

Recurso nº 151/2019

Resolución nº 96/2019

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

En Madrid, a 6 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.L.B., en nombre y representación de Sinergias Estudios Ingeniería y Consultoría, S.L. (en adelante SINERGIAS), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 25 de febrero de 2019, por la que se excluye su oferta para el lote 3 de la licitación del contrato “Acuerdos marco a que habrán de ajustarse los contratos de servicios referidos a las redacciones de proyectos, trabajos técnicos de obra y trabajos parciales relacionados con las obras promovidas por la Agencia Madrileña de Atención Social (3 lotes)”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid de fecha 2 de enero de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. El anuncio se publicó así mismo en el DOUE y BOCM respectivamente el 4 y 8 de enero de 2019.

El valor estimado del contrato asciende a 5.257.024,40 euros y su duración es de 36 meses.

Interesa destacar a efectos de resolver el presente recurso el apartado 5 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que establece:

“Compromiso de adscripción de medios personales: SI”

En el momento de presentación de la oferta, en el sobre número 1 de documentación administrativa, se deberá incluir una declaración responsable en la que la empresa licitadora se comprometa a dedicar a la ejecución del contrato un equipo de profesionales que, como mínimo, incluirá los siguientes:

LOTE 3:

- *Ingeniero Industrial Superior o Ingeniero Técnico Industrial Jefe de Equipo.*
- *Arquitecto Técnico*
- *Técnico especialista para los trabajos de coordinación de seguridad y salud en fase de ejecución de obra.*

Se designará expresamente entre los componentes del equipo el técnico a cargo de los trabajos de coordinación de seguridad y salud en fase de las obras. El cumplimiento del presente compromiso de adscripción de medios personales se establece como condición esencial de ejecución del presente contrato en todos los lotes. El incumplimiento de esta condición esencial de ejecución constituye causa de resolución del presente contrato”.

En la cláusula 13 del PCAP establece que esta documentación deberá incluirse en el sobre nº 1 “Documentación Administrativa”.

Por su parte, el apartado 6 de la cláusula primera del PCAP establece 2. **“CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS: HASTA 60 PUNTOS (SOBRE Nº 2).**

LOTE 3:

a) **CUALIFICACIÓN DEL PERSONAL ADSCRITO AL CONTRATO. Max. 50 PUNTOS.**

1- Experiencia laboral de los miembros del equipo. Máximo 30 puntos: se valorará la experiencia laboral de cada uno de los miembros del equipo mínimo a asignar en el presente contrato: De menos de 10 años: 1 punto. De 10 a 11 años: 2 puntos. De 11 a 12 años: 3 puntos. De 12 a 14 años: 4 puntos. De 14 a 16 años: 5 puntos. De 16 a 18 años: 6 puntos. De 18 a 20 años: 7 puntos. Más de 20 años: 10 puntos.

puntos. Para la valoración de este criterio se deben presentar certificados de los respectivos colegios profesionales acreditativos de la antigüedad en la profesión. La experiencia se entiende como desarrollo laboral continuado, comenzando a contar desde la fecha de incorporación laboral hasta el día de la publicación de la presente licitación, por lo que no computarán los periodos de inactividad laboral mayores de tres meses, ni desempeños laborales no acordes con la titulación universitaria.

2- Conocimiento en arquitectura socio-sanitaria. Máximo 5 puntos: Se valorará los 23 conocimientos demostrables adquiridos en el campo de la arquitectura socio-sanitaria adquiridos por cualquiera de los miembros del equipo. Valorable: 1 punto/curso. Para la valoración de este criterio se deberá aportar certificados formativos que acrediten estos conocimientos.

3- Experiencia en arquitectura socio-sanitaria. Máximo 8 puntos: se valorará que cualquier miembro del equipo, en el campo de su especialidad, haya realizado trabajos de proyecto y/o dirección de obra de nueva planta o reforma integral en el campo de la arquitectura socio-sanitaria de presupuesto de ejecución material mayor de 340.000 € por obra o proyecto: 1 punto/trabajo. Para la valoración del presente criterio se deberán de aportar los correspondientes certificados de los trabajos expedidos por el órgano competente, en caso de tratarse de una Administración Pública, incluyendo referencia a la CPV o bien certificación expedida por empresa privada.

