

**Recurso nº 32/2018****Resolución nº 40/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 5 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por M.C.C.F. actuando en nombre y representación de EMPRESA MONFORTE S.A. contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de arrendamiento, sin opción de compra, de 9 vehículos tipo turismo para la Unidad de hospitalización a domicilio del Hospital Marítimo de Oza, dependiente de la Gerencia de Gestión Integrada de A Coruña, expediente AB-EIC1-18-002, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por la Gerencia de Gestión Integrada de A Coruña se convocó la licitación del contrato de arrendamiento, sin opción de compra, de 9 vehículos tipo turismo para la Unidad de hospitalización a domicilio del Hospital Marítimo de Oza, con un valor estimado declarado de 379.080,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE del 03.03.2018, en el perfil del contratante del 06.03.2018, en el BOE del 15.03.2018 y en el DOGA del 20.03.2018.

**Segundo.-** Según el expediente de la licitación, el contrato estuvo sometido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante)

**Tercero.-** La recurrente impugna la resolución, notificada el 16.05.2018, por la que se le excluye del procedimiento de licitación, decisión basada en que su oferta incluía en el sobre B, correspondiente a los criterios no evaluables de forma automática, información que da a conocer el contenido del sobre C.

**Cuarto.-** En fecha 6.06.2018 la entidad EMPRESA MONFORTE S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la referida resolución, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

**Quinto.-** Con fecha 6.06.2018 se reclamó a la Gerencia de Gestión Integrada de A Coruña el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 22.06.2018.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 26.06.2018, sin que se recibieran alegaciones.

**Séptimo.-** Por Resolución TACGal de 4.6.2018 se acordó, a solicitud del recurrente, adoptar la medida cautelar de suspensión.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Tercero.-** La recurrente ostenta legitimación para la interposición de este recurso especial en base a lo señalado en el artículo 48 de la LCSP ya que al impugnarse su exclusión del procedimiento se trata de una persona cuyos derechos o intereses legítimos se ven perjudicados de manera directa por las decisiones objeto del recurso

**Cuarto.-** El acto fue notificado el día 16.05.2018, por lo que el recurso fue interpuesto en plazo.

**Quinto.-** El valor estimado de la licitación asciende a 379.080,00 euros por lo que impugnándose un acuerdo de exclusión, la actuación del órgano es susceptible de este recurso especial al amparo del dispuesto en el art. 44.1.a) y 44.2 b) LCSP.

**Sexto.-** El recurrente impugna su exclusión del procedimiento de licitación. Reconoce que la documentación presentada en el sobre B incluye en diversos apartados la expresión que fundamenta el acuerdo de exclusión, pero rechaza que eso suponga desvelar anticipadamente el contenido de su oferta sujeta a valoración automática.

**Séptimo.-** El órgano de contratación en su informe recoge tanto la regulación legal como la doctrina de los Tribunales administrativos que rechazan el conocimiento de información evaluable automáticamente con anterioridad a la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor.

Con esa base, y atendiendo a la redacción de la documentación del sobre B de la recurrente, concluye que la misma permite anticipar el conocimiento de su oferta incluida en el sobre C, por lo que procedía su exclusión del procedimiento.

**Octavo.-** El acuerdo de exclusión se fundamenta únicamente en el siguiente motivo:

*“La Mesa de Contratación celebrada el día 11 de mayo de 2018, para la apertura del sobre B correspondiente a los criterios no valorables de forma automática, del expediente de referencia, ha decidido EXCLUIR su oferta por el siguiente motivo:*

*La oferta presentada por EMPRESA MONFORTE, S.A., incluye información que debería figurar en el sobre de criterios valorables de forma automática (Sobre C). En concreto se indican los datos referidos a:*

*- se indica el tiempo de respuesta ante incidencias (averías, piezas de recambio y asistencia técnica), concretando un tiempo de respuesta INMEDIATO.*

*Por lo que, la empresa EMPRESA MONFORTE, S.A. no continúa en el procedimiento de adjudicación*

Reconocido por la recurrente la utilización de la expresión “inmediato” en la documentación incluida en el sobre B, lo único que procede dilucidar en este recurso es si esto supone una anticipación de la oferta presentada en el sobre C y, por lo tanto, una vulneración del secreto de su proposición determinante de exclusión de la licitación.

