

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

En Madrid, a 4 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Schindler, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 24 de septiembre de 2021 por el que se propone la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento integral y conservación de aparatos elevadores y escaleras mecánicas del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE con fecha 13 de agosto de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 632.777,80 euros, con un plazo de ejecución de 36 meses.

Segundo.- En sesión pública de la Mesa de contratación el 24 de septiembre de 2021 tuvo lugar la lectura del informe técnico, la apertura del sobre número 3 (documentación relativa a los criterios de adjudicación por aplicación de fórmulas y oferta económica) y la consideración de oferta más ventajosa. Puesto que la oferta de Kone Elevadores, S.A., que es la mejor valorada, incurre en valores anormales o desproporcionados, se acuerda conceder un plazo de tres días laborales para presentar un informe de justificación de la baja temeraria, conforme a lo establecido en el apartado 9 de la Cláusula I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. El acta de la Mesa se publica en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el día 27 de septiembre de 2021.

La empresa Kone Elevadores, S.A., aportó justificación de la viabilidad de su oferta, que fue informada por los servicios técnicos del Hospital, considerando la Mesa de contratación en sesión de 1 de octubre, que su oferta se encontraba convenientemente justificada, y por tanto, acordó admitirla por unanimidad y proponer dicha oferta como la de mejor relación calidad-precio al órgano de contratación.

El 4 de octubre, el órgano de contratación resuelve aprobar la propuesta de la mesa de contratación y solicitarle la constitución de la garantía definitiva y la documentación necesaria para formalizar el contrato.

El 18 de octubre de 2021, Schindler S.A. presenta recurso especial contra el acuerdo de la Mesa de contratación del que resulta la admisión de la oferta de Kone Elevadores S.A., su calificación como oferta más ventajosa y la elevación de la misma al órgano de contratación.

EL 19 de octubre de 2021, el órgano de contratación adjudica el contrato a Kone Elevadores, S.A.

Tercero.- El 22 de octubre del 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8

de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 27 de octubre de 2021 presentó alegaciones al recurso, en los términos que se recogerán en el Fundamento de Derecho Quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 empresa participante en la licitación cuyos intereses legítimos se pueden ver afectados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de la mesa de contratación por la que se propone la adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El recurrente fundamenta su recurso en que el licitador Kone Elevadores S.A., ha incluido en su oferta del sobre 2, información, que forma parte de los criterios evaluables de forma automática, por aplicación de fórmulas que debe contenerse en el sobre 3, por tanto, en otro apartado del proceso de licitación no designado para ello. Por ello, la Mesa debió acordar su exclusión.

Los acuerdos adoptados por la Mesa de contratación en su sesión de celebrada el 24 de septiembre de 2021 objeto de recurso, en el “Acuerda” de dicha sesión se hace constar:

“1. Conceder un plazo de tres días laborales, desde el siguiente a recibir la notificación, a KONE ELEVADORES, S.A para presentar un informe de justificación de la baja temeraria en su oferta presentada en función de lo estipulado en el punto 9 de la Cláusula I del Pliego Administrativo.

2. Se propone al Órgano de Contratación del Hospital Universitario Fundación Alcorcón elevar la oferta presentada por ser la más ventajosa en términos económicos a la contratación titulada Servicio de mantenimiento integral y conservación de aparatos elevadores y escaleras mecánicas del Hospital Universitario Fundación Alcorcón a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, Exp. SARA-SER 032/21 a la siguiente empresa: KONE ELEVADORES, S.A CIF: A28791069”.

De acuerdo con el art. 44.1.a) LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los contratos de servicios que tengan un valor estimado superior a cien mil euros.

Respecto a los actos recurribles el art 44.2 señala que pueden ser objeto del recurso, en lo que ahora nos interesa, las siguientes actuaciones:

“ b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

(...)

c) Los acuerdos de adjudicación. (...)”

En el caso que nos ocupa, el acuerdo de la Mesa de contratación no es susceptible de recurso especial al no cumplir los requisitos del artículo 44.2.b) de la LCSP, si bien al haber recaído resolución de adjudicación del contrato confirmando la propuesta de la Mesa de contratación, por economía procesal, se entra a conocer sobre el fondo del asunto.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en que el adjudicatario ha incluido en su oferta del sobre 2, información, que forma parte de los criterios evaluables de forma automática, por aplicación de fórmulas que debe contenerse en el sobre 3, por tanto, en otro apartado del proceso de licitación no designado para ello. Esta circunstancia la basa en el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, en el que se hace constar *“Plan de calidad: Buen desarrollo del plan de calidad. Presentan propuesta de 15 cursos, pero al formar parte de los criterios evaluables de forma automática, por aplicación de fórmulas, no se tienen en consideración en este apartado. Se echan en falta algún item sin desarrollar.”*

Por su parte, el órgano de contratación se opone a la estimación del recurso alegando, en primer lugar, que debe reconocerse que la redacción de los criterios de adjudicación puede haber inducido a los licitadores a presentar documentación similar en el sobre nº 2 y en el sobre nº 3, ya que existe una zona de coincidencia entre el criterio objetivo consistente en *“certificados o cursos oficiales”* (Cláusula 1, apartado 9.2.1.2) y el criterio subjetivo referido a los medios materiales de que dispone el licitador para la ejecución del contrato, cuando se señala que *“se valorará la formación...”* (Cláusula 1, apartado 9.2.2.2).

