

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ACUERDA LA EXCLUSIÓN DE LA EMPRESA “ODD SPACES, S.L.” DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO DE DISEÑO, PRODUCCIÓN, MONTAJE, DESMONTAJE Y MANTENIMIENTO DEL ESPACIO EXPOSITIVO DE LA FUNDACIÓ BARCELONA MOBILE WORLD CAPITAL FOUNDATION EN EL FESTIVAL DE LA INFANCIA 2023

Exp. A/F202321/S

D. Francesc Fajula de Quintana, como Director General de Fundació Barcelona Mobile World Capital Foundation (en adelante, “**MWCapital**”), en mi condición de órgano de contratación por acuerdo del Patronato de MWCapital de fecha de 19 de noviembre de 2019,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que en fecha de 2 de octubre de 2023, el Director General de MWCapital acordó la aprobación del expediente de contratación del contrato para la prestación de un servicio de diseño, producción, montaje, desmontaje y mantenimiento del espacio expositivo de la Fundació Barcelona Mobile World Capital Foundation en el Festival de la Infancia (Exp. A/F202321/S).

Segundo. Que también el día 2 de octubre de 2023 se publicó el correspondiente anuncio de licitación en el perfil de contratante, juntamente con los documentos que regían la licitación; es decir, el pliego de cláusulas particulares y el pliego de prescripciones técnicas, concediéndose un plazo mínimo de quince (15) días naturales para la presentación de las proposiciones.

Tercero. Que, en fecha de 18 de octubre de 2023, a las 10:00 horas, expiró el plazo de presentación de las ofertas, habiendo concurrido dos (2) operadores económicos a la licitación:

1. ODD SPACES, S.L.
2. ONA Y LA PRINCESA, S.L.

Cuarto. Que una vez revisada y analizada la documentación de los operadores económicos, la Mesa de Contratación advirtió que el contenido del Sobre 1 presentado por el operador económico ODD SPACES, S.L. hacía referencia a uno de los criterios de adjudicación objetivos o evaluables de forma automática.

Esta circunstancia, la anticipación de información, puede conllevar la exclusión del licitador por atentar contra los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores al anticiparse unos datos que pueden comprometer la valoración objetiva e imparcial que se debe hacer de las ofertas y vulnerar el secreto de las proposiciones.

Según la doctrina de los tribunales de recursos contractuales la exclusión en estos casos no debe ser automática, siendo necesario *“que la información sea relevante en el sentido de poder tener un efecto en el resultado final de la valoración y que esta contaminación no venga propiciada por los propios pliegos”* (RTCCSP 204/2023).

Quinto. En este sentido, se detectó que en el Sobre 1 ODD SPACES, S.L. había incorporado una declaración responsable en la que se comprometía a adscribir al contrato un mínimo de dos (2) recursos de personal en el equipo de staff del espacio expositivo de MWCcapital que disponen del título de monitor/a de actividades de ocio infantil y juvenil expedido por la Dirección General de Joventut u otro organismo autonómico, estatal o europeo oficial equivalente.

Dicho compromiso operaba como criterio objetivo o evaluable de forma automática establecido tanto en el Pliego de Cláusulas Particulares (Pág. 10) como en el Informe de Necesidad (Pág. 13-14) en los siguientes términos:

***“B) CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS O EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA
(Hasta un máximo de 60 puntos)***

[...]

2. Otros criterios automáticos (hasta 40 puntos)

[...]

a) Recursos de personal de atención al público que dispongan del título de monitor/a de actividades de ocio infantil y juvenil emitido por la Direcció General de Joventut u otro organismo autonómico, estatal o europeo oficial equivalente (hasta un máximo de 2 puntos)

Se valorará que la empresa adjudicataria aporte hasta un máximo de dos (2) recursos de personal de atención al público que dispongan del título de monitor/a de actividades de ocio infantil y juvenil emitido por la Direcció General de Joventut u otro organismo autonómico, estatal o europeo oficial equivalente.

Este criterio se valorará en los términos siguientes:

- Se otorgará un (1) punto a aquellos licitadores que aporten un (1) recurso de personal que disponga del título de monitor/a de actividades de ocio infantil y juvenil.*
- Se otorgará dos (2) puntos a aquellos licitadores que aporten dos (2) recursos de personal que disponga del título de monitor/a de actividades de ocio infantil y juvenil*

Medios de acreditación: Este criterio se acreditará mediante el certificado y/o título expedido por la Direcció General de Joventut u otro organismo autonómico, estatal o europeo oficial equivalente, o mediante declaración responsable del empresario donde se comprometa a adscribir al contrato un número concreto de recursos de personal que dispongan del título de monitor/a de actividades de ocio infantil y juvenil.”

Así pues, la Mesa de Contratación pudo conocer que la empresa ODD SPACES, S.L. obtendría la puntuación máxima en este criterio del sobre 3, esto es un total de dos (2) puntos, dado que anticipaba su compromiso de aportar dos (2) recursos de personal que dispusieran del título de monitor/a de actividades de ocio infantil y juvenil emitido por la Direcció General de Joventut u otro organismo autonómico, estatal, europeo u oficial equivalente.

