

Recurso 5/2014**Resolución 136/2014****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 junio de 2014

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE GARDA SERVICIOS DE SEGURIDAD, S.A.-TECNICA AUXILIAR DE GESTION EMPRESARIAL, S.A. (TAGESA)** contra la resolución declarando desierto el contrato promovido por la Consejería de Presidencia denominado “Servicios de vigilancia y de seguridad del Palacio de San Telmo, sede de la Presidencia de la Junta de Andalucía y de la Consejería de Presidencia” (Expte. 30/2013), este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de octubre de 2013, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 212 y en el Perfil de Contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio para la licitación pública por el procedimiento abierto del contrato “Servicios de vigilancia y de seguridad del Palacio de San Telmo, sede de la Presidencia de la Junta de Andalucía y de la Consejería de Presidencia” (Expte. 30/2013).



El valor estimado del contrato es de 367.768,60 €.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, 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, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento, se encontraba la empresa ahora recurrente.

TERCERO. En sesión celebrada a las ocho horas y treinta minutos del 29 de noviembre de 2013, la mesa de contratación procedió a la apertura del sobre nº 3 de los distintos licitadores cuyo contenido era la documentación referida a criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, tras la lectura de la puntuación obtenida por las empresas admitidas a la licitación respecto a la documentación incluida en el sobre nº 2 referida a criterios evaluables mediante juicios de valor.

A las doce horas de ese mismo día se reúne la mesa de contratación nuevamente, comunicándose por el Presidente de la mesa que *“una vez finalizado el acto público de apertura de los sobres nº 3 de las tres empresas admitidas a la licitación, y como paso previo a la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas de conformidad con el Anexo VII del PCAP, procedió junto con el Vocal de la mesa designado por la Dirección General de Interior, Emergencias y Protección Civil de la Consejería de Justicia e Interior, a comprobar si en la documentación presentada en el sobre nº 2 “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante juicios de valor” por las tres empresas que continuaban en la presente licitación: UTE GARDA*



SERVICIOS DE SEGURIDAD, S.A.-TECNICA AUXILIAR DE GESTION EMPRESARIA, S.A., UTE PROSEGUR ESPAÑA. S.L.U.- ESC SERVICIOS GENERALES, S.L. y UTE GRUPO RMD SEGURIDAD, S.L.-COYMA SERVICIOS GENERALES, S.L., se había incluido documentación que debiera estar incluida en el sobre nº 3 “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas” con el resultado de que las tres empresas incluyen en el sobre nº 2 declaración relativa a la existencia de un centro de control operativo 24 horas en la provincia donde radica el servicio, documentación que debía incluirse en el sobre nº 3”.

Ante ello, la mesa acordó excluir del procedimiento de licitación a la tres empresas admitidas y proponer al órgano de contratación declarar desierta la licitación. En virtud de Resolución de 13 de diciembre de 2013, el órgano de contratación declaró desierta dicha licitación.

CUARTO. El 3 de enero de 2014, la UTE GARDA SERVICIOS DE SEGURIDAD, S.A.-TECNICA AUXILIAR DE GESTION EMPRESARIAL, S.A. (TAGESA) , presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de declaración de desierto del contrato citado.

En virtud de oficio de 15 de enero de 2014, la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación, un informe sobre el recurso interpuesto y el listado de licitadores, documentación que fue recibida en la sede del Tribunal el 21 de enero de 2014.

QUINTO. En virtud de Resolución de 23 de enero de 2014, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión de la resolución recurrida.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 27 de enero de 2014, dio traslado del recurso a los licitadores en el procedimiento de adjudicación



del contrato, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo previsto.

SEPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.

Ahora bien, existe un límite a la competencia de este Órgano respecto de la pretensión articulada por la recurrente de que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a favor de la UTE.

Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme a lo establecido para el conjunto de los recursos administrativos en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), de modo que, de existir tales vicios, se ha de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de



contratación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b LRJ-PAC).

