

RESOLUCIÓN DE EXCLUSIÓN DE LA PROPUESTA PRESENTADA POR EL LICITADOR DEL CONTRATO PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS CORRESPONDIENTES AL “PROYECTO DE EJECUCIÓN DE COMEDOR, CAFETERÍA, COCINA Y ASEOS GENERALES EN LA CASONA DE CARMONA. T.M. DE CABUÉRNIGA.” EBA, S.L.

Visto el expediente de contratación de referencia, la propuesta de la mesa de contratación, el informe técnico de valoración de las ofertas de 3 de diciembre de 2014 y el informe jurídico emitido por la Jefa del Área Jurídica de esta Sociedad con fecha 4 de diciembre de 2014, se emite resolución con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de septiembre de 2014 se publica en el Perfil del Contratante de CANTUR S.A. y en el BOC, anuncio de licitación del contrato de obra de referencia.

El plazo de presentación de proposiciones finalizó el 20 de octubre de 2014.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de octubre de 2014, se anuncia en el perfil del contratante convocatoria de la mesa de contratación para la apertura del Sobre A a las 9:15 del 24 de octubre.

TERCERO.- Reunida la mesa se procede a la apertura de las propuestas presentadas que resultando las siguientes:

Nº REGISTRO	FECHA	EMPRESA
9734	17/10/2014	ASFIN CANTABRIA S.L.
9737	20/10/2014	GESTIÓN INTEGRAL DE OBRA CIVIL S.L (GIOC)
9740	20/10/2014	UTE VICE-SERCON
9741	20/10/2014	RUERCON S.L.
9742	20/10/2014	EDIFICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN CIVIL MAR S.L.
9743	20/10/2014	TAMISA
9744	20/10/2014	EBA S.L. (entrada en registro a las 12:28)
9746	20/10/2014	COPSESA (entrada en registro a las 13:10)

Se observa que la empresa COPSESA presenta su oferta fuera de plazo por lo que la mesa decide por unanimidad que se la excluya de procedimiento, siendo finalmente excluida del procedimiento por resolución del órgano de contratación de 28 de octubre de 2014. Asimismo, se advierte que las proposiciones de las empresas ASFIN, GIOC, EDIFICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN CIVIL MAR S.L. y TAMISA, contienen documentación incompleta por lo que se requiere a los licitadores para que, en el plazo de 3 días hábiles, acompañen la falta o subsanen los defectos de la documentación correspondiente.

CUARTO.- Con fecha 31 de octubre se publica en el perfil del contratante convocatoria a acto público para la notificación del resultado del sobre A) y apertura del sobre B), para el día 3 de noviembre a las 8:30.

En el día y hora indicado se procede por la Mesa de Contratación a la apertura de la documentación aportada para la subsanación del sobre A, comprobándose que todos licitadores requeridos han subsanado correctamente la documentación, por lo que la Mesa de Contratación, por unanimidad, acordó tener por acreditada la capacidad y solvencia económica y financiera, y la solvencia técnica o profesional, de todos los licitadores admitidos en este expediente.

A continuación se procedió, en acto público, a la apertura del sobre B) "propuesta técnica" de los licitadores observándose que la siguientes empresas ASFIN CANTABRIA, UTE VICE-SERCON, EDIFICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN CIVIL MAR S.L., TAMISA, EBA S.L., únicamente habían presentado la oferta técnica en formato papel, por lo que se les requieren para que subsanen la falta de documentación, encargando la elaboración del informe de valoración de las ofertas técnicas presentadas a los técnicos D. Daniel Gago García y D. Roberto Cayón Sañudo.

QUINTO.- Los técnicos referidos en el antecedente anterior realizan, con fecha 3 de diciembre de 2014, un informe técnico referente a las ofertas presentadas, si bien en relación con la oferta técnica de la empresa EBA S.L., ponen de manifiesto, en síntesis, la imposibilidad de realizar una valoración objetiva de la oferta de la citada empresa, por haber incluido datos que corresponde valorar en fases posteriores del concurso.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- El órgano competente para dictar la resolución de exclusión de los licitadores al procedimiento de contratación de referencia es el órgano de Contratación de CANTUR S.A., es decir, el Consejo de Administración (artículo 9 de las instrucciones internas de contratación), el cual ha delegado sus facultades, en el Consejero Delegado, en la materia que nos ocupa, por Acuerdo del citado Consejo, de 2 de agosto de 2013, elevado a público mediante escritura de 16 de agosto de 2013.

SEGUNDA.- La normativa aplicable al supuesto que nos ocupa, y que habrá de tenerse en cuenta es la contenida en las instrucciones internas de contratación de CANTUR S.A. (publicadas en el perfil del contratante), los pliegos de condiciones

particulares (PCP) y prescripciones técnicas (PPTP) que rigen la contratación, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, y sus disposiciones de desarrollo, el Real Decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCSP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, que será de aplicación supletoria en todo cuanto no se oponga o contradiga a lo anterior.