Sexto.- En virtud de lo expuesto, y dado que la información aportada en sobre erróneo puede permitir calcular, al menos, una puntuación mínima y máxima que podría llegar a obtener la empresa en la evaluación de este criterio automático de forma previa a la apertura del sobre 3; apreciando la vulneración del secreto de las proposiciones y constatando que se ha comprometido la valoración objetiva e imparcial de las ofertas, la Mesa de Contratación consideró que resultaba adecuado proponer la exclusión del operador económico ODD SPACES, S.L. por respeto a los principios de la contratación de igualdad de trato y no discriminación.

En consonancia, **la Mesa de Contratación ha acordado elevar al órgano de contratación la propuesta de exclusión de ODD SPACES, S.L.** del procedimiento de licitación de referencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Resulta de aplicación al presente expediente de contratación las disposiciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”), los pliegos de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la licitación y las Normas de Derecho Privado que resulten de aplicación.

II. De conformidad con la cláusula 17.3 del Pliego de Cláusulas Particulares:

“17.3 La inclusión en el sobre 1 de información determinante del sobre 2, o en el sobre 1 o el sobre 2 de la oferta económica, así como de cualquier información de la oferta de carácter relevante evaluable de forma automática y que, por lo tanto, se deba incluir en el sobre 3, comportará la exclusión de la empresa licitadora, cuando se vulnere el secreto de las ofertas o 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.”

III. De conformidad con el art. 139.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante, "LCSP"):

"2. 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 otro lado, el art. 146.2 de la LCSP establece:

"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".

IV. De conformidad con el artículo 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 9 de mayo, se establece lo siguiente:

"2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor".

V. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, "TACRC") se ha pronunciado sobre las consecuencias de la contaminación según los sobres afectados y, en la Resolución 463/2017 sintetiza la doctrina existente sobre la infracción del principio del secreto de las ofertas, haciendo remisión al fundamento sexto de la resolución 916/2016, de 11 de noviembre, en la que se indica lo siguiente:

(...) Con carácter general se ha seguido el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquéllos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011). Esto, no obstante, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal" (Resolución 233/2011. En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. (...)

(...) Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes

al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente **se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.** La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES Expdte. TACRC – 236/2017 MU 26/2017 12 contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: *"Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, **la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí 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."*

En otras resoluciones, tales como la 89/2018, el TACRC indicó:

"En suma, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto, en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, garantizar la máxima objetividad posible en la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento anticipado de los que son aplicados mediante fórmulas puede afectar al resultado de dicha valoración, y cuando es conocida solamente la de una parte de los licitadores, ello implica desigualdad en el trato de éstos, postura que se mantiene de forma unánime por la JCCA (informes 43/02, de 17 de diciembre de 2002, 20/07, de 26 de marzo y 62/08, de 2 de diciembre), por este Tribunal (Resoluciones 146 y 147/2011, 67/2012, 27/2013, 634/2013 y 326/2014, entre otras muchas), y por los restantes Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (v.g., resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía números 50, 51, 52 y 59/2012, y resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León números 8, 34 y 38/2013, 34 y 47/2014)."

También, la Resolución 84/2011, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (en adelante, “TACP”) de la Comunidad de Madrid indicó:

*“En consecuencia, es innegable que se conoció en un momento anterior al procedimentalmente establecido, por lo que descubierta esa información de la oferta correspondiente a criterios evaluables de forma automática que debía mantenerse en secreto, se produjo un conocimiento anticipado de solo una de las ofertas, suponiendo, al menos, la posibilidad de influir en la valoración, lo que es objetivamente determinante de su exclusión. No es necesario probar ni acreditar que tal influencia se ha producido, sino que **es suficiente la posibilidad objetiva de afectar al resultado de la licitación lo que por sí solo ya determina el rechazo.** **Tampoco es necesario que se produzca del desvelo total de la oferta, es suficiente con que junto a la documentación correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor se incluya otra relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática dando lugar a que se conozcan aspectos de la proposición relativos a criterios cuantificables mediante fórmulas.**”*

- VI. El órgano competente para acordar la exclusión de cualquier empresa en un procedimiento de licitación como el que nos ocupa es el Director General de MWCcapital, en virtud de las atribuciones conferidas por acuerdo del Patronato de MWCcapital de fecha de 19 de noviembre de 2019.

Por cuanto antecede,

RESUELVO

Primero.- Acordar la exclusión de ODD SPACES, S.L. del procedimiento de referencia, por haber vulnerado el principio de secreto de las ofertas y de trato igualitario de los licitadores, dado que la empresa ha anticipado información sobre su compromiso de aportar dos (2) recursos de personal que dispongan del título de monitor/a de actividades de ocio infantil y juvenil emitido por la Dirección General de Juventud u otro organismo autonómico, estatal, europeo u oficial equivalente, que era objeto de valoración en el sobre 3.

Segundo.- Notificar a la empresa su exclusión del procedimiento de licitación.

Tercero.- Publicar la presente resolución en el Perfil de Contratante de MWCcapital.

Cuarto.- Contra la presente resolución puede interponerse, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, recurso de alzada impropio ante el órgano de contratación, al amparo de lo previsto en el artículo 44.6 de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En Barcelona, a 25 de octubre de 2023.

Francesc Fajula de Quintana

Director General

FUNDACIÓ BARCELONA MOBILE WORLD CAPITAL FOUNDATION