



EB 2012/040

Resolución 96/2012, de 12 de diciembre de 2012, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, por la que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE formada por las empresas Akropost Gipuzkoa, S.L. / Akropost Servicios Postales del País Vasco, S.A. / MF Publimailing, S.L. frente al acuerdo de la mesa de contratación adoptado el 23 de abril de 2012 que excluye su oferta de la licitación del contrato de “prestación de los servicios postales de la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por resolución de 20 de febrero de 2012 el Gerente de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (en adelante UPV/EHU) aprobó el expediente, el gasto por importe de 699.028,78 €, IVA incluido, y autorizó la apertura del procedimiento de adjudicación en la forma de procedimiento abierto del contrato mencionado en el encabezamiento.

El anuncio de licitación fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el 23 de febrero de 2012, así mismo fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 49 de 27 de febrero de 2012, sin que conste en el expediente la publicación en el perfil de contratante, tal y como exige el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

La mesa de contratación de la UPV/EHU en su reunión de el 23 de abril de 2012, al examinar los sobre de documentación administrativa de capacidad y solvencia, “sobre nº 1” detectó que «La UTE formada por Akropost Gipuzkoa, S.L. / Akropost Servicios Postales del País Vasco, S.A. / MF Publimailing, S.L., ha presentado en el sobre 1 (documentación para acreditar capacidad y solvencia), documentos y datos relativos al sobre 3, documentación de juicio de valor (Anexo con las mejoras ofertadas).» y «(...) en aplicación de lo establecido en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los puntos 7 y 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas y en virtud de las funciones que tiene atribuidas en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, acuerda EXCLUIR a la UTE, formada por las empresas Akropost Gipuzkoa, S.L. / Akropost Servicios Postales del País Vasco, S.A. / MF Publimailing, S.L. de la licitación del PA 3/12.».

SEGUNDO: El día 7 de mayo de 2012 tiene entrada en el registro de la UPV/EHU el recurso interpuesto por la UTE formada por las empresas Akropost Gipuzkoa, S.L. / Akropost Servicios Postales del País Vasco, S.A. / MF Publimailing, S.L. (en adelante UTE recurrente) contra el acuerdo de la mesa de contratación transcrito en el párrafo anterior.



El expediente es remitido por la UPV/EHU el día 10 de mayo de 2012 y tiene entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante OARC/KEAO) el día 16 de mayo de 2012.

El día 22 de mayo de 2012 desde OARC/KEAO se remitió copia del recurso a las empresas interesadas en el procedimiento, otorgándoles un plazo de 5 días hábiles para formular las alegaciones oportunas. Transcurrido dicho plazo, se han recibido alegaciones de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (en adelante Correos)

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Con carácter previo debe señalarse que la UTE recurrente califica el recurso interpuesto de Alzada, cuando el recurso que corresponde a la actuación de la mesa de contratación es el especial en materia de contratación previsto en los artículos 40 y ss del TRLCSP.

A este respecto debe señalarse que según el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común «2. El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.» En consecuencia, debe admitirse y resolverse como un recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO: Queda acreditada en el expediente la legitimación de la UTE recurrente, y la representación del compareciente D. I. B. M. para la interposición del recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 44. 4. a) del TRLCSP.

TERCERO: El artículo 310.1. a) LCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

En el presente caso se trata de un contrato de servicio de la categoría 4 del anexo II del TRLCSP (código CPV 60160000), con un valor estimado a efectos del artículo 88 del TRLCSP de 1.398.057,56 €, IVA excluido.

CUARTO: El artículo 40.2. b) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso:



«b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»

La UTE recurrente interpone su recurso frente al acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de su oferta de la licitación.

QUINTO: A tenor del artículo 44.2. b) del TRLCSP:

«2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción»

Según consta en el expediente administrativo, la UTE tuvo conocimiento de la exclusión el día 24 de abril de 2012 y el recurso tuvo entrada en el registro de la UPV/EHU el día 7 de mayo, dentro del plazo de 15 días hábiles que prevé el artículo transcrito.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, tiene la condición de Administración Pública a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2.c) del TRLCSP.

Por tanto, sus contratos tienen carácter administrativo y su régimen jurídico es el previsto en el artículo 19 del TRLCSP y por lo indicado en la cláusula 3.- “RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO” del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato.

