RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN-GERENCIA DE LA AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE RATIFICA EL ACUERDO ADOPTADO POR LA MESA DE CONTRATACIÓN DEL EXPEDIENTE CA-03/2020, RELATIVO A LA EXCLUSIÓN DE LA OFERTA PRESENTADA POR LA ENTIDAD TELEVÉS, S.A. PARA EL LOTE 3

En la tramitación del expediente de contratación del suministro de dispositivos y detectores de teleasistencia para el Servicio Andaluz de Teleasistencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, se han puesto de manifiesto los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de septiembre de 2020 fue aprobado por la Dirección-Gerencia de la Agencia el expediente de contratación citado, para su tramitación mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, así como el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que han de regir la contratación.

Segundo.- El mismo día se remitió el anuncio de la licitación para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Transcurridas cuarenta y ocho horas desde la confirmación de la recepción del anuncio en el mismo sin haberse recibido notificación de su publicación, la licitación fue publicada el día 14 de septiembre de 2020 en el Perfil de Contratante de la Agencia integrado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, en aplicación del artículo 135.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y simultáneamente en en SiREC-Portal de licitación electrónica. El anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se publicó el 16 de septiembre de 2020.

Tercero.- Advertidos con posterioridad a la publicación diversos errores en los pliegos, se acordó mediante Resolución de la Dirección-Gerencia de 7 de octubre de 2020 la rectificación de los mismos y la consiguiente ampliación del plazo inicialmente concedido para la presentación de ofertas, de la que se dio la debida publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea, en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en SiREC-Portal de licitación electrónica.

Cuarto.- Finalizado el plazo de presentación de ofertas el día 23 de octubre de 2020, presentaron sus proposiciones en tiempo y forma las entidades LEGRAND GROUP ESPAÑA, S.L. (Lotes 1,2 y 3); TELEVÉS, S.A. (Lotes 2,3 y 6); DORO AB (Lote 3); SOLUTIA INNOVAWORLD TECHNOLOGIES, S.L. (Lote 4); PROAZIMUT, S.L. (Lote 4); TECNOVIDA IBERIA, S.L. (Lotes 2,3,4,5 y 6); TUNSTALL IBERICA, S.A. (Lotes 1,2,3,5 y 6) y UTE INTERACTIVE CENTER, S.L. ESSENCE SMARTCARE, LTD (Lotes 2 y 3).

Quinto.- Analizada por la Mesa de contratación la documentación del sobre n.º1 de las entidades licitadoras y subsanadas debidamente las cuestiones requeridas a las entidades TELEVÉS, S.A.; SOLUTIA INNOVAWORLD TECHNOLOGIES, S.L.; TECNOVIDA IBERIA, S.L.; TUNSTALL IBERICA, S.A. y UTE INTERACTIVE CENTER, S.L. ESSENCE SMARTCARE, LTD., todas las entidades fueron admitidas a la licitación.

Sexto.- Realizada el día 5 de noviembre de 2020 la apertura del sobre n.º 2 y analizada por la Jefatura de Teleasistencia la documentación contenida en el mismo, se elevó por ésta a la Mesa de contratación informe técnico de 11 de noviembre en el que se exponen diversas cuestiones que requieren su análisis y valoración, entre las que se encuentra -en lo que respecta a la presente Resolución- el hecho de que las entidades LEGRAND GROUP ESPAÑA, S.L. (lote 2 y 3); TELEVÉS, S.A. (lote 3); TECNOVIDA IBERIA, S.L. (lote 4) y PROAZIMUT, S.L. (lote 4) han incluido en el sobre n°2 información objeto de valoración en el sobre n°3, obviando la advertencia expresa que al respecto realiza el **Anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares** ***"En ningún***

caso la persona licitadora reflejará en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera".

Conforme consta en el citado informe de la Jefatura de Teleasistencia la información se refiere concretamente a los siguientes criterios definidos en el apartado 2 (Criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas) punto 4 (características técnicas y funcionales) del Anexo X del pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente a cada uno de los lotes:

-La entidad licitadora expone en la página 31 sección 2.2.4.1 de su oferta que

El pliego de cláusulas administrativas particulares contempla en el apartado 2.4 del Anexo X como criterio de adjudicación valorado mediante la aplicación de fórmulas la *"Capacidad de programaciones masivas: para realizar cambios de programación remota en un conjunto de dispositivos de una forma eficiente"* (con una puntuación de 0 - 1,75 puntos)".

Por la Mesa de contratación, en su sesión celebrada el 20 de noviembre de 2020, se procedió al análisis y valoración de la cuestión expuesta, respecto de la cual el informe de la Jefatura de Teleasistencia propone no tener en cuenta la información facilitada por entender que *"no afecta a la valoración de la oferta en su totalidad"*. A propósito de dicha afirmación, se consultó al vocal de la Jefatura si la información facilitada por TELEVÉS, S.A. permite efectivamente conocer aspectos de la oferta sujetos a evaluación automática del sobre n.º 3, y por tanto, la puntuación de los correspondientes criterios de valoración, extremo que fue confirmado por éste.