Por ello debemos inadmitir dicha pretensión, por carecer de competencias para resolverla, sin perjuicio de la plena competencia para conocer del recurso en lo atinente a la anulación del acto recurrido.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO: Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es el acto por el que se rechazan las ofertas presentadas y se declara desierto el procedimiento de adjudicación.

El acto impugnado debe calificarse como acto de trámite pues si bien integra el procedimiento no pone fin a éste, a diferencia de la resolución o acto definitivo que pone fin al mismo, que en el procedimiento de adjudicación es el acto en que ésta se manifiesta.

La regla general en nuestro ordenamiento, que se establece en el artículo 107.1 de la LRJ-PAC, es que los actos de trámite no son susceptibles de recurso sin perjuicio de que la oposición a dichos actos de trámite pueda alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, al igual que hacerse valer en el recurso contra la resolución.

Con carácter excepcional el artículo 107.1 LRJ-PAC permite recurrir los denominados actos de trámite cualificados que son aquellos que deciden



directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Este mismo criterio es el reproducido por el artículo 40, en sus apartados 2.b) y 3, del TRLCSP al disponer que podrán ser objeto del recurso *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”* y que *“los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”*

El acto adoptado determina la imposibilidad de continuar el procedimiento y es susceptible de causar un perjuicio a los derechos e intereses legítimos.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, comprendido en la categoría 23 del Anexo II del TRLCSP, siendo su valor estimado de 367.768,60 €, que pretende concertar una Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del citado artículo 40.1.b) y 40.2. b) del TRLCSP.

CUARTO. El recurso ha sido interpuesto en plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartado 2.b) del TRLCSP que señala 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.”

La resolución declarando desierta la licitación se notificó por fax a la recurrente el 18 de diciembre de 2013 y el recurso tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 3 de enero de 2014, por lo que se interpuso en el plazo de 15 días hábiles previsto en el citado precepto legal.

Consta igualmente en el expediente anuncio de la interposición del recurso especial presentado 3 de enero de 2014 ante el órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 44.1 del TRLCSP.

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

- De un lado, la recurrente alega que su oferta se ajustó a los establecido en el PCAP y así incluyó en el sobre nº 3 relativo a la documentación de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas una declaración responsable respecto a que el licitador cuenta con “*centro de control operativo 24 horas en la provincia donde radica el servicio objeto del contrato*”. Y por otra parte incluyó en el sobre nº 2 de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante juicio de valor un informe técnico referente a a “*Metodología, manual y procedimientos de actuación operativo* “ y a los “*Medios materiales y humanos de los que dispone la empresa y que pone a disposición del servicio*” y todos ellos se denominan en su conjunto a los



efectos de la prestación de los servicios de seguridad objeto del contrato el “centro de control”.

- Por otro lado, alega que no se ha producido quebranto del principio de secreto de las proposiciones que establece el artículo 145.2 del TRLCSP, pues la oferta de la recurrente se mantuvo secreta hasta la apertura por la mesa de contratación del sobre nº 3.

- Asimismo alega que no se ha producido una ruptura del principio de igualdad de trato de los licitadores puesto que las tres empresas admitidas a la licitación fueron excluidas por el mismo motivo, lo que dio lugar a la declaración de desierta de la licitación.

- En todo caso, según la recurrente, se les podía haber dado la posibilidad de subsanar o aclarar su oferta.

En el informe sobre el recurso, el órgano de contratación manifiesta sucintamente que la exclusión de las empresas licitadoras por la mesa de contratación está justificada porque se produjo un quebrantamiento del principio de que las proposiciones deben ser secretas, según el artículo 145 del TRLCSP, incurriendo las mismas en un error insubsanable, afectando al principio de igualdad de entre los candidatos que establece el artículo 1 del TRLCSP.

SEXTO. Con carácter previo, al examen del fondo del asunto, es preciso hacer referencia a los criterios de valoración de la oferta. Para ello, se debe examinar el contenido del PCAP del contrato de referencia, que regula la documentación que han de presentar los licitadores, lo cual debe hacerse en tres sobres. A este respecto, el PCAP en su cláusula 9 establece que los licitadores presentarán en el sobre nº 1 la documentación administrativa, en el nº 2 la documentación técnica y en el nº 3 la proposición económica que incluirá determinada documentación técnica.



