RE 047/2015

Acuerdo 61/2015, de 15 de mayo de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por SERVICIOS DE TELEASISTENCIA, S.A, frente a su exclusión en la licitación «Prestación del Servicio de Atención Social de Guardia Permanente para mujeres víctimas de violencia en Aragón. Años 2015 y 2016», promovido por el Instituto Aragonés de la Mujer.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de noviembre de 2014 se publicó, en el Boletín Oficial de Aragón, el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Prestación del Servicio de Atención Social de Guardia Permanente para mujeres víctimas de violencia en Aragón. Años 2015 y 2016», convocado por el Instituto Aragonés de la Mujer (en adelante IAM), contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II 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), tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, tramitación anticipada, con un valor estimado de 159 510 euros, IVA excluido.

SEGUNDO.- Este Tribunal resolvió por Acuerdo 32/2015, de 12 de marzo, el recurso especial 30/2015, planteado por SERVICIOS DE TELEASISTENCIA, S.A, (en adelante ST) frente a su exclusión de la licitación, y frente a la adjudicación del contrato, en el sentido de estimar el mismo, anular la adjudicación y ordenar la retroacción de

actuaciones, a fin de que la Mesa de contratación admitiera a ST, para —tras la apertura en actos públicos de sus Sobres 2 y 3— poder incorporar la propuesta a la valoración, y proponer al órgano de contratación nueva adjudicación del contrato, en los términos que resulten de esos trámites.

Por Acuerdo 33/2015, de 12 de marzo, este Tribunal resolvió el recurso especial, interpuesto por el COLEGIO PROFESIONAL DE DIPLOMADOS EN TRABAJO SOCIAL Y ASISTENTES SOCIALES DE ARAGÓN, frente a la adjudicación del contrato, en el sentido de inadmitir el mismo, dada la perdida sobrevenida de su objeto.

TERCERO.- Consta en el expediente que, en cumplimiento del Acuerdo 32/2015 citado, se reunió la Mesa de contratación el 17 de marzo de 2015, para proceder a la apertura del Sobre nº DOS de ST, y su entrega a los técnicos del IAM, para que procedieran a su valoración.

La Mesa de contratación se reúne nuevamente el 19 de marzo de 2015, en acto público, analiza el informe técnico y acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de ST del procedimiento de adjudicación, por lo siguiente:

«en el proyecto técnico (apdo. 4.1.2 pág. 13 y 4.1.3 pág. 14) se hace referencia de forma reiterada al aumento del número de profesionales que van a prestar el servicio "dos equipos de intervención social por provincia integrados, cada uno de ellos, por tres trabajadores sociales" y este es un dato que luego se va a valorar como mejora, según se señala en el Anexo VII del PCAP "Disponibilidad de mayor número de profesionales adscritos al servicio que cumplan con los requisitos mínimos exigidos en los pliegos"…».

Por Resolución de la Directora del IAM, de 19 de marzo de 2015, trasladada a ST el 30 de marzo de 2015, se acuerda la exclusión de la licitadora del procedimiento, por incluir en el Sobre nº DOS

documentación a incorporar en el Sobre nº TRES, en contra del artículo 145.2 TRLCSP, artículo 26 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), y cláusula 2.2.4.2 del PCAP, indicando como recurso procedente el recurso especial en materia de contratación.

CUARTO.- El 17 de abril de 2015, tiene entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dª. Beatriz Alejo Salguero, en representación de ST, contra la Resolución de la Directora del IAM, de 19 de marzo de 2015, notificada el 30 de marzo de 2015, por la que se excluía a la mercantil de la licitación.

La recurrente, ha cumplido, lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP, que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente al órgano de contratación la interposición del recurso, y así lo hizo el 9 de abril de 2015.

El recurso alega, en síntesis, y fundamenta lo siguiente:

a) Que ST ha cumplido íntegra y escrupulosamente las normas contenidas en el PCAP; en el Pliego de Condiciones Técnicas Particulares (en adelante PCTP); y ha respetado el contenido del artículo 145 TRLCSP, que establece que «*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*».

Entiende que de la lectura del PCAP se deduce que lo que éste prohíbe o sanciona es que se incluya, en el Sobre nº DOS, documentación propia del Sobre nº TRES. Obligación que cumplió la recurrente, ya que lo que se le achaca es haber incluido en el Sobre nº DOS «*información*» que al órgano resolutorio le parece que debía ir en el Sobre nº TRES, hecho no sancionado de ninguna manera en el PCAP, por lo que se extralimitó en su potestad y se excluyó a ST de forma indebida.