SÉPTIMO: Expuesto de manera sucinta, la UTE considera subsanable el hecho que motiva su exclusión y lo fundamenta en que en los pliegos de condiciones técnicas y administrativas no existe ningún punto por el que se puntúen las mejoras y, por tanto, no desvirtúa ni condiciona la oferta presentada por la UTE ni da a conocer hechos relevantes de la oferta. Las mejoras no son relevantes ni vinculantes y no deben ser consideradas como un hecho excluyente. Considera que la literalidad de la cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) lleva a equivoco y transcribe su contenido.



Piden que sus pretensiones sean admitidas y, para el caso de que no ser admitidos los hechos expuestos en el párrafo anterior, solicitan que se destruya el Anexo de mejoras incluido en el sobre 1 o que no sea aceptado expresamente tal y como reza la cláusula 16.1 del PCAP, y que no se les tenga en cuenta ni se les puntúe por ninguna de las mejoras propuestas, aunque se obliguen a la realización de las mismas en caso de consecución del concurso, continuando normalmente con la valoración de la oferta presentada y renunciando a la exclusión de su oferta.

La UPV/EHU en el informe que acompaña a la remisión del expediente administrativo muestra su desacuerdo con la UTE recurrente y alude a los puntos 7 y 8 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), donde se establece expresamente que los licitadores deben incluir en sobre 3 “Descripción de las mejoras ofertadas respecto a las prestaciones descritas en el punto 2”. Fundamentan la decisión de la mesa de contratación en el informe 43/02 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Correos, por su parte, también manifiesta su desacuerdo con la pretensión de la UTE recurrente, basando su alegación en el artículo 145.2 del TRLCSP, el artículo 80 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RLCAP). Invocan, igualmente, el informe 43/02, anteriormente citado, y los informes 20/07 y 62/08 del propio órgano consultivo. Frente al contenido de la cláusula 16 del PCAP, que el recurrente define como equivoco, consideran que dicha cláusula se refiere a los sobres 2 y 3, es decir, a cuestiones técnicas o que requieren un juicio de valor, no haciendo mención a la clasificación y solvencia de la empresa (sobre 1) por lo que entiende que no puede fundamentarse la pretensión del recurrente en ese apartado.

OCTAVO: Para la resolución del presente recurso especial es preciso examinar los contenidos del punto 31.3.- de la carátula del PCAP, de la Cláusula 16.1.- del PCAP y de su Anexo IX, así como de los puntos 7.- “PRESENTACIÓN DE OFERTAS” y 8.- “CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN” del pliego del PPT, todos ellos relacionados con la documentación a presentar sobre mejoras y su valoración como criterio de adjudicación, que a continuación se transcriben.

PCAP

«31.3.- Entre los criterios de valoración de las ofertas se contempla el concepto otras mejoras consistentes en prestaciones adicionales sobre las prescritas y no incluidas en otros criterios de valoración (sí/no): SI, ver PPT, punto 7.

16.- CLÁSULAS COMUNES A LOS SOBRES 2 Y 3, Y OTROS SOBRES.

16.1.- Mejoras: En el caso de que entre los criterios de valoración de las ofertas figure el concepto otras mejoras, consistentes en prestaciones adicionales sobre las obligaciones prescritas y no incluidas en otros criterios de valoración se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) Las citadas mejoras no repercutirán en el precio del contrato, se ofertarán conforme al anexo IX de este pliego y formarán parte del contrato en el caso de que sean expresamente aceptadas por la Administración.
- b) Dichas mejoras, con las características recogidas en el enunciado del concepto, para que puedan tener incidencia en la valoración de la oferta se ofertarán respetando los límites, en su caso establecidos en el punto 31.3 de la Carátula.



c) En cualquier caso, cada una de las mejoras ofertadas se considera independiente, de tal forma que, el órgano de contratación podrá optar por incluir dentro de contrato una, varias o ninguna.»

(...)

ANEXO IX DEL PLIEGO

(presentación de mejoras para el supuesto de que entre los criterios de valoración de ofertas se contemplen mejoras)

PROPUESTA DE OTRAS MEJORAS, SIN INCREMENTO DEL PRECIO OFERTADO, CONSISTENTES EN PRESTACIONES ADICIONALES SOBRE LAS OBLIGACIONES PRESCRITAS EN EL CONTRATO Y NO INCLUIDAS EN OTROS CRITERIOS DE VALORACIÓN

(...).