En primer lugar, hay que señalar que el artículo 1 TRLCSP recoge expresamente como uno de sus fines el de garantizar que el procedimiento de licitación se ajusta a los principios de “*publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos*”.

Como consecuencia, el art. 160.1 in fine TRLCSP, señala que 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.

El artículo 145.2 TRLCSP también establece que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública.

Asimismo, el artículo 150.2 TRLCSP dispone que la valoración de las ofertas conforme a los criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia.

El objeto de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer los criterios evaluables mediante fórmulas, es evitar precisamente que ese conocimiento pueda influenciar en el procedimiento de valoración, y, por lo tanto, se mantenga la máxima objetividad y respeto al principio de igualdad entre los licitadores.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo de 2011, ya determina la relevancia de este proceder:

*“Las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad de trato, como en 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”.*

En el mismo sentido, la Resolución 691/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales establece:

*“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 (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, 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. Principio éste que es la piedra angular sobre las que se hacen descansar las Directivas comunitarias relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Así hemos de traer a colación las vigentes Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE ambas transpuestas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE 9-11-2017)”.*

También este TACGal se refirió ya a esta cuestión, y en nuestra resolución 14/2018 indicábamos expresamente como la problemática tenía cualificada incidencia entre los llamados sobres B y C:

*“Por otro lado, informes como el nº12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, también llamaron la atención en que lo más relevante es analizar si esa anticipación de documentación afectó a los principios de la licitación pública (en la misma dirección Informe 8/2014 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña). Destacamos como se recalca que la problemática más cualificada es anticipar aspectos de la oferta económica, en tanto que puede influir en la valoración de los sometidos a juicios de valor:*

*“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 en la valoración a realizar mediante criterios sujetos de valor, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de estos criterios”.*

Ahora bien, conviene destacar que la exclusión de un licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto al que le correspondería no es un criterio absoluto. La Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, advierte de la improcedencia de la exclusión automática por vulnerar el carácter secreto de las ofertas, por ser excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia. Señala concretamente que, aun en un supuesto como el presente en que el PCAP determine que la inclusión en el sobre B de cualquier información relativa a los criterios a valorar automáticamente sea causa de exclusión, una aplicación automática de la misma:

*“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”.*

El Consejo de Estado sigue ese criterio en su dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013:

*“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”.*

Pues bien, procede aclarar, por lo tanto, si la información incorporada por el recurrente al sobre B supone, por sí misma, la vulneración del secreto de su proposición incluida en el sobre C, pues ese hecho será lo que determine si la exclusión acordada por el órgano de contratación fue correcta.

El acuerdo de exclusión, recordemos, señala lo siguiente:

*“La oferta presentada por EMPRESA MONFORTE, S.A., incluye información que debería figurar en el sobre de criterios valorables de forma automática (Sobre C). En concreto se indican los datos referidos a:*

*- e indica el tiempo de respuesta ante incidencias (averías, piezas de recambio y asistencia técnica), concretando un tiempo de respuesta INMEDIATO”.*

El PCAP establece respeto a la documentación a incluir en cada sobre:

*“5.3.1. En este SOBRE B no se puede incluir información alguna que permita conocer la oferta económica de los licitadores o la relativa a los criterios valorables de forma automática. El incumplimiento de esta condición dará lugar a la exclusión de la oferta del procedimiento de adjudicación”.*

Y recoge los siguientes criterios de adjudicación:

CONCEPTO	Puntuación
<b>CRITERIOS VALORABLES DE FORMA AUTOMÁTICA (SOBRE C) (HASTA 65 PUNTOS)</b>	
1.- Precio ofertado.	Hasta 45 puntos
2.- Tiempo de respuesta ante incidencias	Hasta 6 puntos
3.- Tiempo de respuesta para sustitución de vehículos	Hasta 6 puntos
5.- Emisiones de CO <sub>2</sub>	Hasta 2 puntos
<b>CRITERIOS NO VALORABLES DE FORMA AUTOMÁTICA (SOBRE B) (HASTA 35 PUNTOS)</b>	
1.- Plan de mantenimiento y conservación	Hasta 15 puntos
2.- Plan de contingencias	Hasta 15 puntos
3.- Características adicionales de los vehículos	Hasta 5 puntos