Por lo que aquí interesa, los sobres nº 2 y nº 3 se abrirán en dos fases sucesivas, primero se abrirá el de la documentación relativa a criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor y después el de la documentación relativa a criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas.

El **Anexo IV** del PCAP recoge la documentación a incluir en el sobre nº 2 relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor, indicando:

“Las empresas licitadoras deberán incluir en el sobre nº 2 la siguiente documentación:

- *Metodología, manual y procedimientos de actuación operativo.*
- *Medios materiales y humanos de los que dispone la empresa y que pone a disposición del servicio”.*

El **Anexo V-A** recoge la documentación a incluir en el sobre nº 3 relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, indicando:

1. *“Proposición económica, según modelo.*
2. *Declaración sobre si cuenta o no con un centro de control operativo 24 horas en la provincia o provincias limítrofes donde radica el servicio objeto del contrato”.*

En el **Anexo VII** del PCAP se recogen los criterios de adjudicación y su ponderación del siguiente modo:

1. *“Oferta económica: 60% (máximo 60 puntos)*
2. *Propuesta técnica: 20% (máximo 20 puntos)*
 - *Metodología, manual y procedimiento de actuación operativo. Máximo 12 puntos.*



- *Medios materiales y humanos de los que dispone la empresa y que pone a disposición del servicio. Máximo 8 puntos*
3. *Otras condiciones del servicio: 20% (máximo 20 puntos)*
- *Centro de control operativo 24 horas (máximo 6 puntos)*
 - *Bolsa de horas para actuaciones especiales (máximo 6 puntos)*
 - *Póliza de responsabilidad civil por daños producidos por actos terroristas (máximo 3 puntos)*
 - *Certificados de calidad ISO 9001 (máximo 4 puntos)*
 - *Certificados de calidad ISO 14001 (máximo 1 punto).”*

La igualdad de trato y transparencia son pilares básicos del procedimiento de adjudicación de los contratos. Ambos tienen su reflejo en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 1 establece como uno de sus fines el de garantizar los principios de *«publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*.

El artículo 139 del TRLCSP reitera dichos principios al referirse a los procedimientos de adjudicación y dispone que *«los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia»*.

Fruto del principio de transparencia es la necesidad de dar publicidad a las actuaciones realizadas en las fases de la licitación y adjudicación, y por lo que aquí nos interesa respecto de las proposiciones de los licitadores.

Ha sido una exigencia tradicional en la normativa de contratos públicos la publicidad en la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores.



Esta condición se encuentra establecida en el artículo 160.1 *in fine* TRLCSP, que dispone: «*En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos*», y está desarrollada en el 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 (en adelante RDLCS) y en los artículos 83 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

Además se complementa con la disposición del artículo 145.2 TRLCSP de conformidad con la cual «*las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública*».

De ello debe deducirse que rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario al mandato legal cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones antes de que se celebre el acto público para su apertura.

Por su parte, el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas, como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica).

Este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos



(Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros, y de 19 de junio de 2003, GAT).

A su cumplimiento obedece que los artículos 145 y 160.1 TRLCSP, establezcan que las proposiciones de los interesados, conteniendo las características técnicas y económicas, deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

Asimismo, son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 150.2 TRLCSP disponga 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 que en su ejecución, el RDLCSPP disponga de un lado en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro, en el artículo 26 imponga 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»*.

La razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica y demás criterios evaluables mediante fórmulas, es evitar que ese conocimiento pueda influenciar la valoración a realizar mediante criterios sujetos de valor, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de estos criterios.

El cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 145.2, 150.2 y 160.1 del TRLCSP ha dado lugar en la práctica a muchas incidencia que han sido objeto de pronunciamientos de los órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, los cuales mantienen una doctrina



prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la ley.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha dictado muchas resoluciones al respecto, como indica el órgano de contratación en su informe y en concreto, en la Resolución 22/2013, de 17 de enero (Recurso 328/2012), ha resumido los criterios que ha venido aplicando:

«Este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 299/2011), referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011)».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en sus informes 43/2002, de 17 de enero, 20/2007, de 26 de marzo y 30/2011, de 15 de diciembre, ha venido señalando que la inclusión de información sobre la oferta evaluable mediante formulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor infringe el principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 150.2) y conlleva asimismo la exclusión del licitador



Como ha puesto de relieve el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo de 2011, no se trata de una exigencia meramente formal pues su finalidad última 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 pueda influenciarse en uno u otro sentido tal valoración:

«Las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad de trato, como de estas previsiones normativas requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato.

En este concreto aspecto de la presentación de propuestas, se basan en la voluntad legal de separar, en dos momentos diferentes, la valoración de las ofertas, en atención a que los criterios para su evaluación estén sujetos a juicio de valor o no; y ello, parece evidente, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas, o contaminadas entre sí, ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que se predica desde el mismo artículo 1 LCSP.

Si se considerara que estas exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento “ordenado” de apertura de las documentaciones, podría admitirse que la falta de cumplimiento de las mismas, no determinase de forma inevitable la exclusión del procedimiento de las empresas que incumplen dichas previsiones. Sin embargo, tal conclusión adolecería de superficialidad, en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales de la contratación pública. Como se ha señalado, la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la valoración en dos momentos temporales, 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 valoración pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración.

De ello se deduce que, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico presentada por éstos puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De modo que, se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra la LCSP».

Ahora bien, la doctrina de que la exclusión de los licitadores que incluyan información evaluable mediante formulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor es automática (como indicó el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales en la citada Resolución 22/2013: «*configura un riesgo potencial de contaminación del juicio de valor que exige la exclusión del licitador recurrente*») ha de ser matizada, como señaló el Informe 12/2003, de 22 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el sentido de que una simple irregularidad en la presentación de la documentación, que no conculque el principio de publicidad y de separación entre la información sujeta a juicio de valor y la valorable de forma automática, constituye una irregularidad formal en el procedimiento establecido, que no puede tener efectos invalidantes.

Como ha puesto de relieve el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 233/2011 de 5 de octubre (Recurso 198/2011) —relativa a un supuesto en que el licitador incluyó en el sobre relativo a la documentación técnica que no era objeto de valoración, información relativa a los criterios de valoración automática— no cualquier vicio procedimental genera la nulidad, en este caso del acto de adjudicación, siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal. La inclusión



de información sujeta a valoración automática en el sobre de la oferta técnica que no era objeto de valoración no supuso merma material alguna en las garantías de la contratación, pues no se vieron afectados los principios de igualdad de trato y no discriminación.

En el mismo sentido la Resolución 171/2011, de 29 de junio (Recurso 134/2011), relativa a la exclusión de un licitador que incluyó la documentación que debía constar en el sobre de la oferta técnica no sujeta a valoración, en el sobre de los criterios sujetos a valoración automática.

SEXTO. En el caso objeto del presente recurso, las tres empresas admitidas a la licitación, según señala el órgano de contratación, incluyeron en el sobre nº 2 una declaración relativa a la existencia de un centro de control operativo 24 horas en la provincia donde radica el servicio, documentación que debía incluirse en el sobre nº 3, puesto que se trata de un criterio evaluable mediante la aplicación de fórmulas.

Tras la apertura del sobre nº 2 se procedió a evaluar por la Comisión Técnica la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicios de valor, tal y como consta en el informe técnico de 27 de noviembre de 2013.