Cada una de las mejoras se considera independiente, de tal forma que el órgano de contratación podrá optar por incluir dentro del contrato alguna, varias o ninguna de ellas.

MEJORA nº.	
Descripción de la mejora	

PPT

«7.- PRESENTACIÓN DE OFERTAS

SOBRE 3 Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor, los licitadores deberán incluir:

Relación de los documentos que se incluyen en el sobre.

A) (...).

B) Descripción de las mejoras ofertadas respecto a las prestaciones descritas en el punto 2.

La presentación en este sobre de documentos o datos relativos a la oferta económica u otros criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, conllevará el rechazo de la oferta presentada por el licitador.

8.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

SOBRE 2 Oferta económica y criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas (80 puntos)

1) PRECIO. 70 puntos.

(...)

2) REDUCCIÓN DE PLAZOS DE ENTREGA (10 puntos)

SOBRE 3 Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (20 puntos)

.- Sistema de devoluciones de envíos postales y plazos: 5

.- Sistemas de gestión que ofrecen (ej. Pasar varias veces al día por cada centro) 10

.- Sistema de seguimiento on line de envíos registrados: 5»

NOVENO: La cuestión de fondo del presente recurso estriba en determinar las consecuencias que se derivan del hecho de que la UTE recurrente haya introducido en el “Sobre 1- REQUISITOS DE CAPACIDAD Y SOLVENCIA” documentación correspondiente al “Sobre 3- CRITERIOS CUYA APLICACIÓN REQUIERE REALIZAR UN JUICIO DE VALOR”.



En primer lugar, debemos referirnos al Informe 43/02, de 17 de diciembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que invocan tanto la UPV/EHU como Correos. En este informe, se afirma que «El artículo 79.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, después de proclamar el principio de que las proposiciones de los interesados serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, establece en su apartado 2 que las proposiciones irán acompañadas, en sobre aparte, de los documentos que acrediten la personalidad jurídica y representación; los que acrediten la clasificación o justifiquen los requisitos de su solvencia económica financiera y técnica o profesional; (...).» Asimismo, señala que «(...), resulta evidente que la situación de hecho producida –inclusión en el sobre de la documentación general de aspectos técnicos de la proposición– infringe categóricamente los preceptos del artículo 79.1 de la Ley y los artículos 80, 81 y 82 del Reglamento, pues en el sobre de la documentación general se incluyen los aspectos técnicos, lo que no está legal ni reglamentariamente permitido y, sobre todo, contradice el principio del artículo 79.1 de la Ley de que las proposiciones deben ser secretas hasta el momento de la licitación pública, es decir, hasta el momento de apertura de las proposiciones.» El informe concluye afirmado que «(...), incluidos aspectos técnicos en el sobre de la documentación a que se refiere el artículo 79 de la Ley, dicha documentación debe ser rechazada sin que proceda la apertura del sobre conteniendo la proposición económica, y ello con fundamento en el citado artículo 79 y en los artículos 81, 82 y 83 del Reglamento.»

El artículo 145.2 del TRLCSP establece que «Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.»

Sobre el secreto de las ofertas, los artículos 27 y 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos de las Administraciones Públicas, establecen la secuencia de actuaciones en orden a garantizar el secreto de las proposiciones. Así, primero tiene lugar la apertura de la documentación administrativa y, en su caso, su subsanación. Posteriormente, se abre el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente (juicio de valor) y se valora la documentación contenida en el mismo. La ponderación asignada a estos criterios se da a conocer en el acto público de apertura del resto de la proposición y, finalmente, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática, que se efectúa siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

Desde este órgano resolutorio se ha manifestado en otras ocasiones que este orden pretende que la cuantificación de los criterios que dependen de un juicio de valor no se vea interferida por el conocimiento previo de los criterios cuantificables de manera automática y que, en definitiva, el conocimiento de elementos de un criterio de aplicación por fórmulas antes de la valoración de los elementos de juicio de valor no solo vicia el propio informe sino que es contrario a los principios de igualdad y transparencia al no guardarse el orden establecido en las normas de contratación sobre valoración de los criterios de adjudicación.

