

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

En Madrid, a 13 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don V.A.M., en nombre y representación de AZVI S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 6 de mayo de 2019, por la que se excluye su oferta del contrato “Obras de construcción de 71 viviendas con protección pública en arrendamiento y garajes en la parcela RC-4 del APE 18.05 “La Rosilla”, Promoción denominada “La Rosilla 4” Distrito de Villa de Vallecas (Madrid)” promovido por la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo del Ayuntamiento de Madrid , este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el Portal de Contratación Pública de fecha 1 de abril de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. El anuncio se publicó con esa misma fecha en el DOUE.

El valor estimado del contrato asciende a 9.550.725,45 euros y su duración es de 21 meses.

Interesa destacar a efectos de resolver el presente recurso el apartado 12 del Anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que establece:

“12.- Concreción de las condiciones de solvencia. (Cláusulas 15 y 23) a) Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales: Sí.

Los licitadores deberán incluir, acompañando a los documentos acreditativos de la solvencia exigida, compromiso de adscripción o dedicación de los medios personales y/o materiales suficientes para la ejecución del contrato.

El contratista está obligado a poner a disposición de la dirección facultativa un despacho independiente en la oficina de obra donde se celebrarán generalmente las reuniones de obra. El despacho dispondrá del mobiliario adecuado, teléfono, conexión a internet y una copia del Proyecto.

El contratista deberá mantener durante toda la jornada laboral, como mínimo, los siguientes seis profesionales que deberán contar con, al menos, 2 años de experiencia en puesto de la misma o superior categoría de obras de edificación para cada técnico que compone el equipo humano adscrito a la obra (salvo el encargado de obra que deberá disponer de, al menos una experiencia de 10 años), de acuerdo con la titulación y atribuciones legales que a continuación se indica:

- Como Jefe de Obra deberá adscribirse un técnico con la titulación de Arquitecto, Ingeniero de Caminos Canales y Puertos, Arquitecto Técnico o cualquier otra titulación que habilite legalmente para la realización de los trabajos.

- Como Jefe de Producción deberá adscribirse un técnico con titulación de Arquitecto, Ingeniero de Caminos Canales y Puertos, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico de Obras Públicas o cualquier otra titulación que habilite legalmente para la realización de los trabajos.

- Como Jefe de Oficina Técnica deberá adscribirse un técnico con titulación de Arquitecto o Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Arquitecto Técnico o cualquier otra titulación que habilite legalmente para la realización de los trabajos.

- Como Jefe de Seguridad y Salud deberá adscribirse un técnico con titulación técnica de grado medio o superior y con atribuciones legalmente reconocidas o adecuadas para la realización de los trabajos.

- Como responsable de calidad deberá adscribirse un técnico con titulación técnica de grado medio o superior y con atribuciones legalmente reconocidas o adecuadas para la realización de los trabajos.

- Como encargado de obra deberá adscribirse una persona con experiencia demostrable de 10 años en obras similares con esa responsabilidad.

Asimismo, para garantizar la correcta ejecución de la obra, el contratista deberá tener en obra durante toda la jornada laboral, como mínimo, el equipo técnico de obra con dedicación plena que figure en el organigrama –incluyendo las mejoras a las que se hubiera comprometido el contratista- que deberá ser presentado junto con el programa de trabajo”.

El apartado 20.2.3.1 del Anexo 1 referentes a criterios de adjudicación establece:

“20.2.3. Mejoras de medios personales: hasta (10) puntos.

20.2.3.1. Por la adscripción de un Ingeniero Industrial con experiencia mínima de 5 años en obras similares y en el proceso constructivo de las instalaciones adicional al personal exigido como mínimo: 5 puntos.

20.2.3.2. Por la adscripción de un Técnico Superior con experiencia mínima de 5 años en obras similares y en el proceso constructivo de las estructuras adicional al personal exigido como mínimo: 5 puntos”.

A la presente licitación se presentaron 15 licitadoras entre ellas la recurrente.

Como resultado del análisis de la documentación presentada, la Mesa detecta que el recurrente en el sobre nº 1, que contiene *“la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”*, han incluido información sobre criterio valorable en cifras o porcentajes referidos a *“mejora de medios personales”*, anticipando contenidos que debían incluirse en el sobre nº 3 *“documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes”*.

Considerando que la inclusión de documentación relativa a criterios de valoración automática dentro del sobre relativo a la documentación administrativa no es subsanable ya que supone una vulneración del secreto de las proposiciones

establecido en el artículo 139.2 de la de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), la Mesa de contratación, en su reunión de 6 de mayo de 2019, acuerda excluir del procedimiento de contratación al recurrente.

