



Recurso nº 038/2012

Resolución nº 088/2012

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 11 de abril de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.L.L. en representación de la Unión Temporal de Empresas MONFORTE S.A. y 19 más contra la resolución de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra por la que se le excluyó de la licitación convocada para adjudicar el contrato de servicios de transporte público discrecional de viajeros por carretera para el Ejército de Tierra con un valor estimado de 8.222.221,85 euros, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Jefatura de Asuntos Económicos del mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 27 de octubre de 2011 y en el Boletín Oficial del Estado el 5 de noviembre licitación para adjudicar por procedimiento abierto los servicios de transporte público discrecional de viajeros por carretera para el Ejército de Tierra con un valor estimado de 8.222.221,85 euros a la que presentó oferta, entre otras, la recurrente.

Segundo. Con fecha 16 de enero de 2012, el órgano de contratación, previa la apertura de las ofertas, acuerda excluir la presentada por la Unión Temporal de Empresas recurrente, notificándoselo el 10 de febrero siguiente, indicando como causa de la exclusión haberse comprometido *“a prestar el servicio con un 100 % de capacidad de bodega de los 120 dm³ por pasajero que recogen los Pliegos, cuando de la documentación técnica aportada se desprende que en todos los vehículos de su flota sólo alcanza el 39,10 %”*. En el mismo acto se acordó la exclusión, por motivos análogos, de la

Unión Temporal de Empresas constituida por La SEPULVEDANA S.A. y 14 más y la consideración como oferta económicamente más ventajosa, a la única no excluida, correspondiente a la integrada por ALIANZA BUS S.L.U. y 19 más.

Tercero. Contra dicha Resolución, la representación de la recurrente solicitó, mediante escrito presentado al Tribunal el 17 de febrero, la medida cautelar de suspensión del procedimiento e interpuso recurso especial, anunciado previamente al órgano de contratación el 14 de febrero y presentado ante este Tribunal el 28 de febrero solicitando que se deje sin efecto la resolución impugnada y se ordene la retroacción de actuaciones al momento anterior a la misma.

Cuarto. El 7 de marzo, el General Jefe de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra, remite informe al Tribunal junto con parte del expediente de contratación consistente en los siguientes documentos: Anuncio de información previa publicado en el Diario oficial de la Unión Europea, Informe justificativo de la necesidad del servicio, Informe favorable del Mando de Personal del Ejército sobre la carencia de medios, Informe del Coronel Jefe de la Sección de personal civil de la Subdirección I de Cuadros de mando de la Dirección de personal, Orden de inicio del expediente, Memoria justificativa del procedimiento de contratación aplicado y de los criterios de adjudicación fijados y, finalmente, Resolución acordando la tramitación de urgencia.

Quinto. El 29 de febrero el Tribunal acordó adoptar las medidas cautelares solicitadas y suspender la tramitación del procedimiento de contratación hasta la resolución del recurso, lo que fue notificado tanto a la recurrente como al órgano de contratación en la misma fecha.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, el 7 de marzo de 2012, dio traslado del recurso a las restantes empresas participantes en la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, de estimarlo oportuno, formularan las alegaciones que considerasen convenientes a su derecho, habiéndolo hecho la adjudicataria mediante escrito presentado el día 13 de marzo oponiéndose al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone contra el acto de exclusión de la proposición presentada por la recurrente correspondiendo, por tanto, a este Tribunal su resolución, de conformidad con los artículos 40.2, letra b) y 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. El recurso se refiere a un acto relativo a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que el acto impugnado es susceptible de recurso especial. El recurrente está legitimado para interponerlo (artículo 42 del Texto Refundido) y se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del mismo.

