

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de mayo de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.D.V., en nombre y representación de Dornier, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por la que se la excluye del procedimiento de licitación para contratar *“la explotación, gestión, y mantenimiento de la parcela del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid: viales, aparcamientos, jardinería, desratización y desinsectación”*, nº de expediente 2016-0-130, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital 12 de Octubre se convocó procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOE de fecha 16 de febrero. El valor estimado asciende a 2.400.000 euros.

Segundo.- La cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece:

“Cláusula 12. Forma y contenido de las proposiciones.

Las proposiciones y la documentación que las acompaña se presentarán redactadas en lengua castellana, o traducidas oficialmente a esta lengua, y constarán de TRES (3) SOBRES, cerrados y firmados por el licitador o persona que lo represente, debiendo figurar en el exterior de cada uno de ellos el número de referencia y la denominación del contrato al que licitan, el nombre y apellidos del licitador o razón social de la empresa y su correspondiente NIF. En su interior se hará constar una relación numérica de los documentos que contienen, e indicando expresamente a qué lotes se presenta proposición, en su caso. Los sobres se dividen de la siguiente forma:

A) SOBRE 1 DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA que incluirá preceptivamente, los siguientes documentos:

(...).

B) SOBRE 2 DOCUMENTACIÓN TÉCNICA. En este sobre se incluirá la documentación técnica que se exija, en su caso, en el apartado 9 de la cláusula 1, en orden a la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación del contrato especificados en el apartado 8 de la citada cláusula, así como toda aquella que, con carácter general, el licitador estime conveniente aportar, sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa al precio. Cuando se establezcan criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, en este sobre se incluirán dos sobres: (2-A y 2-B).

En el sobre 2-A se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, indicados en el apartado 8 de la cláusula 1.

En el sobre 2-B se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas.

C) SOBRE 3 PROPOSICIÓN ECONÓMICA

(...)”.

En relación con lo anterior el citado apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP establece lo siguiente:

“9.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:

Las empresas licitadoras deberán aportar además de la documentación establecida

en el Pliego de Prescripciones Técnicas, la siguiente documentación, indicando en todo caso la consideración de confidencialidad de la misma:

(...)

[(Informe o certificado de haber visitado las instalaciones, presupuestos de empresas con los que se pretenda subcontratar y otra documentación exigida en el PPT)].

La documentación técnica deberá incluirse en el sobre 2 DOCUMENTACION TÉCNICA.”

En la cláusula 1.8 del PCAP se establecen como criterios de valoración los siguientes:

- 8.1 el precio... Hasta 75 puntos que se desglosa:
- 8.1.1 las tarifas de los aparcamientos... Hasta 55 puntos.
- 8.1.2 el canon... Hasta 15 puntos.

La documentación relativa a este criterio debe incluirse inexcusablemente en el sobre N°3 de DOCUMENTACIÓN ECONÓMICA.

- 8.2 otros criterios evaluables de forma automática:

-8.2.1 Mejoras... Hasta 30 puntos

Bonos de gratuidad para usuarios que acrediten ser donantes del Banco Regional de Leche materna... 2 puntos.

Bonos de gratuidad para usuarios que acrediten ser donantes del Banco de sangre... 3 puntos.

Actuaciones relativas a la mejora de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas...25 puntos

(...)

“SOBRE N° 2B de DOCUMENTACIÓN TÉCNICA. La documentación técnica referida a los criterios de valoración automática (apartado 8.2.1) deberá incluirse inexcusablemente en este sobre.

SOBRE N° 2A de DOCUMENTACIÓN TÉCNICA. Documentación técnica referida a los criterios de valoración subjetiva (NO PROCEDE)”.