TERCERA.- En cuanto al fondo de la cuestión se asumen los argumentos esgrimidos en el informe jurídico elaborado por la Jefa del Área Jurídica de CANTUR, S.A. y que a continuación se transcriben:

“CONSIDERACIONES JURÍDICAS

(...)

TERCERA.- En cuanto al fondo de la cuestión, cabe señalar que con fecha 4 de diciembre de 2014, se entrega a la mesa de contratación informe técnico relativo al contenido del sobre B de las ofertas presentadas por las empresas licitadoras admitidas en el procedimiento. En dicho informe se pone de manifiesto la imposibilidad realizar una valoración objetiva de la propuesta técnica de la empresa EBA S.L. (sobre B criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor) por darse a conocer en ella datos cuya valoración corresponde a la siguiente fase (sobre C, criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas), esto es, el aumento del plazo de garantía de la obra (4 años) y por tanto, la puntuación en dicho apartado (8 puntos).

En el PCP, se establece la forma en la que ha de presentarse la documentación por los licitadores, esto es, en tres sobres (A, B y C) cerrados e independientes, para proceder a realizar su apertura en fases sucesivas, con el contenido indicado para cada uno de ellos, siendo los sobres B y C abiertos en acto público.

Más concretamente, se dispone que en el sobre B se incluirá la propuesta técnica (criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor) y en el sobre C la documentación correspondiente a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula matemática, esto es criterios 1 (oferta económica) y 2.3 (aumento del plazo de garantía de la obra).

En el PCP se dispone que se excluirá del procedimiento de contratación a aquellos licitadores que incorporen documentación correspondiente a fases posteriores debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases tal como determina el artículo 150 del TRLCSP. (Apartado L del cuadro de características específicas).

Se trata, por tanto, de determinar si a la vista del informe técnico referido y de la normativa aplicable, concurre causa de exclusión de la empresa EBA, S.L., por incluir en el sobre B documentación y datos cuya evaluación corresponde a una fase de valoración posterior, sobre C.

CUARTA.- A modo introductorio conviene señalar que la regulación que se establece del procedimiento de contratación, en lo que aquí interesa, trae causa en la necesidad de que no se conozca el contenido de las ofertas hasta el momento de su apertura pública, de forma que se pueda preservar el secreto de las mismas, permitiendo así su valoración objetiva y dando cumplimiento a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación como pilares básicos de la contratación pública (art. 145 y 150 TRLCSP y apartado L del cuadro de características específicas PCP).

En este sentido se ha pronunciado al **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón** en su **informe 12/2013, de 22 de mayo**, con motivo de un supuesto de hecho similar al que nos ocupa, al señalar lo siguiente:

“Igualdad de trato y transparencia son pilares básicos del procedimiento de adjudicación de los contratos. Ambos tienen su reflejo en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), cuyo artículo 1 establece como uno de sus fines el de garantizar los principios de *«publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»* y en el artículo 3 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. El artículo 139 TRLCSP reitera dichos principios al referirse a los procedimientos de adjudicación y dispone que *«los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia»*.

Fruto del **principio de transparencia** es la necesidad de dar publicidad a las actuaciones realizadas en las fases de la licitación y adjudicación, y por lo que aquí nos interesa respecto de las proposiciones de los licitadores.

Ha sido una exigencia tradicional en la normativa de contratos públicos la publicidad en la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores. Esta condición se encuentra establecida en el **artículo 160.1 in fine TRLCSP**, que dispone: *«En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos»*, y está desarrollada en 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 (en adelante RDLCP) y en los artículos 83 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

Además se complementa con la disposición del artículo 145.2 TRLCSP de conformidad con la cual **«las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública»**. De ello debe deducirse que **rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario al mandato legal, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones antes de que se celebre el acto público para su apertura.** (...)

Por su parte, **el principio de igualdad de trato** implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica).

Este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros, y de 19 de junio de 2003, GAT). A su cumplimiento obedece que los artículos 145 y 160.1 TRLCSP, establezcan que las proposiciones de los interesados, conteniendo las características técnicas y económicas, deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

Asimismo son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 150.2 TRLCSP disponga 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 concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello»*, y que en su ejecución, el RDLCSPP disponga de un lado en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro, en el artículo 26 imponga 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»*.

La razón de ser, de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica y demás criterios evaluables mediante fórmulas, es evitar que ese conocimiento pueda influenciar la valoración a realizar mediante criterios sujetos de valor, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de estos criterios.

QUINTA.- Conviene a continuación determinar si **en el supuesto de hecho que nos ocupa se vulneran los principios citados en la consideración anterior**, ya que como veremos a continuación, no toda inclusión de datos o documentación en el sobre B que corresponde a la fase posterior implica necesariamente la conculcación de dichos principios.