Posteriormente, el 29 de noviembre de 2013, en una primera sesión que se celebra a las 8.30 horas, la mesa de contratación procedió a abrir el sobre nº 3 y es con posterioridad al acto de apertura de la documentación de dicho sobre cuando, ante la petición realizada por una de las empresas licitadoras cuya oferta había sido excluida de la licitación -la UTE SEGURISA SERVICIOS INTEGRALES DE SEGURIDAD-SAGITAL, S.A.-, según consta en el acta de la mesa de contratación celebrada el citado día 29 de noviembre a las 12 horas, se procedió por el Presidente de la mesa junto al vocal designado por la Dirección General de Interior, Emergencias y Protección Civil *“como paso previo a la valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación*



de fórmulas de conformidad con el Anexo VII del PCAP , a comprobar que la documentación presentada en el sobre nº 2 (...) por las tres empresas que continuaban en la presente licitación (..) se había incluido documentación que debiera estar incluida en el sobre nº 3”.

En concreto las tres licitadoras habían incluido en su propuesta técnica una declaración relativa a la existencia de un centro de control operativo 24 horas.

Como se ha señalado, la finalidad última de que se incluya documentación en sobre separados y la apertura de la misma en momentos diferentes 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 un conocimiento anticipado de documentación que debe abrirse en un momento posterior pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración.

En este caso, el órgano de contratación se percató del error cometido por la tres empresas licitadoras de indicar en la documentación incluida en el sobre nº 2 uno de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas (en concreto, el relativo a la declaración de un centro de control operativo 24 horas), después de la valoración de los criterios sujetos a juicios de valor, por lo que no sólo no pudo influir dicho error en la valoración técnica de las ofertas, sino que se desconocía cuando se hizo dicha valoración.

Como ha reiterado la doctrina que se ha reproducido en el fundamento anterior, la finalidad del artículo 145.2 TRLCSP «*las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública*», no es otra que la de garantizar el principio de igualdad de trato e implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas, como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora.



En el presente caso, el hecho de que los tres licitadores incluyeran en el sobre nº 2 una declaración relativa a un aspecto evaluable mediante la aplicación de fórmulas y que por tanto debía incluirse en el sobre nº 3, no produce la ruptura del principio de igualdad, puesto que precisamente todas las empresas incurrieron en el mismo error y ello con independencia, de que como se ha indicado, ello no influyó en la valoración técnica de las ofertas.

En el presente supuesto, la información que se incorporó en el sobre correspondiente a la documentación de criterios evaluables mediante juicios de valor, que debía haberse incluido en el sobre 3, no condiciona la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor, ni rompe el principio de separación entre los criterios que dependen de juicio de valor y los criterios que dependen de fórmulas, ni rompe el principio de igualdad de trato que justifica esa separación.

Cabe citar, a este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de noviembre de 2012, en la que se indica que:

“Distinta consideración merece, sin embargo, la alegación que excluye la vulneración del carácter secreto de las proposiciones derivada del error en la documentación contenida en cada sobre. Esta cualidad responde al principio general de igualdad de trato entre los candidatos y tiene su expresión concreta en el artículo 129.2 de la LCSP, previendo la propia Ley los medios para garantizar esa reserva. Así el art.144 que trata de la inclusión en dos sobres distintos y el 134.2 que establece el orden de apertura de los sobres (...) Lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir, que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde. Si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores (...)



Tampoco en lo relativo a la vulneración del secreto de las proposiciones cabe admitir ese criterio automático de exclusión aplicado por el órgano de contratación, que invoca la cláusula 4.7.3. del pliego; dicha cláusula dispone, efectivamente, que "la inclusión en los sobres nº 1 o nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador por vulnerar el carácter secreto de las ofertas" a que se refiere el art. 129.2. LCSP.

Tal interpretación resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia, también formulado en el art. 1 de la Ley, pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula; frente a lo que se dice en la contestación a la demanda por el Abogado del Estado y la UTE codemandada, la simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

SEPTIMO. Por otro lado, como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Recomendación 1/2011, de 6 de abril, es necesario que los pliegos que rigen la contratación contemplen adecuadamente las exigencias relativas al secreto y publicidad de las ofertas, de manera que no se genere confusión a los licitadores por ambigüedad o falta de claridad en los mismos:

«Sin embargo, las bondades pretendidas con este nuevo sistema de separar la valoración de criterios subjetivos de los objetivos, exigiendo la previa valoración de los primeros, antes incluso del propio conocimiento de la oferta económica y los demás criterios sujetos a evaluación posterior, han hecho aparecer en la actuación concreta problemas prácticos para los licitadores en la presentación de ofertas, y para los gestores de contratos públicos, en la definición y separación de los dos tipos de criterios.