El 10 de abril de 2017 se notificó a la recurrente la Resolución adoptada por el órgano de contratación por la que acepta el Acuerdo elevado por la Mesa de Contratación por la que se excluye a DORNIER, S.A. del procedimiento de contratación citado *“... por haber adjuntado la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmula (Mejoras), dentro de la documentación técnica (Sobre 2)...”.*

Tercero.- El 25 de abril de 2017 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Dornier, S.L. en el que solicita *“la nulidad del Acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se excluye a DORNIER, S.A. y se ordene la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior continuando con la apertura de las ofertas presentadas por los licitadores, todo ello por no ser conforme a Derecho.”*

Cuarto.- Con fecha 26 de abril de 2017, el Tribunal acordó denegar la suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación dado que la apertura de las proposiciones económicas estaba prevista para el día 26 a las 10 horas. A la vista del estado de tramitación del expediente y la fecha de presentación de la solicitud de medidas cautelares la decisión del Tribunal, que se reúne en pleno a las 10 horas del mismo día, no puede ordenar la suspensión de un acto que probablemente, a la vista del informe del órgano de contratación, ya se ha celebrado, porque el acuerdo sería de contenido imposible.

Quinto.- El 27 de abril el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la

Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se han recibido escritos de alegaciones de CP Plus Parking España, S.L. que se limita a dar su conformidad a la decisión del Tribunal sobre qué es lo mejor y más apropiado con respeto de los argumentos presentados y de Continental Parking, S.L. que solicita la desestimación del recurso y señala que el PCAP es muy claro y no deja lugar a dudas ni a errores interpretativos en cuanto a la documentación a presentar y forma de hacerlo, y si la recurrente no ha cumplido con las pautas establecidas en el mismo ello es debido a causas única y exclusivamente a ella imputables.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en plazo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de abril de 2017, practicada la notificación el 10 de abril, e interpuesto

el recurso el 25 del mismo mes, cumpliendo el requisito temporal de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Según el PCAP el contrato se corresponde con la CPV 63120000-6 “servicios de almacenamiento y depósito” y lo califica como administrativo especial. En consecuencia con esta calificación no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP como susceptibles del recurso especial en materia de contratación. Ello comportaría asimismo la falta de competencia de este Tribunal para resolverlo. No obstante, en los anuncios publicados en el DOUE, en el BOE y en el BOCM consta que se trata de un contrato de servicios. La tramitación seguida se corresponde con la calificación como contrato de servicios y en la notificación de adjudicación se incluye como pie de recurso la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación.

Si bien es cierto que el Tribunal puede proceder a recalificar la tipificación del contrato cuando sea necesario para determinar su competencia, en este caso ninguna de las partes discute la competencia del Tribunal ni es necesario, pues con la calificación dada por los anuncios y el mencionado pie de recurso procede conocer del fondo del recurso. En ningún momento se alega el mantenimiento de la calificación como contrato administrativo especial ni la procedencia de la calificación como posible concesión de servicios. Por tanto, manteniendo la calificación indiscutida de contrato de servicios el Tribunal ostenta competencia para su resolución.

El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- Como primer motivo de recurso se invoca por la recurrente ininteligibilidad de la causa alegada por la Mesa de contratación para acordar la exclusión de Dornier. Afirma que de la notificación recibida parece desprenderse, en una

interpretación literal, que dentro del sobre 2 no se podían incluir las Mejoras que debían ser valoradas de forma automática por aplicación de fórmula porque de la lectura del Acuerdo de exclusión no se entiende si la causa de exclusión se debe bien,

(i) a haber adjuntado la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas (Mejoras) dentro de la documentación técnica, como se señala al inicio de la propia comunicación, o bien, se debe

(ii) a haber incluido documentación (desconocemos cuál pueda ser pues ninguna se menciona) que permita conocer el contenido de la proposición económica antes de que se celebre el acto público para su apertura, como se señala al final de la propia comunicación puesto que si bien expone al inicio de su Acuerdo que la causa de exclusión es la ya mencionada, en la parte final del mismo, fundamenta su decisión de exclusión en que ha incluido datos en el sobre 2 (oferta técnica) datos que revelan o permiten a conocer o anticipar el contenido de la proposición económica (sobre 3). No expone en qué modo se ha producido la revelación de la proposición económica ni que elementos, de los ofertados y contenidos en el sobre 2, le permiten tener conocimiento de la proposición contenida del sobre 3 (oferta económica). Es el propio PCAP el que dispone en la cláusula 8.2.1 que las Mejoras evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas deben incluirse en el sobre 2B.