En el caso que nos ocupa debe valorarse si realmente se ha desvelado el secreto de las proposiciones cuando en el sobre 1- “REQUISITOS DE CAPACIDAD Y SOLVENCIA” se han introducido datos relativos al sobre 3- “CRITERIOS CUYA APLICACIÓN REQUIERE REALIZAR UN JUICIO DE VALOR”, concretamente el Anexo IX con las mejoras ofertadas.



Como ya se ha indicado el modo de presentación de las ofertas se halla regulado en el contrato impugnado tanto en la carátula y el PCAP como en el PPT. Del contenido del punto 7 del PPT, de la cláusula 16.1.- y del Anexo IX del PCAP debe deducirse que la presentación de mejoras tiene únicamente razón de ser cuando forman parte de los criterios de adjudicación. Pues bien, el punto 8 del propio PPT no hace alusión alguna a las mejoras como criterios de adjudicación, ni se infiere dato alguno para presuponer que están dentro de alguno de los criterios descritos. La propia cláusula 16.1 del PCAP condiciona el valor de las mejoras a que figuren entre los criterios de valoración de las ofertas, lo cual no es el caso.

En estas circunstancias, debe valorarse si realmente las mejoras forman parte de la oferta y si al introducir el Anexo IX en el sobre 1- se desvela el secreto de la oferta. A este respecto, este órgano resolutorio considera que a efectos de lo previsto en el artículo 145.2 del TRLCSP no forman parte de la oferta aquellos documentos que realmente no intervienen en el proceso de formación de la voluntad de quienes elaboran los informes de valoración de las propuestas, que posteriormente dan lugar a su clasificación en orden decreciente de valoración y, finalmente, a su adjudicación por el órgano de contratación. Las prestaciones contenidas en el Anexo IX podrán o no ser aceptadas y posteriormente ejecutadas pero, inicialmente, no forman parte del contenido obligatorio del contrato al no encontrarse dentro del objeto necesario ni pueden ser aceptadas ni valoradas como mejoras en los términos de la cláusula 16.1.- del PCAP puesto que entre los criterios de valoración de las ofertas (punto 8 de PPT) no figura tal concepto.

Lo dicho hasta ahora en ninguna manera contradice la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa fijada en el Informe 43/02, de 17 de diciembre de 2012, con la que este órgano resolutorio está totalmente de acuerdo. Debe reiterarse el parecer de que no puede hablarse de desvelo del secreto de la oferta cuando se hace a través de un documento que realmente no forma parte de la misma.

DÉCIMO: Finalmente, debe señalarse que la carátula PCAP contiene varias remisiones al PPT:

- 5.- Plazo de ejecución o fecha de entrega
- 14.- Penalidades
- 16.- Plazos de recepción y garantía de las prestaciones
- 19.- Características de la prestación propias del contrato de servicios
- 29.- Requisitos de capacidad y solvencia
- 30.- Criterios de valoración de las ofertas
- 31.- Documentación que debe presentar la licitadora al objeto de evaluar los criterios de valoración de las ofertas

El artículo 115 del TRLCSP regula el contenido de los PCAP, mientras que el artículo 117 del TRLCSP establece las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas.



Por su parte, los artículos 67 y 68 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), establecen respectivamente el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de los pliegos de prescripciones técnicas. Concretamente, el artículo 68.3 señala que «3. En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.»

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado por D. I. B. M., en representación de la UTE formada por las empresas Akropost Gipuzkoa, S.L. / Akropost Servicios Postales del País Vasco, S.A. / MF Publimailing, S.L. frente al acuerdo de la mesa de contratación adoptado el 23 de abril de 2012 que excluye su oferta de la licitación del contrato de “prestación de los servicios postales de la Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea”.

SEGUNDO: Declarar nulo el acuerdo de 23 de abril de 2012 de la mesa de contratación que excluye la oferta de la UTE de la licitación por haber presentado en el sobre 1 (documentación para acreditar capacidad y solvencia), documentos y datos relativos al sobre 3, documentación de juicio de valor (Anexo con las mejoras ofertadas).

TERCERO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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

QUINTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



SEXTO: Contra la presente resolución, ejecutiva 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 el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2012ko abenduaren 12a
Vitoria-Gasteiz, 12 de diciembre de 2012