se manifestó, entre otras muchas en las Resoluciones de este Órgano 405/2015, de 25 de noviembre, 1/2016, de 14 de enero, 151/2018, de 23 de mayo y 197/2018, de 22 de junio, este Tribunal solo tiene funciones revisoras de los actos que se recurran ante él, sin que pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación.

Por tanto, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre tales extremos, siendo el órgano de contratación, el único al que corresponde acordar, en su caso, la adjudicación del contrato.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VAILLO IRIGARAY Y ASOCIADOS, S.L.P.** contra la Resolución, de 5 de abril de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de redacción de los proyectos básicos y de ejecución, dirección de obra, dirección de ejecución, estudio de seguridad y salud y coordinación de seguridad y salud de la Facultad de Turismo” (Expte. SE.07/2017 SARA), convocado por la Universidad de Málaga y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda conforme a lo expresado en los fundamentos de derecho de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue adoptado por Resolución de este Tribunal de 15 de mayo de 2018.

TERCERO. Acordar que por el órgano de contratación se dé conocimiento a este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. 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.