Como hemos recogido en los antecedentes de hecho en la notificación remitida a la recurrente consta su exclusión “... *por haber adjuntado la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmula (Mejoras), dentro de la documentación técnica (sobre 2)...*”. Seguidamente se informa que el PCAP establece que la documentación relativa a mejoras debe incluirse inexcusablemente en el sobre 2B, que la cláusula 12 establece la necesidad de un sobre 2 del que formaran parte un sobre 2A y otro 2B y que el artículo 145.2 del TRLCSP establece el carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública.

Ciertamente la notificación admite la doble interpretación que hace Dornier en su recurso, dudando si el defecto imputable a la licitadora excluida es haber omitido el sobre 2B o haber anticipado el secreto de la oferta económica. Sin embargo, Dornier conoce qué documentación aportó en cada sobre y en el recurso alega contra la exclusión por haber incorporado el contenido de las mejoras en un sobre 2, sin hacerlo en un sobre 2B dentro de aquel. En consecuencia ninguna virtualidad tendría una posible retroacción para una adecuada notificación y ninguna indefensión se ha producido a la recurrente que ha comprendido el contenido y motivación de la exclusión permitiéndole la interposición de un recurso fundado que procedemos a resolver.

Sexto.- Como segundo motivo de recurso, debemos analizar si la introducción de cierta información en el sobre 2, sin diferenciar un sobre 2B supone revelación anticipada de la oferta.

Tal como hemos recogido en los antecedentes de hecho, el PCAP establece de una parte (y este incumplimiento ha sido el motivo de exclusión) que inexcusablemente la documentación técnica referida a los criterios de valoración automática del apartado 8.2.1 (mejoras) debe incluirse en el sobre denominado 2B y de otra la obligatoria existencia de un sobre denominado 2 documentación técnica cuyo contenido, cuando se establezcan criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y evaluables de forma automática, se compone de dos sobres: el mencionado 2B y otro 2A para incluir la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor indicados en el apartado 8 de la cláusula 1. Es decir, cuando el PCAP no contemple la existencia de ambos tipos de criterios de adjudicación (matemáticos y sujetos a juicio de valor) no es necesaria la subdivisión del contenido del sobre 2 en otros dos sobres. Por tanto el carácter inexcusable de incluir la documentación relativa a los criterios de valoración automática en el sobre 2B decae en el momento en que no se han previsto ambos tipos de criterios para la adjudicación del contrato que supone que no hay sobre 2A. Por tanto solo hay un sobre que puede denominarse 2B o simplemente 2. Sería

absurdo considerar obligatorio un sobre 2 cuyo único contenido sería otro sobre denominado 2B.

La separación del contenido de los sobres deviene de la necesidad de separación en fases para la valoración de los criterios de adjudicación que establece el artículo 150.2 del TRLCSP a fin de que el conocimiento de los criterios matemáticos no pueda influir en la valoración de los criterios subjetivos: *“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”*.

El PCAP no recoge criterios de valoración subjetivos de ofertas que hagan necesaria la presentación de las ofertas en dos sobres distintos, ya que no hay criterios de valoración que dependan de un juicio de valor y el conocimiento de algún aspecto valorable mediante fórmula no puede influir a la hora de valorar los subjetivos.

De lo anterior sólo puede concluirse que los licitadores venían obligados a presentar la documentación técnica a que se refiere la cláusula 9 y toda la documentación referida a los criterios de valoración automática relativos a las mejoras de la cláusula 8.2.1 en el sobre 2, independientemente de que se pueda denominar como sobre 2B, puesto que el 2A no procede, y por tanto no puede ser exigido a los licitadores.

En este caso, ni siquiera era necesaria la apertura independiente en distinto acto del sobre 2 (documentación técnica) y sobre 3 (proposición económica), ya que el contenido de dichos sobres podía valorarse simultáneamente aplicando las fórmulas previstas en los pliegos.