Tercero. El recurrente fundamenta su recurso en que el cumplimiento de los requisitos optativos relativos a las características técnicas de los vehículos ofertados no debe hacerse sino por el adjudicatario y en el momento de la ejecución del contrato, o, a lo sumo, en el de justificación de los medios a utilizar en la ejecución del contrato según lo previsto en el artículo 151.2 del Texto Refundido. En apoyo de este criterio aduce que la capacidad de bodega ofertada puede ser cumplida mediante la configuración adecuada del vehículo, aportando, junto con su escrito de interposición como medio de prueba de cuanto alega, certificaciones y documentación acreditativas de la posibilidad de cumplir con el requisito ofertado. A tal respecto afirma que si dicha documentación no se aportó con la proposición se debe a que *“el principio de mínima intervención y el de concurrencia aconsejan que no se dificulte la presentación de ofertas, exigiendo de antemano requisitos que sólo serían precisos de resultar adjudicatario. De ahí que si la Mesa albergaba dudas sobre la aptitud de los vehículos ofertados para cumplir con el requisito de bodega/pasajero, debió requerir, al menos, una aclaración, que como se ha visto no consiste en la acreditación de requisitos que no se cumplieran en el momento de la presentación de ofertas, sino que concurrían desde el momento en que se ofertaban vehículos aptos para proporcionar la bodega necesaria”*.

El órgano de contratación, en su informe, justifica la exclusión de la oferta del recurrente, en que, por una parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares (cláusula 11) exige que se aporte *“documentación suficiente para poder valorar todos y cada uno de*

los criterios de valoración de ofertas". Entiende que las condiciones ofertadas por el licitador, "a la postre, se convierten en obligaciones contractuales esenciales...", añadiendo que "la valoración que de la oferta se realizó estaba ceñida a la documentación que obraba en la misma, resultando de imposible conocimiento... cualquier otra que se aporta ahora". En base a ello y a que por tratarse de requisitos optativos "es el propio licitador quien determina ciertas características que han de cumplir sus vehículos" si del análisis de la documentación presentada se comprueba que no se cumplen dichas características, la proposición debe ser considerada "como irregular o inaceptable por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras recogida en el artículo 154.a) de la LCSP".

Por último, el representante de la Unión Temporal de Empresas adjudicataria, en sus alegaciones, entiende que el recurso debe ser desestimado por entender que la capacidad de bodega ofertada no es solo un compromiso de futuro, en la medida en que constituye un criterio para la valoración final de cada proposición por lo que no debe considerarse como un mero requisito optativo, pues "en el momento en que se incluye y acepta en la oferta formulada -y se pretende obtener puntos por ello- es un requisito vinculante". Asimismo considera que en la documentación presentada existe clara incongruencia entre la oferta formulada respecto de la capacidad mínima de bodega y la documentación presentada al efecto siendo, por ello, de aplicación el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según el cual: "Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada v admitida... será desechada por la mesa, en resolución motivada". Finalmente, entiende que tampoco era procedente otorgarle trámite de aclaraciones, pues lo que pretende "es realmente una reconfiguración de los términos de su oferta a fin de cumplir con uno de los requisitos técnicos relativos a los vehículos que afirmó que cumplía, pero que realmente no cumple".

Cuarto. Ante todo es preciso poner de manifiesto que la documentación remitida por el órgano de contratación carece por completo de relevancia a los efectos de resolver el presente recurso. En efecto, ninguno de los documentos remitidos formando parte del expediente puede ser tomado en consideración para formular un juicio sobre la cuestión

de fondo planteada. En consecuencia, y puesto que al remitir al órgano de contratación el escrito reclamando el expediente administrativo se remitió al mismo tiempo una relación del contenido mínimo del expediente a remitir que no ha sido atendida, este Tribunal no tiene más opción que resolver el recurso sobre la base de las cuestiones derivadas de los propios escritos y documentaciones presentadas por las partes y no discutidas por ellas.

Quinto. La cuestión de fondo que se plantea es si la oferta de la recurrente, debe ser excluida porque, de acuerdo con la documentación aportada en el sobre tres de la proposición, se considera que no puede cumplir uno de los compromisos de calidad a valorar, que la propia recurrente asumía en el sobre dos relativo a la proposición sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor. La cuestión a tenor de las alegaciones formuladas por todas las partes se plantea en un doble ámbito: si la oferta de calidad de los vehículos en lo referente a la capacidad de bodega debe considerarse como dato valorable a efectos de adjudicación o si debe serlo como una exigencia de adscripción de medios a la ejecución del contrato lo que llevaría como consecuencia a plantear en qué momento debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos técnicos de los medios ofertados.