Para analizar la cuestión planteada, conviene traer a colación la elaborada doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, reiterada en numerosas resoluciones y plasmada, entre otras, recientemente entre otras en la Resolución nº 688/2014, de 23 de septiembre, con motivo de un caso equiparable al nuestro. A continuación se reproducir al completo la citada doctrina para no perder el hilo argumental, aún a riesgo de reiterar algunas cuestiones ya apuntadas:

“En cuanto a la causa de exclusión derivada de la inclusión en el sobre nº2 de información que debía incluirse en el sobre nº3, es indudable que este hecho se produjo, pues en la documentación del sobre nº2 (Tomo 2 de la documentación técnica, apartados 6.9 y 6.10) aparece una descripción pormenorizada del servicio de limpieza de hierbas y de chicles y grafitis (conductor y peón para el servicio de limpieza de hierbas, y conductor y peón en vehículo con equipo especial limpiapintadas y carteles para el servicio de limpieza de chicles y grafitis; con indicación de sus turnos) que constituía una mejora evaluable en el sobre nº3 (apartados 16.3 y 19.2.1 del PCAP y 2.3 del PCT), constando esta advertencia -el rechazo de la oferta- de forma expresa en los pliegos (apartado 16.2 del PCAP).

En relación con esta cuestión, este Tribunal mantiene una elaborada doctrina, resumida en las Resoluciones números 22/2013 y 27/2013, ambas de 17 de enero, 062/2013, de 6 de febrero, y 291/2013, de 17 de julio.

Así se ha sentado 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 aquellos 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).

En nuestra Resolución 295/2012, trajimos a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expone que *“el Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes”. De este modo, en el proceso de adjudicación de un contrato, en una primera fase se analizan los requisitos de capacidad y solvencia de las personas físicas o jurídicas que han presentado oferta (características de la empresa), y una vez que se entienden cumplidos estos requisitos, se declara la admisión de los licitadores en el procedimiento; siendo el trámite siguiente el que consiste en el análisis de los criterios de adjudicación (características de la oferta), que concluye, en términos generales, con la resolución de adjudicación del contrato a uno de los licitadores.”*

Pues bien, en este sentido, tal y como este Tribunal ha señalado en su Resolución 67/2012 de 14 de marzo, **cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones (características de la oferta) antes de que se celebre el acto público de apertura, rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario tanto a lo previsto en el artículo 160 TRLCSP, que dispone, “en todo caso, la apertura de la oferta económica se**

realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos", **como a lo señalado en el artículo 145 TRLCSP** de conformidad con el cual "las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública".

Así concluíamos que **"debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión de/licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate"**.

En lo referente a la inclusión de los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas en el sobre de acreditación del cumplimiento de requisitos previos al que se refiere el artículo 146 TRLCSP, en nuestra Resolución 147/2011, de 25 de mayo, pusimos de manifiesto que tal inclusión supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella. Ya en esa Resolución dijimos que la situación descrita hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas.

En fin, en nuestra Resolución 62/2013, y respecto del supuesto de inclusión de documentación de criterios evaluables mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor, señalamos que lo que el TRLCSP pretende al disponer 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 concurra esta circunstancia (...)" (artículo 150.2 in fine), no es otra cosa sino garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de estos criterios no influye en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se haya atribuido por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas.

La voluntad del legislador tiene como fundamento el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Tal propósito se materializa en el artículo 150.2 del TRLCSP disponiendo que "las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada", y estableciendo por ello el artículo 26 del RD 817/2009 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 fin, el razonamiento del legislador queda complementado con lo dispuesto en el artículo 30.2 del mismo RD 817/2009 a cuyo tenor *"en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor"*.

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).

El efecto la jurisprudencia mayor y menor ha declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de ese error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas.

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 número 1 o número 2 de documentos correspondientes al sobre número 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 contrario.

Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su reciente 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 consecuencia, para el supuesto aquí examinado, el incumplimiento de los requisitos formales de presentación de la documentación, **la exclusión del licitador está justificada pues el incumplimiento de tales requisitos, habida cuenta de que los documentos incluidos indebidamente no eran datos ya conocidos o cuyo conocimiento a destiempo fuera irrelevante, sino elementos esenciales de la proposición del licitador**, debe concluirse que, a tenor de lo dispuesto en el PCAP y en los artículos 145 y 150 del TRLCSP y 26 y 30 del RD 817/2009, **se infringió el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabando con ello la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se preservan mediante dicho secreto, habiéndose visto afectado sustantivamente los principios de igualdad de trato y no discriminación."**

Trasladando la doctrina expuesta a nuestro caso concreto, podemos afirmar que la empresa EBA S.L. ha incluido datos en su oferta técnica (sobre B) que permiten conocer dos aspectos concretos de los criterios evaluables mediante fórmula matemática (sobre C), en la fase posterior (apartados L. del Cuadro de características específicas del PCP):

- **Aumento del plazo de garantía de la obra y la puntuación correspondiente:** 4 años, al que le corresponde la puntuación máxima para dicho criterio, 8 puntos.