Por tanto, debemos concluir que ni el PCAP ni la propia normativa de aplicación exigen en este caso la presentación de la documentación técnica (sobre 2) en dos sobres distintos (2A y 2B) y aunque pudiera interpretarse lo contrario la contravención en nada afectaría a la separación de las fases de valoración de las ofertas.

Dornier incluyó dentro del sobre que denominó “sobre 2” la documentación exigida en la cláusula 8.2.1 y en la cláusula 9 del PCAP, ya que, respecto de esta última, al final de dicha cláusula se dice *“La documentación técnica deberá incluirse en el sobre N° 2 “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA” y en la cláusula 12 únicamente se hace referencia a su inclusión en el sobre 2 previamente a relacionar el contenido de los sobres 2A y 2B.*

En concreto, respecto a la documentación exigida en la cláusula 8.2.1, Dornier ha presentado dentro del sobre número 2 de documentación técnica una cuantificación económica de las mejoras que oferta. Así en los folios 11 y 12 de su oferta técnica consta literalmente: *“... A continuación, se indica cuantitativamente la propuesta de Dornier para cada una de las mejoras que se incluye en dicho criterio de valoración...”*. Para seguidamente ofertar bonos de gratuidad para donantes del Banco Regional de Leche materna, del Banco de Sangre y actuaciones de mejora de accesibilidad, especificando cantidad de los bonos y su valoración económica unitaria, incluyendo al final del folio 12 un cuadro con los siguientes apartados: *“Mejoras Und Precio (sin IVA) Importe/año Años Importe Mejora”*.

Ello supone en primer lugar que se ha presentado la documentación en los términos recogidos en el propio PCAP y aunque formalmente fuera necesaria la separación en dos sobres separados, supuesto que hemos desechado, el conocimiento de ambas documentaciones de forma simultánea en nada anticipa la información respecto del momento procedimental previsto y se ha hecho en acto público. Véase que ambos sobres 2A y 2B se abren en la misma sesión de la Mesa de contratación y así consta en el acta levantada al efecto el 5 de abril.

Entiende la Mesa de contratación que tal forma de proceder por parte de Dornier vulnera lo establecido no sólo en el PCAP, sino también el artículo 145.2 del TRLCSP, por cuanto rompe el secreto de las proposiciones y por lo tanto, es contrario al mandato legal y al principio de transparencia, lo que justifica su exclusión.

Asimismo alega Continental Parking que Dornier incorporó toda la documentación dentro del sobre 2, de manera que cuando la Mesa de contratación procedió a la apertura del mismo ya tuvo a la vista la documentación relativa a las mejoras ofertadas por dicha empresa, lo que vulnera el Pliego y además, lo establecido en el artículo 145.2 del TRLCSP relativo al carácter secreto de las proposiciones.

El artículo 145 del TRLCSP dispone:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”.

Del contenido de las mencionadas páginas 11 y 12 de la oferta de Dornier, es decir de las mejoras relativas a accesibilidad o bonos de gratuidad no se ha revelado algún dato que permita conocer o anticipar el contenido de la proposición económica (sobre 3), ya que ni las tarifas ni el canon que debían incluirse en este sobre, han sido revelados o anticipados en el sobre 2, y así debe concluirse pues ninguna mención hace la Mesa de contratación al respecto. El secreto de la proposición en lo relativo al contenido del sobre 2 se ha mantenido hasta el momento de la licitación pública pues fue en la sesión de la Mesa de contratación de 5 de abril cuando se procedió a su apertura.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.D.V., en nombre y representación de Dornier, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por la que se la excluye del procedimiento de licitación para contratar *“la explotación, gestión, y mantenimiento de la parcela del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid: viales, aparcamientos, jardinería, desratización y desinsectación”*, nº de expediente 2016-0-130, anulando la exclusión de Dornier, procediendo la retroacción de las actuaciones al momento anterior, continuando con la valoración de su oferta y la apertura del sobre 3.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.