Segundo.- El 29 de mayo 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de AZVI, en el que solicita la anulación del acuerdo de exclusión de su oferta a la licitación, fundamentando dicha pretensión en que ha cumplido con las exigencias prevista en el PCAP.

El 5 de junio de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley LCSP.

Tercero.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de persona jurídica licitadora excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 9 de mayo de 2019, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 29 de mayo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de una oferta por acuerdo de la Mesa de contratación que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento de adjudicación, en el marco de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En lo referente a la solicitud de vista de expediente realizada en el recurso hay que señalar que tanto el artículo 52 de la LCSP como el 16 del RPER, reconocen a los interesados el derecho al examen del expediente de forma previa a la interposición del recurso y establecen la obligación del órgano de contratación de ponerlo de manifiesto respetando los límites de la confidencialidad establecidos en el artículo 153 del TRCLSP, en los términos en que ha sido interpretado doctrinal y jurisprudencialmente.

En virtud de lo establecido en el artículo 29.3 del RPER, *“Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”.*

En el caso que nos ocupa, el recurrente no presentó ante el órgano de contratación escrito alguno de solicitud de vista del expediente, tal como hace constar el órgano de contratación en su comunicación de 10 de junio, por lo que al no darse el presupuesto previo exigido de denegación de vista de expediente, no procede admitir la solicitud del recurrente.

Sexto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, hay que señalar que el acuerdo de la Mesa de contratación de 6 de mayo de 2019 señala expresamente *“AZVI, S.A.: en la relación de personal a adscribir a la obra no se limita exclusivamente a los perfiles mínimos exigidos, sino que aporta además los datos de un perfil profesional que es un criterio valorable en cifras o porcentajes según el apartado 20.2.3.1 del Anexo I del PCP “mejoras de medios personales”. Este perfil es el que denomina “Jefe de Oficina Técnica de Instalaciones” siendo un Ingeniero Industrial, al que añade la experiencia, 13 años, que son los dos requisitos necesarios para su valoración en virtud del apartado 20.2.3.1 citado.*

En consecuencia, la Mesa de contratación acuerda la exclusión de las empresas AZVI, S.A., ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., PROMOCIONES EDIFICIOS Y CONTRATAS, S.A. (PECSA) y COPCISA, S.A., al facilitar los datos de titulación y experiencia de un perfil profesional que permite adelantar parte de la puntuación de los criterios valorables en cifras o porcentajes, infringiendo los principios de igualdad de trato y no discriminación, así como el secreto de las proposiciones establecido en el Art. 139.2 LCSP”.

El recurrente manifiesta que la Cláusula 23 del Pliego establecía que las proposiciones de los licitadores debían constar de los sobres indicados en el apartado 19 del Anexo 1, cuyo contenido se determinaba que se dividiría en tres sobres:

Uno de ellos contendrá la *“Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”*, sobre nº 1.

Otra incluirá la *“Documentación referente a criterios no valorables en cifras o porcentajes”*, sobre nº 2.

El tercer sobre recogerá *“La documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes”*, sobre nº 3.

Por tanto, continúa, según los Pliegos redactados por la EMVS las proposiciones constarían en tres sobres, acordándose por la Mesa que la apertura del sobre nº 1 se haría el día 6 de mayo. El hecho de diferir en el tiempo la apertura de los sobres se debe a exigencias derivadas del principio ya citado de igualdad de trato, que debe regir en todo procedimiento. Por ello existe una voluntad legal de separar en dos momentos diferentes la apertura de los sobres, de forma que no puedan verse contaminadas entre si valoraciones en detrimento de una oferta sobre otra.

Afirma que, no obstante lo anterior, a EMVS procedió a la apertura del sobre nº 1 y del sobre nº 3 el 6 de mayo de 2019, acordando ese mismo día excluir a AZVI, S.A. Con ello el acuerdo de la Mesa debería considerarse como nulo, al no haber respetado las garantías y principios fundamentales de la contratación pública.

Considera el recurrente que la cláusula 20.2.3.1 del Anexo del Pliego establece qué entiende por mejoras de medios personales. Los licitadores que entre su personal cuenten con un Ingeniero Industrial con una experiencia de 5 años en obras similares y un Técnico Superior con los mismos años de experiencia tendrán hasta 10 puntos. Si ambos perfiles deben estar adscritos a la obra como destaca el Pliego, se trata de medios personales, y a nuestro entender deben ir recogidos también en el sobre de requisitos previos.

Entender lo contrario, a su juicio, supone generar una gran indefensión a los licitadores que, ya que la literalidad del Pliego debe primar sobre cualquier otra interpretación del carácter subjetivo de la del propio Organismo.