Y ello, porque no siempre es evidente, ni sencilla, la separación absoluta de algunas cuestiones técnicas, de su correspondiente traslado a la oferta económica. A título de ejemplo, la memoria de un plan de trabajo concreto de la oferta, sin duda alguna puede inducir a conocer el alcance de la oferta económica, por cuanto las diferentes unidades o actuaciones tienen un coste, y no es lo mismo ofertar unas que otras. La superación de estas disfuncionalidades, exige un exquisito rigor en la configuración de los criterios subjetivos, por cuanto la exigencia de esa independencia, puede llevar al licitador a no poder cumplir con toda la diligencia o detalle que podría, el cumplimiento de los requisitos solicitados.

La importancia de esta labor de delimitación adecuada de los criterios sujetos a evaluación previa es máxima, si tenemos en cuenta que en los pliegos, en aras de cumplir estrictamente el procedimiento establecido legal y reglamentariamente, prevén como causa de exclusión la incorporación en el sobre nº dos, (criterios sujetos a evaluación previa) de datos propios del sobre nº tres (criterios sujetos a evaluación posterior)».

En cualquier caso, la ambigüedad u oscuridad en las cláusulas de los pliegos en modo alguno pueden perjudicar a los licitadores, y así el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 171/2011, de 29 de junio (Recurso 134/2011), obliga a la Mesa a admitir a un licitador que a consecuencia de las contradicciones entre diversas cláusulas de los pliegos, incluyó en un solo sobre y no en dos como establecía el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la oferta técnica que no era objeto de valoración y la oferta sujeta a valoración automática.

En el caso presente, el Anexo IV, dentro de la documentación relativa a criterios de adjudicación valorados mediante juicios de valor, recoge los “medios materiales y humanos de que dispone la empresa y pone a disposición del servicio” y en el Anexo V-A, dentro de la documentación relativa a criterios de adjudicación valorados mediante aplicación de fórmulas, recoge



“declaración sobre si cuenta o no con centro de control operativo 24 horas en la provincia o provincias limítrofes donde radica el servicio objeto del contrato”; de ello puede deducirse que si una empresa licitadora tiene un centro de control operativo, esto es un medio material que deberá indicarse en la relación de medio materiales, ha de incluirlo en el sobre nº 2 y ello con independencia de que se valore de forma automática con un máximo de 6 puntos la declaración expresa de disponer de dicho centro de control que debe incluirse en el sobre nº 3. Por otro lado, en el Anexo VII, el criterio de adjudicación relativo al centro de control se incluye en el concepto genérico “otras condiciones del servicio” y cuya valoración se indica después de la propuesta técnica y no de la proposición económica, al tratarse de un criterio valorable mediante la aplicación de fórmulas. De ello resulta que la propia configuración del PCAP pudo inducir a error a los licitadores y de hecho todos los licitadores incurrieron en el mismo error.

Por todo ello, procede estimar el recurso y anular la resolución por la que se declara desierta la licitación, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento anterior a la exclusión de las tres empresas licitadoras.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha

RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE GARDA SERVICIOS DE SEGURIDAD, S.A.-TECNICA AUXILIAR DE GESTION EMPRESARIAL, S.A. (TAGESA)** contra la resolución declarando desierto el contrato promovido por la Consejería de Presidencia denominado “Servicios de vigilancia y de seguridad del Palacio de San Telmo, sede de la Presidencia de la Junta de Andalucía y de la Consejería de Presidencia” (Expte. 30/2013) y anulando la resolución recurrida y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la exclusión de las empresas licitadoras.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión acordada por este Tribunal en virtud de resolución de 23 de enero de 2014.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

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

LA PRESIDENTA