Manifiesta que la temeridad del recurrente se evidencia cuando se analiza la documentación soporte de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor presentada por ambos licitadores, Schindler, S.A., (Documento 1) y Kone Elevadores, S.A (Documento 2). Puede observarse y comprobarse cómo Schindler, S.A. (página 314 a 370 del Documento 1) incluye en este documento los CV completos de todos los profesionales a adscribir al contrato y también un detalle absolutamente exhaustivo, completo y detallado de todos los cursos que posee cada uno de los mismos, con nombre y apellidos. Documentación ésta que corresponde claramente, taxativamente, sin ninguna duda, al sobre nº 3 (criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas), para justificar el criterio de “*certificados o cursos oficiales*”. Tanto es así, y aquí sí que se observa temeridad o ignorancia en el recurso, que esta misma documentación, exactamente la misma, se incluye igualmente en el sobre nº 3, para justificar los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.

Añade que el informe de los servicios técnicos ha sido emitido, obviamente, salvando estas circunstancias, sin que la inclusión de la documentación no adecuada por parte de Schindler, S. A. (explícitamente) y de Kone Elevadores, S.A., (de forma más matizada) haya influido en manera alguna. De hecho, puede advertirse cómo el informe de los servicios técnicos sobre criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor ha otorgado 13,00 puntos a la recurrente y 9,50 puntos a la adjudicataria, sobre un máximo posible de 14,50 puntos.

Finalmente, destaca que peso en la valoración del criterio supuestamente desvelado es ridículo (Programa de Formación: 1,50 puntos sobre 100,00 puntos) y con información insuficiente para poder valorar (falta la duración de los cursos), y cuya cuantía (número de cursos) difiere de la aportada en el sobre de criterios por fórmulas (10/14); por lo que su posible influencia en el juicio de valor sería nula.

Por su parte, el adjudicatario alega que la recurrente incurre en un claro error ya que no ha tenido en cuenta que la referencia a esos 15 cursos nada tienen que

ver con los cursos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, y que son los que formaban parte del sobre núm. 3, y es que la realidad es que esos 15 cursos a que se hace referencia, son meras acciones formativas que forman parte del plan de calidad, y nada tienen que ver con los cursos formativos específicos que debían incluirse en el sobre núm. 3, y que son los que debían ser valorados mediante la aplicación de fórmulas.

Considera que hay que diferenciar claramente entre el plan de calidad (incluido en el sobre 2) y el programa de formación diseñado para el desarrollo del concurso (incluido en el sobre 3), ya que como se ha dicho son dos cosas totalmente distintas, aunque es cierto que ambas incluyen acciones formativas.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si efectivamente ha habido una vulneración del principio de secreto de las ofertas y con ello una vulneración de la objetividad de la valoración y del tratamiento igualitario de los licitadores.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 157 de la LCSP establece *“Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”*.

Así mismo, el artículo 139.2 señala que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación”*.

En este sentido, el criterio establecido por el legislador, no tiene un carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la valoración de criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas.

La resolución del TACRC número 916/2016, de 11 de noviembre, resume adecuadamente el criterio mantenido por la jurisprudencia y por el propio TACRC *“En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente Resolución 1108/2015: “Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general se 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 067/2012), 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 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquéllos 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). Esto, no obstante, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, ‘siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal’ (Resolución 233/2011). En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que*

el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas. Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

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. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: “Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

La conclusión definitiva es que aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores”.

Pues bien, a la luz de la doctrina mencionada no cabe sino acoger plenamente las alegaciones realizadas por el órgano de contratación y del adjudicatario, siendo suficiente para desestimar el recurso una sola de ellas, referida a la valoración del criterio que, a juicio del recurrente, aparece desvelado en el sobre 2, ya que los Pliegos otorgan a los cursos de formación 1,5 puntos sobre 100.

Aun en el supuesto, no acreditado, de que la recurrente hubiese desvelado ese apartado de su oferta, resulta difícilmente entendible que dicho conocimiento pudiera tener una influencia real en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, de modo que pudiera influir en su objetividad, no afectando, por tanto, al principio de igualdad de trato de los licitadores, por lo que el recurso debe ser desestimado.

A la vista de la resolución sobre el fondo del asunto, no resulta necesario pronunciarse sobre la suspensión del procedimiento solicitada por el recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Schindler, S.A. contra el acuerdo de la Mesa de

contratación de 24 de septiembre de 2021 por el que se propone la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento integral y conservación de aparatos elevadores y escaleras mecánicas del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.