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala que en el recurso interpuesto la recurrente acusa a la Mesa de contratación de vulnerar el procedimiento de licitación y abrir el sobre nº 1 y el sobre nº 3 el día 6 de mayo de

2019, fecha en la que estaba fijada la apertura del sobre que contiene la “*documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos*” (el sobre nº 1).

Manifiesta que tal y como establece la propia recurrente, la apertura del sobre con “*la documentación relativa a los criterios valorables en cifras y porcentajes*” se tenía prevista para el día 22 de mayo de 2019, suspendiéndose dicho acto e informando que será el 7 de junio de 2019, en consecuencia, no se ha procedido a la apertura del sobre nº 3. En el expediente electrónico que se remite según lo establecido en el presente informe, puede comprobarse que únicamente se ha procedido a la apertura por la Mesa de contratación del sobre nº 1 en fecha 6 de mayo de 2019 y del sobre nº 2 de los licitadores no excluidos en fecha 14 de mayo de 2019.

La Mesa de contratación desconoce el contenido del sobre nº 3 de los licitadores, y la acusación lanzada por AZVI, S.A. en su recurso no hace más que reforzar los motivos de la exclusión. En el sobre con la “*documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos*”, AZVI, S.A. presentó la declaración responsable del compromiso de adscripción de medios, que aporta como documento nº 6, pero obvia que en cumplimiento del apartado 12 del Anexo I del PCP en su punto b), referente a la inclusión de los nombres y cualificación profesional del responsable de ejecutar la prestación, también aportó otro documento con una relación de personal, un organigrama y las correspondientes titulaciones, así se puede comprobar en el expediente administrativo.

En consecuencia, considera que la Mesa de contratación ha conocido parte del contenido del sobre nº 3, pero no por haber procedido a su apertura, como alude la recurrente, sino porque ésta incluyó esa información en el sobre nº 1, excediendo de lo exigido para el sobre de “*documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos*”.

Finalmente, señala que el PCP no ofrece dudas sobre la documentación que debe incorporarse en cada uno de los sobres, y deja claro que la documentación

relacionada en la cláusula 20.2 del Anexo I, la referida a los criterios valorables en cifras o porcentajes, debe incluirse en el tercer sobre y no en el primer sobre con la “documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”.

Vistas las alegaciones de las partes procede entrar en el fondo del asunto, analizando si la causa de exclusión es ajusta a Derecho.

Como se ha señalado anteriormente el apartado 12 del Anexo 1 establece las condiciones de solvencia en cuanto al compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales. A este respecto se señala que el contratista deberá mantener durante toda la jornada laboral, como mínimo, seis profesionales que deberán contar con, al menos, 2 años de experiencia en puesto de la misma o superior categoría de obras de edificación para cada técnico que compone el equipo humano adscrito a la obra (salvo el encargado de obra que deberá disponer de, al menos una experiencia de 10 años), con las titulaciones que se han indicado anteriormente.

Pues bien, el recurrente presenta una relación de personal adscrito a la obra a tiempo total incluyendo a nueve personas, de las cuales seis son las establecidas en el Pliego como adscripción mínima y tres adicionales, entre los que se encuentra un Jefe de la Oficina Técnica de Instalaciones, con titulación de Ingeniero Industrial y una experiencia de 13 años. Esta documentación la incluye en el sobre 1 “*Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos*”.

Como se ha señalado anteriormente, la cláusula 20.2.3.1 del Anexo del Pliego establece las mejoras de medios personales. Los licitadores que entre su personal adscrito a la obra cuenten con un Ingeniero Industrial con una experiencia de 5 años en obras similares se le asignan cinco puntos, como criterio de valoración sujeto a cifras o porcentajes. Esta documentación debe incluirse en el sobre 3 “*La documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes*”.

En el apartado 19 del Anexo 1, anteriormente transcrito recoge de manera clara y precisa la documentación a incluir en cada uno de los tres sobres. El hecho

de que el criterio de valoración se refiera a la adscripción de medios humanos, no justifica que se incluya en el sobre 1, con el resto de los medios humanos mínimos exigidos, pues se trata de una mejora adicional al mínimo exigido que es utilizado como criterio de adjudicación, por lo que debe incluirse inexorablemente en el sobre nº 3.

No debe acogerse el criterio mantenido por el recurrente cuando manifiesta que *“estamos en un compromiso de mantener un personal determinado y exigido por el Pliego, pero nada impide, según el Pliego, que los licitadores puedan adscribir más personal a esa obra, con las cualificaciones que consideren que son útiles para el tipo de obra que se licita”*.