Para resolver esta duda es preciso acudir al propio pliego cuya cláusula siete contiene una enumeración de los requisitos de calidad, optativos a tenor de la literalidad del pliego, entre los que se encuentra el que constituye el objeto de este recurso, que no deben ser calificados propiamente como mejoras a ofertar por parte de los licitadores. La calificación como tales mejoras implicaría que el ofertarlas o no es potestativo del licitador cosa que pugna con el empleo del término “requisitos” para referirse a ellos, pues al utilizarse tal expresión en el pliego claramente se está poniendo de manifiesto su condición de exigibles. Lo único que queda a la voluntad de los licitadores es el porcentaje de cumplimiento respecto de la cantidad expresada en el pliego con carácter orientativo. Pero al mismo tiempo que el pliego les atribuye la aludida condición de exigibles, los configura como criterios de adjudicación del contrato. A este fin, precisamente, la propia cláusula siete del pliego dispone que a estos requisitos se les aplique una puntuación máxima de cuatro puntos para la mejor oferta y un valor proporcional para las restantes.

Llegados a este punto surge la duda de si los mencionados requisitos sirven de base a criterios de adjudicación cuya valoración depende de un juicio de valor. Así los configura el pliego de cláusulas administrativas particulares al exigir que se incluya en el sobre dos (relativo a tales criterios) la oferta que con respecto de ellos realicen los licitadores.

Si tal fuera el criterio correcto, habríamos de considerar acertada la idea de que no podrían valorarse de conformidad con el contenido de los documentos incluidos en el sobre tres, relativo a los criterios evaluables mediante fórmulas.

En efecto, a este respecto, debemos indicar que, de conformidad con lo establecido por el pliego de cláusulas administrativas particulares, en la documentación incluida en el sobre número tres debe figurar la documentación suficiente *“para poder valorar todos y cada uno de los criterios de valoración de ofertas descritos en la cláusula 7”*. Por otra parte, en dicha cláusula siete se incluyen tanto los criterios valorables mediante fórmula como los que dependen de un juicio de valor. Con esta disposición del pliego de cláusulas administrativas particulares, se podría plantear la posibilidad de que, a la vista de la documentación del sobre tres, se revisara la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor. Sin embargo, el pliego no contempla esta posibilidad, ni podría contemplarla sin incumplir frontalmente el artículo 150.2, último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con el cual *“la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”* y su desarrollo reglamentario contenido en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, a tenor del cual *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”*. Del análisis conjunto de estos dos preceptos unido al contenido en el artículo 30.3 del Real Decreto citado (*“La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto*

al acto en que deba hacerse pública) se deduce que no es posible hacer depender la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor de la documentación obrante en el sobre que contiene los que se valoran en función de la aplicación de fórmulas.

Así las cosas y puesto que la cuestión de fondo planteada en el presente recurso se refiere a la evaluación de un denominado requisito optativo consistente en el compromiso del licitador de proporcionar vehículos para la realización de los viajes con una determinada capacidad de bodega es evidente que su valoración debe hacerse en los términos antedichos, no sólo en lo que respecta a la puntuación atribuible, sino también a la forma en que tal valoración debe llevarse a efecto.

A este respecto conviene aquí mencionar que el pliego fija el requisito optativo de capacidad de bodega en 120 dm³ por pasajero como mínimo, que deberá entenderse en sentido orientativo, pues de lo contrario deberían haber sido excluidos la totalidad de los licitadores toda vez que ninguno, salvo la recurrente, oferta una capacidad de bodega equivalente al cien por cien de los 120 dm³ indicados.

Sexto. Las anteriores afirmaciones, sin embargo, no pueden considerarse de aplicación al caso que como cuestión de fondo se plantea en el presente recurso. Y ello porque para que resultaran aplicables sería preciso que la valoración del grado de cumplimiento ofertado por los licitadores en relación con la capacidad de bodega de los vehículos se hiciera mediante un simple juicio de valor. Sin embargo tal cosa no ocurre. Por el contrario del análisis del método de valoración que prevé el pliego se deduce claramente que estamos ante un criterio de adjudicación valorable mediante la aplicación de una fórmula. No de otra forma puede entenderse el sistema de valoración de los compromisos de calidad de la flota de vehículos, uno de cuyos apartados es la capacidad de bodega: cuatro puntos para la mejor oferta y una puntuación proporcional a ésta para las restantes. La única peculiaridad de este criterio es que el pliego erróneamente no lo conceptúa de conformidad con su verdadera naturaleza y ordena la inclusión de la oferta relativa al mismo entre los criterios evaluables mediante juicios de valor. Ello podría haber motivado la nulidad de la cláusula en cuestión, pues como ya hemos tenido ocasión de indicar, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, ordena que las

documentaciones relativas a tales criterios se incluyan en sobre diferente del que contiene las relativas a los evaluables mediante la aplicación de fórmulas. Pero para que tal consecuencia se produjera habría sido preciso que la mencionada cláusula hubiera sido impugnada en el plazo adecuado para ello. No habiéndolo sido, este Tribunal no puede pronunciarse sobre tal cuestión.