Aduce que la información facilitada, que ha servido de motivo de exclusión, era necesaria para cumplir con las prescripciones del PCAP, ya que en su Anexo VI 1.1 se establecía que los licitadores debían poner de manifiesto en su oferta, entre otras cosas, una «*Propuesta de organización del servicio, incluyendo propuestas para lograr una mayor rapidez e inmediatez en la presencia del/la profesional en el lugar donde se encuentre la mujer objeto de intervención*». El proyecto técnico de ST explica de manera concreta cómo se va a prestar ese servicio, dotándolo de una mayor rapidez e inmediatez en la intervención.

Afirma que la mención que se hace de los EIS (Equipos de Intervención Social) y el número de trabajadores a jornada parcial ubicados en sitios estratégicos, es fundamental para entender que la propuesta de ST funcionaba de forma más eficaz que la planteada por el poder adjudicador, pero ello no implica que los trabajadores tuvieran la cualificación y requisitos que se exigen en el Anexo VII del PCAP para su valoración como mejora. Además, la lectura de las cláusulas del PCTP que identifica, lleva a la conclusión de que la información suministrada por ST, y que ha

servido de motivo de exclusión, fue solicitada expresamente por el poder adjudicador.

b) Alega que, en todo caso, de considerarse la información dada por ST como incorrecta, ello se debería a la confusión en la redacción de los Pliegos de la licitación, e inducción de éstos a facilitar la información suministrada en el proyecto técnico. Por ejemplo, en el Anexo VI del PCAP se desprende que se debe exponer la organización del servicio sin limitación de información, entre otros aspectos. O del PCTP se desprende que debe darse información de establecimiento de guardias, cobertura de bajas etc.

   De esta manera, se indujo a ST a explicar cómo y con qué medios iba a organizar el servicio y de qué forma iba a dotar al mismo de la máxima eficacia, por lo que si el poder adjudicador quería limitar esa información, debía haberlo hecho saber a los licitadores, cosa que no hizo.

   Por ello, considera desproporcionado y contrario a la equidad, que los poderes adjudicadores tengan la facultad de seleccionar qué regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o al contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones.

   Recuerda, con cita y reproducción de jurisprudencia relevante, que el ordenamiento jurídico de la contratación pública se basa en los principios de la buena fe y confianza legítima, como elementos interpretativos de los contratos. Es la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se

corresponde con una autorresponsabilidad cuando no se cumple satisfactoriamente con ella. En consecuencia, la Administración no puede salvar la contradicción que pudiera existir entre las cláusulas indicadas mediante una interpretación que perjudique a quienes cumplieron con lo establecido en ellas.

c) Considera que, en todo caso, no ha existido vulneración del principio de libre concurrencia, ni infracción por parte de ST del deber de secreto de las ofertas, en los términos fijados por la doctrina de los Tribunales administrativos de contratos que cita.

A estos efectos, además de lo ya señalado, sostiene que el hecho de que en el Sobre nº DOS se incluyera «*información*» facilitada por ST —que no «*documentación*»— no vulnera el deber de secreto de las ofertas contenido en los artículos 145.2 TRLCSP y 26 RGLCSP, ya que hay que ponderar si dicha información puede, o no, vulnerar el secreto pro desvelar un dato hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación.

Destaca que en la Resolución de exclusión se ha omitido la expresión «*(a jornada parcial)*» de la que determinó la exclusión. De manera que la expresión completa, contenida en su propuesta, es: «*asignaremos dos E.I.S. por provincia integrados, cada uno de ellos, por tres trabajadores sociales (a jornada parcial)*». Expresión que corrobora que lo señalado no constituye necesariamente una mejora respecto del mínimo exigido.

Recuerda que para determinar si una oferta vulnera el deber de secreto es necesario que el órgano de contratación realice una interpretación sistemática y finalista de dicha vulneración y que, además, acredite de forma racional el incumplimiento del

licitador de este deber de no adelantar la oferta de forma anticipada, y esta obligación de interpretación no se ha hecho por parte de la Administración, por lo que la Resolución es totalmente arbitraria.

Finalmente considera que al haber sido excluida ST del procedimiento con anterioridad (injustificadamente, como reconoció el TACPA en su Acuerdo 32/2015) no puede entenderse que con la información «*pretendidamente adelantada*» se haya vulnerado el secreto de las ofertas, ni conculcado el principio de igualdad de trato, pues el poder adjudicador ya contaba con la información del resto de licitadores. Resulta así que ST no se coloca en una mejor posición por verter dicha información, sino que parte de una situación de clara desventaja.