Realizadas tales afirmaciones y analizada por la Mesa de contratación la postura que de manera reiterada viene manteniendo hasta la actualidad en estos supuestos el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, se acordó por unanimidad de los miembros de la Mesa la exclusión de la oferta de TELEVÉS, S.A. correspondiente al lote nº3, así como del resto de ofertas en las que se ha producido la situación expuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone en el artículo 139.2 que *"las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones".*

Asimismo, en relación con la aplicación de los criterios de adjudicación, el artículo 146, apartado 2, de la Ley 9/2017 establece que *"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".*

Por su parte, el artículo 157.2 de la Ley, preceptúa que *"cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas".*

A este respecto, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que *"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".*

En cumplimiento de estos preceptos, el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la presente contratación indica en el Anexo VII que ***"En ningún caso la persona licitadora reflejará en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera".***

Segundo.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, *"las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna".*

Es reiterada la doctrina de los órganos judiciales y de los tribunales administrativos de recursos contractuales acerca de la consideración de los pliegos de contratación como *"ley del contrato"*, y por tanto vinculante para todas las partes implicadas en el procedimiento de contratación, entidades licitadoras y la propia Administración (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517); Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 14 de mayo de 2015 (Recurso n° 301/2014);Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 298/2016, de 18 de noviembre).

Conforme a ello, las entidades licitadoras -que al presentar sus proposiciones aceptaron las condiciones del pliego de cláusulas administrativas particulares- debían haber presentado sus ofertas de conformidad a lo establecido en el mismo.

Tercero.- A propósito de la cuestión objeto de la presente resolución, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía viene manteniendo hasta la actualidad de manera reiterada que en estos supuestos -v.g. Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 82/2018, de 28 de marzo, 177/2018, de 14 de junio, 196/2019 y 197/2019, ambas de 22 de junio, y 275/2019, de 6 de septiembre-, ***"lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadores y del secreto de la oferta consagrados en la LCSP."***

En este sentido, manifiesta en la Resolución 123/2020, de 28 de mayo: *"Al respecto, es sobradamente conocida, por reiterada y constante, la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales acerca de la obligación legal -antes recogida en el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y ahora en el artículo 146.2 de la LCSP- de separar en sobres distintos la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor y la referente a criterios de evaluación automática para de este modo facilitar su evaluación en momentos independientes, evitando el conocimiento de aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas en la fase previa de valoración de aquellos otros aspectos sujetos a juicios de valor. La finalidad perseguida por el legislador no es otra que* ***garantizar la imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas.***

Así, en nuestra Resolución 82/2018, de 28 de marzo, citando la previa 119/2013, de 8 de octubre, se indicaba que "(...) La finalidad perseguida por esta regulación es garantizar la absoluta imparcialidad del proceso de valoración de las ofertas, impidiendo que un conocimiento previo de datos -que deben ser valorados con arreglo a criterios de evaluación automática- pueda influir en la valoración previa de aquellos que dependen de un juicio de valor.

Como viene señalando reiteradamente este Tribunal (Resoluciones 36/2012, de 9 de abril, 59/2012, de 28 de mayo y 81/2012, de 3 de agosto, entre otras), las cautelas legales que se establecen para la valoración de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores. Por ello, el conocimiento previo de documentación relativa a criterios evaluables de modo automático puede afectar al resultado de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios que dependen de un juicio de valor y si ese conocimiento previo afecta, además, a la documentación de uno de los licitadores puede implicar un trato desigual a favor de éste, en perjuicio del resto de licitadores que presentaron su documentación correctamente en los términos exigidos en la ley.

Quiere decirse, pues, que ***el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.***

En el presente supuesto, se debe recordar que la cláusula 12 del PCAP establece que en ningún caso se deberán incluir en el sobre 2 denominado: "documentos sujetos a evaluación previa (juicios de valor)" documentos que deban figurar en el sobre 3: "oferta económica y propuesta sujeta a evaluación posterior (fórmulas objetivas)".

En los mismos términos se pronuncia la Resolución 325/2020, de 1 de octubre, que -en contra de la afirmación del órgano de contratación que argumenta en su informe que el hecho de que la entidad licitadora incluyera referencias en el sobre 2 de su oferta a cuestiones que debían figurar en el sobre 3 no presupone que las mismas se hayan valorado antes del momento procedimental correspondiente y que en este supuesto no se ha menoscabado la imparcialidad ni la objetividad en la valoración de las proposiciones- afirma: *en el propio Anexo VIII del PCAP se establece la documentación que debe figurar en el sobre 2 y se advierte que: «En ningún caso la persona licitadora reflejará en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera». De lo anterior queda claro que en aplicación del PCAP rector del procedimiento,* ***en el supuesto en que se desvele en el sobre 2 de una oferta cuestiones que deban figurar en la documentación contenida en el sobre 3 y ello permita conocer aunque sea parcialmente extremos de la oferta que son valorados con arreglo a criterios objetivos la consecuencia es clara, procederá la exclusión de la licitadora afectada por la infracción".***

Cuarto.- El Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, contempla como funciones de las Mesas de contratación en su artículo 7, entre otras, *"Determinar las empresas o profesionales licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares"* (apartado b).

Quinto.- El artículo 15 x) del Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía establece que el órgano de contratación de la misma es la Dirección-Gerencia.

De acuerdo con todo lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 323.2 de la citada normativa, y en uso de las facultades que me confiere el artículo 43.2 de los Estatutos de la referida Agencia, aprobados mediante Decreto 101/2011, de 19 de abril,

RESUELVO

Primero.- Ratificar el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación en su sesión celebrada el día 20 de noviembre de 2020, relativo a la **exclusión** de la oferta presentada por la entidad licitadora **TELEVÉS, S.A.** para el **lote 3** del procedimiento de contratación del suministro de dispositivos y detectores de teleasistencia para el Servicio Andaluz de Teleasistencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía por haber incluido en el sobre n.º 2 información objeto de valoración en el sobre nº3.

Segundo.- Notificar la exclusión del procedimiento a la entidad licitadora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.4 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.

Tercero.- Publicar la presente resolución en el Perfil de Contratante de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia, en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 8.3, 14.1 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa, y con carácter previo y potestativamente, recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se reciba la notificación de la resolución, ante el órgano de contratación o ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

EL DIRECTOR GERENTE