Esta argumentación sería correcta si ese *“más personal”* al exigido por los Pliegos no incluyera información referente a un criterio de valoración que no debe ser desvelado hasta el momento procedimental oportuno.

Sin pretender realizar juicios de intenciones, es legítimo considerar que si el recurrente ha adscrito a la obra un Ingeniero Industrial con una determinada antigüedad, con el coste económico que lleva aparejado, se debe a la intención de obtener los cinco puntos establecidos en los criterios de valoración. Cualquier otra interpretación resultaría absurda por desde un punto de vista económico.

En todo caso, la información objeto de controversia no solo figura en el documento de adscripción de medios personales, sino que aparece también en el documento denominado *“Organigrama de la obra”*, indebidamente incluido en el sobre nº 1, ya que dicho documento debe presentarse posteriormente por el adjudicatario integrado en el Programa de Trabajo.

El artículo 139.2 de la LCSP establece *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta*

electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación”.

Por su parte el artículo 146.2 de LCSP señala *“En todo caso, 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”.*

Son numerosas las resoluciones de Tribunales de resolución de recursos sobre las consecuencias del conocimiento de criterios valorables en cifras o porcentajes con carácter previo a la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, en cuanto que pueden afectar a la objetividad de dicha valoración.

Por la similitud con el presente recurso procede traer a colación la Resolución de este Tribunal 24/2012, de 29 de febrero, sobre un supuesto en el que se incluyen en la solvencia técnica o profesional las mejoras del equipo humano en tanto que aporta 3 Ingenieros Técnicos por encima de los exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas como coordinadores de Seguridad y Salud, siendo estas mejoras un criterio de adjudicación valorable en cifras o porcentajes. En dicha Resolución manteníamos *“El artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones deberán ajustarse a lo previsto en el PCAP y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. En este caso la recurrente no impugnó el PCAP por lo que la presentación de su proposición ha determinado la aceptación de sus condiciones. Por otra parte en el anuncio publicado en el BOE figura la Dependencia para obtención de documentación e información donde podría haber consultado en caso de duda sobre la documentación a presentar.*

Sobre la funciones de la Mesas de contratación y la forma de presentación y apertura de la documentación, relativa a criterios de adjudicación mediante evaluación objetiva o la de los de evaluación mediante juicio de valor, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la LCSP, en su artículo 22 a) y b) establece, entre otras, como funciones de las Mesas de contratación, respectivamente, la de calificar la documentación de carácter general y

la de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP.

A su vez el artículo 150.2 del TRLCSP dispone que 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 concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.

En desarrollo de estas normas el artículo 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, sobre práctica de la valoración, dispone que en todo caso la valoración de los criterios de adjudicación cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Y en su apartado 3 dispone que 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 el PCAP se disponga otra cosa.

La finalidad de estas disposiciones, para cuyo cumplimiento la documentación correspondiente a estos dos tipos de criterios deberán ir en sobres distintos, al exigir que la valoración de los criterios de forma automática se realice con posterioridad a la de los criterios de valoración mediante juicio de valor, reside en la salvaguarda de los principios de igualdad de trato y transparencia de manera que se impida el conocimiento previo de la puntuación efectuada automáticamente para evitar la posibilidad de que se otorgue una puntuación a los criterios valorables mediante juicio de valor que incline la adjudicación a favor de determinado licitador.

En este caso al incluir en el sobre que contenía la documentación general, la documentación con la oferta de medios personales correspondientes a un criterio de valoración automática, ha resultado infringido lo establecido en las normas citadas así como lo dispuesto en el PCAP, sin que se considere por tanto la posibilidad de subsanación ya que no se trata de corregir un error o defecto en la documentación aportada”.

Por todo lo anterior, este Tribunal considera que la actuación del órgano de contratación ha sido ajustada a Derecho, con el fin de preservar los principios de igualdad de trato y transparencia, que se verían vulnerados si el citado órgano dispusiera del conocimiento de la puntuación de un criterio sometido a fórmulas o

porcentajes con carácter previo a la evaluación a los criterios valorables mediante juicio de valor, lo que podría comprometer su objetividad.

Por ello, el motivo debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don V.A.M., en nombre y representación de AZVI S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 6 de mayo de 2019, por la que se excluye su oferta del contrato “Obras de construcción de 71 viviendas con protección pública en arrendamiento y garajes en la parcela RC-4 del APE 18.05 “La Rosilla”, Promoción denominada “La Rosilla 4” Distrito de Villa de Vallecas (Madrid).

Segundo.- Denegar el acceso al expediente de contratación, en los términos del Fundamento de Derecho Quinto.

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 58 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante

el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.