Por lo expuesto solicita que se anule la Resolución de 19 de marzo de 2015, de la Directora del IAM, mediante la que se acuerda la exclusión de su representada del procedimiento de licitación del contrato, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento mismo de la exclusión.

QUINTO.- Con fecha 20 de abril de 2015, el Tribunal solicita al IAM, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del expediente. El día 24 de abril de 2015 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

SEXTO.- Con fecha 27 de abril de 2015, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

SÉPTIMO.- El 4 de mayo de 2015, Dª. Meritxell Laborda Montalbán, en representación de ASOCIACIÓN CULTURAL Y DEPORTIVA OCÉANO ATLÁNTICO (en adelante OCÉANO ATLÁNTICO), presenta ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, escrito en el que se opone al recurso interpuesto y solicita su desestimación, alegando, que la Resolución impugnada es ajustada a Derecho, pues el artículo 79 TRLCSP impone el carácter secreto de las proposiciones para garantizar que el procedimiento sea objetivo. Por ello, su vulneración solo puede provocar la exclusión del procedimiento, con cita y reproducción de jurisprudencia del TS (Sentencia de 22 de octubre de 2014).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de SERVICIOS DE TELEASISTENCIA, S.A. para interponer recurso especial, y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto 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 de la categoría 25 del Anexo II TRLCSP, de valor estimado superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado. A estos efectos, el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas

Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón) delimita cuáles son los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en concreto los referidos en el artículo 40 del TRLCSP, así como contratos de obras de importe superior a 1 000 000 euros y de suministros y servicios superior a los 100 000 euros. El recurso se plantea, además, en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo planteada se refiere a la regla del secreto de las proposiciones, que el TRLCSP, y su normativa de desarrollo, asienta sobre dos principios básicos. El primero, evitar «manipulaciones» de los licitadores con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del sistema de contratación. El segundo, garantizar que las ofertas económicas, y demás aspectos evaluables mediante fórmulas, no sean conocidos en tanto sean objeto de valoración las proposiciones técnicas, para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico, al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en estos aspectos reglados o automáticos.

Es ésta, por lo demás, una práctica derivada del derecho a una buena administración que explica la exclusión del licitador que la incumple, y por la que debe exigirse la debida diligencia a los licitadores al presentar y documentar sus ofertas, en aras a preservar la finalidad del procedimiento y los principios de igualdad de trato que lo inspiran (por todas, STJUE de 16 de septiembre de 2013).

Pero para determinar si la oferta de una empresa ha incumplido el requisito esencial de secreto de la proposición, es necesario realizar una interpretación finalista y sistemática (Acuerdos 16/2011 y 33/2012, de

este Tribunal), que obliga al órgano gestor a acreditar de forma racional el incumplimiento del licitador de este deber de no desvelar la oferta valorable con criterios objetivos de forma anticipada. Y no son suficientes meras suposiciones, o juicios de valor técnico, que no permitan constatar de forma fehaciente este incumplimiento, pues lo contrario, cuando menos, quebraría el principio de proporcionalidad y conllevaría una contravención del principio de igualdad de trato y, además, en tanto restrictiva de la concurrencia, el de eficiencia.

Así lo ha establecido la Audiencia Nacional en su Sentencia 5035/2012, de 6 de noviembre de 2012, cuando señala: «*Lo relevante, sin embargo, 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*».

Esta posición se resume, por el Consejo de Estado 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 si 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».

Un resumen de las numerosas incidencias que en esta cuestión, han sido objeto de pronunciamientos de los órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, se contiene en el Informe 12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, a cuyo contenido se remite este Tribunal administrativo.

Finalmente, como también ha recordado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe 8/2014, «*si no se ha vulnerado el secreto de las ofertas, ni el deber de no tener conocimiento del contenido de la documentación relativa a los criterios de valoración objetiva antes de la relativa a los criterios de valoración subjetiva, no procede la exclusión de las empresas licitadoras por el solo hecho de que éstas hayan incurrido en un error al introducir en los sobres la documentación de sus ofertas. Ciertamente, este hecho puede comportar –y sin duda en ocasiones comportará– que aquella vulneración se produzca, pero, por sí solo, no tiene que tener el efecto automático de implicar la exclusión de la empresa licitadora de quien provenga, si efectivamente la vulneración a que nos referimos no se llega a producir*».