Los dos concretos apartados, por lo tanto, que pudieron verse afectados por la información incluida en el sobre B son el tiempo de respuesta ante incidentes y el tiempo de respuesta para el relevo de los vehículos. El pliego señala lo siguiente respecto a su valoración:

*“2.-TIEMPO DE RESPUESTA ANTE INCIDENCIAS (Hasta 6 puntos)*

*Se valora en este apartado el tiempo de respuesta en presencia física ante incidencias. De acuerdo con el apartado 3.2.2. del PPT el tiempo máximo es de 45 minutos. Por lo tanto, la puntuación correspondiente a este criterio se valorará de la forma siguiente:*

*La puntuación máxima (6 puntos): A la oferta que presente un menor tiempo de respuesta (en minutos).*

*Las demás ofertas serán valoradas proporcionalmente*

*Los licitadores deberán ofertar este tiempo EN MINUTOS, no tomando en consideración aquellas ofertas que indiquen otras fracciones o expresiones tales como INMEDIATO, que se valorarán con 0 puntos”*

*3.-TIEMPO DE RESPUESTA PARA SUSTITUCIÓN DE VEHÍCULOS (Hasta 6 puntos)*

*Se valora en este apartado el tiempo de respuesta para sustitución de vehículos que se encuentren inutilizables temporalmente para el servicio. De acuerdo con el apartado 3.4 del PPT el tiempo máximo es de 180 minutos (3 horas). Por lo tanto, la puntuación correspondiente a este criterio se valorará de la forma siguiente :*

*La puntuación máxima (6 puntos): A la oferta que presente un menor tiempo de respuesta (en minutos).*

*Las demás ofertas serán valoradas proporcionalmente*

*Los licitadores deberán ofertar este tiempo EN MINUTOS, no tomando en consideración aquellas ofertas que indiquen otras fracciones o expresiones tales como INMEDIATO, que se valorarán con 0 puntos”.*

El recurrente reconoce la utilización de la expresión “inmediato” en tres páginas concretas de su propuesta técnica:

*“Página 5 de 34 del Plan de mantenimiento se dice:*

*La detección de las averías viene dada en primer lugar por el mantenimiento y en segundo lugar, por las hojas de parte de incidencias entregadas por los usuarios al final de su jornada cuando se detecta la anomalía, o bien durante el servicio con una*



*comunicación de aviso de avería porque se considere que el vehículo no puede continuar y debe ser reemplazado de forma inmediata*

*- Página 8 de 34, se dice:*

*En las reparaciones de mantenimiento correctivo el tiempo de respuesta debe de ser inmediato de manera que no se comprometa la seguridad del servicio.*

*- Y en la página 26 de 34 se dice:*

## **2.PLAN DE CONTINGENCIAS**

*En este apartado la Empresa licitadora, como buena conocedora de la relación existente entre la calidad del servicio y disponibilidad de flota, a fin de optimizar el grado de cumplimiento de servicios y tiempos, y de la importancia en la prestación de los mismos el tiempo de respuesta ofertado ante averías, piezas de recambio y asistencia técnica será INMEDIATO, siempre de acuerdo a los tiempos indicados en el PPT, atendiendo sin demora cualquier avería, necesidad de recambio o de asistencia técnica”.*

El órgano de contratación en su informe se refiere específicamente a este último apartado, por lo que parece fue el único determinante de la exclusión. Por lo tanto, procede determinar si ese concreto apartado puede influir en la valoración a efectuar del sobre B, de tal manera que se vulnere el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Hay que tener en cuenta que el PCAP respecto a este criterio no evaluable de forma automática señala:

*“2. Plan de contingencias (hasta 15 puntos): en este apartado se valorará la planificación prevista para la resolución de las incidencias, tanto las previstas (revisiones reglamentarias, ITV, etc.) como las imprevistas (accidentes, incidencias, etc.).*