4- Compromiso de incorporar profesionales adicionales al equipo: máximo 7 puntos • Arquitecto Superior adicional: 2 puntos • Ingeniero industrial superior: 2 puntos • Ingeniero técnico industrial adicional: 1 punto. • Arquitecto Técnico adicional: 1 punto. El cumplimiento de este compromiso se considera condición esencial de ejecución. Su incumplimiento es causa de resolución del presente contrato”.

Finalmente, el apartado 4 de la Cláusula 1 del PCAP establece:

“Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

Procede: Sí.

Se deberá adjuntar a la documentación administrativa una copia del título universitario o certificado que acredite la fecha de finalización de estudios de cada uno de los miembros del equipo propuesto para la ejecución del contrato. La

titulación deberá permitir, en función de la normativa vigente, la realización de los trabajos objeto de cada lote. Deberá justificar la especialidad, cuando se requiera, por titulación o cursos de post grado. Los técnicos adscritos a la ejecución del contrato deberán estar dados de alta como ejercientes en sus correspondientes colegios profesionales. Este extremo se acreditará con un certificado expedido por sus respectivos colegios profesionales. La fecha del certificado no podrá ser anterior a la fecha del anuncio de licitación”.

A la presente licitación se presentaron 35 licitadoras entre ellas la recurrente.

Como resultado del análisis de la documentación presentada, la Mesa detecta que varios de los licitadores en el sobre nº 1, que contiene la documentación administrativa, han incluido información sobre alguno o algunos de los criterios de adjudicación del contrato, anticipando contenidos que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debían incluirse en el sobre nº 2, de la proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.

Considerando que la inclusión de documentación relativa a criterios de valoración automática dentro del sobre relativo a la documentación administrativa no es subsanable ya que supone una vulneración del secreto de las proposiciones establecido en el artículo 139.2 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), la Mesa de contratación, en su reunión de 13 de febrero de 2019, acuerda excluir del procedimiento de contratación a los licitadores que se especifican por las causas que se señalan en cada caso, sin que proceda la apertura de los sobres nº 2 de éstos.

Entre las 24 empresas excluidas se encuentra la recurrente para el lote 3.

Tercero.- El 26 de febrero de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de SINERGIAS, en el que solicita la anulación del acuerdo de exclusión de su oferta a la licitación, fundamentando dicha pretensión en que ha presentado la habilitación empresarial o profesional, con declaración responsable y con las acreditaciones de personal y técnico competente.

El 27 de febrero de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley LCSP.

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 persona jurídica licitadora excluida, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 25 de febrero de 2019, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 26 de febrero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de una oferta por acuerdo de la Mesa de contratación que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento de adjudicación, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor

estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, el recurrente señala que tal y como se indica en el PCAP, ha aportado la habilitación empresarial o profesional, con Declaración Responsable y con las acreditaciones del personal técnico participante.

Por su parte el órgano de contratación señala que el licitador presenta en el sobre nº 1 información relativa a la experiencia profesional y al personal adicional puntuables como criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, que debería presentarse en el sobre nº 2, por lo que, de acuerdo con los artículos 139 y 157 de la LCSP y la cláusula 13 del PCAP, acordó su exclusión.

Efectivamente, se comprueba que en la documentación que el recurrente incluye en el sobre nº 1, sobre compromiso de adscripción de medios personales incluye aspectos referentes a la experiencia laboral que son objeto de valoración como criterios evaluables de forma automática y deberían estar incluidos en el sobre nº 2.