TERCERO.- Fijados los parámetros jurídicos de la cuestión objeto de controversia, procede analizar el marco fáctico. Para ello, se debe examinar el contenido del PCAP del contrato de referencia, que regula la documentación que han de presentar los licitadores, en tres sobres; y, a los efectos del recurso, el criterio sujeto a evaluación posterior que, a juicio del IAM, se ha visto «*contaminado*» por el contenido de la propuesta de ST incorporada en el Sobre nº DOS.

Así, determina el Anexo VII del PCAP, como criterio de adjudicación sujeto a evaluación posterior (además de la valoración económica de la oferta), el siguiente:

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	***FÓRMULA***	***PONDERACIÓN***
«Disponibilidad de mayor número de profesionales adscritos al servicio, que cumplan con los requisitos mínimos exigidos en los pliegos. *DOCUMENTACIÓN: Título Académico de Diplomatura o Grado en Trabajo Social, contrato de trabajo y certificado de la Administración Pública o de la empresa contratante en el que se especifique el trabajo desempeñado y el tiempo de desempeño y certificados de los cursos de formación en violencia de género realizados».*	*Por cada profesional adicional adscrito al servicio: 1 punto hasta un máximo de 2 puntos*	***Hasta 2 puntos***

Por su parte, el Anexo VI del PCAP, destinado a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa, recoge, entre otros, el siguiente:

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	***PONDERACIÓN***
CRITERIO: PROYECTO DE TRABAJO (Metodología a utilizar para la prestación del servicio).	

DOCUMENTACIÓN: Para la valoración del criterio se tendrán en cuenta los siguientes parámetros: *«1. Propuesta de organización del servicio, incluyendo propuestas para lograr mayor rapidez e inmediatez en la presencia del/la profesional en el lugar donde se encuentre la mujer objeto de intervención.* *(…)*	***Hasta 12 puntos***

Es en el seno de esta última documentación, en la que ST introdujo los datos que determinaron su exclusión en esta fase del procedimiento. En concreto, en su apartado 4.1.2 *«PERSONAL A ASIGNAR A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO»,* con la mención literal «*Asignaremos dos E.I.S. por provincia, integrados, cada uno de ellos por tres trabajadores Sociales (a jornada parcial)*». Y en al apartado 4.1.3 *«COBERTURA DEL SERVICIO EN CASO DE AUSENCIAS DE PERSONAL*», cuando señala, «*Superando las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas, en los EIS asignaremos a tres Trabajadores/as Sociales por provincia en lugar de a dos, por lo que la ausencia de uno de ellos/as podrá ser fácilmente cubierta*».

Pues bien, ninguno de los principios a que se ha hecho referencia en el antecedente anterior se incumplió. Pues como señala la recurrente —y no desvirtúa el IAM en su informe al recurso, que se limita a reproducir hasta en tres ocasiones el contenido del acta de la Mesa en la que se contiene la exclusión—, la mera mención a los EIS y al número de trabajadores que integrarían cada uno de ellos, no implica, ni presume, que los adicionales al mínimo exigido (y acreditado en la documentación administrativa incorporada al Sobre UNO), tengan la cualificación y requisitos que se exigen en el Anexo VII para su valoración como mejora. En consecuencia, no cabe sino una mera presunción, en base a la cual no es posible resolver una exclusión de la licitación en contra de los principios de buena fe objetiva, confianza legítima y de interpretación «*contra proferentem*».

Procede, por tanto, estimar el recurso presentado y considerar indebida su exclusión de la licitación, ordenado la retroacción de actuaciones a ese momento procedimental, para la valoración de la oferta de ST.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado por Dª. Beatriz Alejo Salguero, en nombre y representación de SERVICIOS DE TELEASISTENCIA, S.A, frente a la Resolución de la Directora del IAM por el que se acuerda su exclusión de la licitación denominada «Prestación del Servicio de Atención Social de Guardia Permanente para mujeres víctimas de violencia en Aragón. Años 2015 y 2016», promovida por el IAM. Anular el acto de exclusión y ordenar la retroacción de actuaciones, a fin de que la Mesa de contratación admita a la recurrente, para —tras la valoración de su propuesta técnica y apertura en acto público de su Sobre nº TRES— poder incorporar la propuesta a la valoración, y proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato, en los términos que resulten de estos trámites.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El IAM deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.