*2.1 Planificación de la resolución de contingencias (hasta 10 puntos): además de los tiempos de respuesta valorados en los criterios automáticos, se valorará la sistemática, metodología y recursos ofrecidos para solventar las posibles incidencias ocurridas con los vehículos ofertados*

*2.2. Sistemática de comunicación de dichas contingencias (hasta 5 puntos): se valorará la metodología y medios para informar de las posibles incidencias con los vehículos y la resolución de las mismas.”*

Lo primero que concluimos de la lectura del PCAP es que diferencia con claridad lo que se valorará en el sobre B y en el C. El sobre B se refiere a la

planificación en la resolución de incidentes, a la “sistemática, metodología y recursos ofrecidos”, sin que se necesitase para dar cumplimiento a este criterio mención alguna al tiempo de respuesta ante las averías, aspecto a incluir en el sobre C. Incluso recoge expresamente que los tiempos de respuesta se valorarán en los criterios automáticos.

En este sentido, las expresiones recogidas en el apartado del “plan de contingencias” de la recurrente, y que motivaron su exclusión, no se ajustan a lo exigido en ese criterio. Es más, ya anticipamos que este Tribunal entiende que, tal y como interpretó la mesa de contratación, esas expresiones suponen una anticipación del contenido del sobre C de la recurrente determinante, por lo tanto, de su exclusión.

Hay que destacar, por un lado, que la oferta, en su original, recoge la expresión “inmediato” con caracteres tipográficos destacables, en mayúsculas, negrita y subrayado, lo que determina la importancia que se le quiere dar a esa expresión. Además, señala literalmente que ese será el “tiempo de respuesta ofertado ante averías” y también reitera que se atenderá “sin demora” cualquier avería.

Añadir que no sólo la legislación determina el carácter secreto de las ofertas, sino que los pliegos son claros al determinar en la cláusula 5 que “en este SOBRE B no se puede incluir información alguna que permita conocer la oferta... relativa a los criterios valorables de forma automática”, y al reiterarlo nuevamente al indicar cómo se puntuará el sobre B.

A este respeto, es preciso referirse nuevamente a la reiterada doctrina de que los pliegos son la ley del contrato, y a ellos han de ajustarse tanto los licitadores como el órgano de contratación, tal y como ya indicamos en varias de las resoluciones de este TACGal (por todas, la resolución 4/2018).

La recurrente alega que la expresión “inmediato” no determina su oferta en el sobre C, ya que esta debe expresarse en minutos, por lo que no vulnera el secreto de su oferta.

Ante este argumento cabe precisar lo siguiente. Como señala la doctrina ya expresada anteriormente, el mantenimiento del secreto de las proposiciones no es una cuestión puramente formal, sino que es determinante para dar cumplimiento a los principios de no discriminación y de igualdad entre los licitadores. Y este principio se vulnera siempre que la información expresada en el sobre B permita influir en la valoración a efectuar, sin que sea necesario examinar si la información anticipada en el sobre B resulta ratificada en la apertura del sobre C.

Por lo tanto, toda vez que el criterio a valorar en el sobre C, en lo que afecta a este recurso, se refiere al tiempo de respuesta ante averías y que la recurrente expresa con claridad en su sobre B que ese tiempo de respuesta ofertado será inmediato, no cabe otra conclusión que entender que esa información sí es relevante y rompe con el secreto de su oferta. Y para llegar a esa conclusión no es preciso conocer exactamente cuáles serán los minutos ofertados en el sobre C, puesto que ya se sabe, por voluntad de la licitadora, que serán mínimos.

En definitiva, no nos encontramos ante un error formal que venga dado por una oscura redacción de los pliegos, sino ante un defecto sustantivo y consciente consecuencia claramente de la falta de diligencia de la recurrente en la redacción de su oferta. Y como señala la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), es el licitador quien debe responsabilizarse de la corrección de su oferta:

*“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”*

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por EMPRESA MONFORTE S.A. contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “arrendamiento, sin opción de compra, de 9 vehículos tipo turismo para la Unidad de hospitalización a domicilio del Hospital Marítimo de Oza, dependiente de la Gerencia de gestión integrada de A Coruña”.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.