La consecuencia que, por el contrario, se deriva de la calificación del criterio analizado como evaluable mediante la aplicación de una fórmula debe ser, de una parte, que sí pueden tenerse en cuenta para valorarlo los documentos incluidos por el licitador en el sobre tres y, por otra, que la supuesta incongruencia entre el contenido de la oferta de la recurrente respecto de la capacidad de bodega y los mencionados documentos no debe resolverse excluyéndola de la licitación sino atribuyéndole por este criterio la puntuación que le corresponda a tenor de la capacidad que resulte verdaderamente ofertada.

Sentado lo anterior resulta obvio que debemos descartar la posibilidad de calificar el requisito de capacidad de bodega como una característica técnica de los medios que el licitador se compromete a adscribir a la ejecución del contrato, razón por la cual carece de sentido afirmar que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a que antes hicimos referencia. Ello sin embargo, no puede ser interpretado en el sentido de que la capacidad de bodega ofertada deba justificarse en el momento de valorarse los diferentes elementos que componen la proposición pues una vez adjudicado el contrato, las condiciones de la oferta se convierten en obligaciones derivadas del mismo de tal forma que la exigencia de su cumplimiento debe seguir idéntico tratamiento que el resto de las que configuran el contenido del contrato. Ello significa que sólo puede hacerse el control de su cumplimiento a partir del momento en que el pliego entra en ejecución y no en el momento de valorarse la oferta.

Sólo en aquellos casos en que de la documentación presentada se derive la imposibilidad de cumplir la oferta será posible aplicar el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en los términos a que a él se refiere la Unión Temporal de Empresas adjudicataria en su escrito de alegaciones. Sin embargo,

tal como se ha razonado en los anteriores fundamentos de derecho tal incongruencia no existe.

De conformidad con cuanto aquí llevamos dicho resulta claro que debe prosperar la alegación de la recurrente en el sentido de que su exclusión resultó improcedente por no haber sido hecha en el momento en que podía ser apreciado el incumplimiento de las condiciones de su oferta ni resultar imposible cumplirlas, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas con objeto de que se practique una nueva valoración de conformidad con lo que resulta de esta resolución.

Séptimo. La que no puede prosperar es la alegación relativa a la petición de aclaraciones respecto de los términos de la oferta pues ello habría supuesto, tal como el propio adjudicatario pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, una revisión de la misma y su nueva formulación.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este*

respecto, ya que 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 sujetos de igual manera que los demás candidatos”.

Lo procedente, tal como ya hemos indicado, habría sido valorar la proposición del licitador en función de lo realmente ofertado, sin perjuicio de la facultad que asiste en todo caso al órgano de contratación de proceder en la forma prevista en la Ley para el caso de incumplimiento de los términos de la oferta una vez iniciada la ejecución del contrato.

Octavo. Por las razones indicadas, el Tribunal concluye que procede estimar parcialmente el recurso interpuesto, anulando la resolución del órgano de contratación por la que se acuerda la exclusión de la oferta de la UTE recurrente, retrotrayendo las actuaciones hasta ese momento y continuando la tramitación del procedimiento de acuerdo con los preceptos de la normativa de contratación del Sector Público y con los términos de esta resolución.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente, por las razones antedichas, el recurso interpuesto por D. R.L.L en representación de la Unión Temporal de Empresas MONFORTE S.A. y 19 más contra la resolución de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra por la que se le excluyó de la licitación convocada para adjudicar el contrato de servicios de transporte público discrecional de viajeros anulando el citado acuerdo y retrotrayendo las actuaciones hasta el momento en que proceda realizar la valoración de las ofertas.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal el 29 de febrero de 2012, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.