El recurrente en la Declaración Responsable referida a la habilitación profesional exigida en los PCAP incluyó los nombres de los técnicos adscritos al contrato, su titulación y los años de experiencia laboral, adjuntando de cada uno de ellos el título universitario y el certificado del colegio profesional, considerando de ese modo cumplir con las exigencias del PCAP.

En el apartado 4 de la cláusula 1 del PCAP (habilitación empresarial o profesional) se señala que debe adjuntarse a la documentación administrativa copia del título universitario o certificado que acredite la fecha de finalización de los estudios de cada uno de los miembros del equipo propuesto. Así mismo señala que la acreditación de estar dados de alta como ejercientes deberá realizarse mediante certificación del colegio correspondiente. Los certificados expedidos por los correspondientes colegios profesionales presentados por el recurrente hacían

constar no solo su colegiación como ejercientes, sino también la fecha en que se realizó la misma, con lo cual, involuntariamente, se estaba desvelando la experiencia laboral, que se puntuaba hasta un máximo de 30 puntos, para cuya acreditación se exigía precisamente certificados de los respectivos colegios profesionales acreditativos de la antigüedad en la profesión.

De las 35 empresas que presentaron ofertas, 24 fueron excluidas la mayoría por la misma causa que la recurrente, lo que pone de manifiesto la dificultad de los licitadores para interpretar los Pliegos en cuanto a la forma de presentar la documentación, al exigirse, si bien con contenidos diferentes, certificado de colegios profesionales tanto para la habilitación profesional (estar de alta como ejerciente) como la antigüedad en la colegiación (experiencia profesional valorable mediante fórmulas).

A parte de todo ello, procede determinar si efectivamente ha habido una vulneración del principio de secreto de las ofertas.

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 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 procedural 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.”

En el mismo sentido la Resolución 91/2018, de 2 de enero del TACRC “*En esta misma línea de razonamiento, en nuestra Resolución nº 1063/2017, citando lo resuelto en la antes citada sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señalábamos que el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se establece para evitar que el conocimiento de la oferta económica pueda influir 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. Por ello 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. Todo ello exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas”.*

Este Tribunal mantiene el mismo criterio en varias de sus Resoluciones entre ellas la 154/2017, de 17 de mayo donde se señala “*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”.*

Descartado, pues, el automatismo en la sanción de exclusión procede valorar la trascendencia que de la inclusión de la información referida haya podido desprenderse en cuanto al objetivo último que la norma pretende conseguir.

En el caso que nos ocupa, los criterios de valoración recogidos en los PCAP son:

Descripción del criterio Ponderación:

1- Criterio relacionado con los costes: Porcentaje de rebaja en los honorarios profesionales: 40 puntos.

2- Criterios evaluables de forma automática: 60 puntos.

Por tanto, no se incluyen criterios sometidos a juicio de valor, por lo que la vulneración del secreto de las ofertas en el presente caso no afecta al principio de transparencia y objetividad, ya que el conocimiento por el órgano de contratación de algunos de los criterios sometidos a fórmulas matemáticas que debería estar incluidos en el sobre nº 2, con carácter previo a su apertura, no otorga la más mínima discrecionalidad o posibilidad de manipulación en la valoración de la documentación incluida en el sobre nº 2, al tratarse de criterios objetivos que resultan de una simple operación matemática.

Por consiguiente, ponderando las circunstancias del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de la documentación, incumplimiento en el que como se ha señalado anteriormente han incurrido 24 de las 35 empresas presentadas, debe considerarse que no se han vulnerado los principios de objetividad e igualdad de trato, por lo que el motivo debe ser estimado.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.L.B., en nombre y representación de Sinergias Estudios Ingeniería y Consultoría,

S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 25 de febrero de 2019, por la que se excluye su oferta para el lote 3 de la licitación del contrato “Acuerdos marco a que habrán de ajustarse los contratos de servicios referidos a las redacciones de proyectos, trabajos técnicos de obra y trabajos parciales relacionados con las obras promovidas por la Agencia Madrileña de Atención Social (3 lotes)”, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo de la exclusión.

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.