Si atendemos a la doctrina del TACRC, expuesta más arriba, **los datos referidos** han sido aportados en el sobre B por la empresa SUFAG S.A.S, tal y como se desprende del informe técnico de 3 de diciembre, dichos datos **permiten obtener de manera inequívoca parte de la puntuación correspondiente a la fase posterior en la que se evalúan los criterios objetivos sujetos a fórmula matemática** por lo que **se entiende vulnerado principio de secreto de las proposiciones** hasta el momento de la licitación pública, menoscabando la objetividad y tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se preservan mediante dicho secreto y afectando a los principios de igualdad de trato y no discriminación.

SEXTA.- Una vez analizada la concurrencia del supuesto de hecho que da lugar a incumplimiento del procedimiento, **es necesario analizar cuál es la consecuencia jurídica asociada a la inclusión indebida de datos del sobre C en el sobre B.**

Como ya se ha apuntado al exponer la teoría de los órganos competentes para conocer de los recursos en materia de contratación pública, **la consecuencia del incumplimiento referido es la exclusión del procedimiento.**

Se puede afirmar que existe una doctrina prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobre separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento en que marca la ley.

La citada doctrina ha sido convenientemente recogida en el informe de la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón** en su

informe 12/2013, de 22 de mayo, al que ya se ha hecho referencia más arriba, y que señala en lo que aquí interesa lo siguiente:

“El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en su Resolución 22/2013, de 17 de enero (Recurso 328/2012), ha resumido los criterios que ha venido aplicando: «Este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado 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 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), 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 299/2011, referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos 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, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011)».

La inclusión de información de las ofertas en el sobre relativo al cumplimiento de los requisitos previos, conculca el principio de transparencia que exige mantener el secreto de las mismas hasta el momento de proceder a la apertura pública, de acuerdo con lo previsto en los artículos 145.2 y 160.1 TRLCSP.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado mantuvo el mismo criterio en los informes 43/02, de 17 de diciembre y 20/07, de 26 de marzo:

«Sin que el pliego de cláusulas administrativas particulares contenga previsiones distintas de las reseñadas, 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 de 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, incluidos los aspectos técnicos de las mismas, deben ser secretas hasta el momento de la licitación pública, es decir, hasta el momento de apertura de las proposiciones».

En el mismo sentido se ha expresado ya vigente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en el Informe 30/11, de 15 de diciembre.

La inclusión de información sobre la oferta evaluable mediante fórmulas, en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor, infringe el principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 150.2) y conlleva asimismo la exclusión del licitador. Como ha puesto de relieve el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo de 2011, no se trata de una exigencia meramente formal:

«Las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad de trato, como en estas previsiones normativas requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores,

muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. En este concreto aspecto de la presentación de propuestas, se basan en la voluntad legal de separar, en dos momentos diferentes, la valoración de las ofertas, en atención a que los criterios para su evaluación estén sujetos a juicio de valor o no; y ello, parece evidente, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas, o contaminadas entre sí, ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que se predica desde el mismo artículo 1 LCSP.

Si se considerara que estas exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento “ordenado” de apertura de las documentaciones, podría admitirse que la falta de cumplimiento de las mismas, no determinase de forma inevitable la exclusión del procedimiento de las empresas que incumplen dichas previsiones. Sin embargo, tal conclusión adolecería de superficialidad, en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales de la contratación pública. Como se ha señalado, la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la valoración en dos momentos temporales, es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, evitando que el conocimiento de la valoración pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración.

De ello se deduce que, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico, presentada por éstos, puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De modo que, se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra la LCSP».

La exclusión de los licitadores que incluyan información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor es automática, pues como dice el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales en la citada Resolución 22/2013: **«configura un riesgo potencial de contaminación del juicio de valor (que) exige la exclusión del licitador recurrente».**

En el mismo sentido, e introduciendo una nueva precisión en el sentido de que **no es necesario un desvelo total de la oferta**, se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 84/2011, de 7 de diciembre (Recurso 89/2011):

«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».

En virtud de lo expuesto, en nuestro caso, **la consecuencia jurídica del incumplimiento producido ha de ser necesariamente la exclusión del licitador EBA S.L. del procedimiento, pues los datos aportados en el sobre B no son datos irrelevantes sino que permiten conocer elementos esenciales de la proposición del licitador susceptibles de valoración en la fase posterior.**

SÉPTIMA.- Finalmente, conviene analizar si los pliegos que rigen la contratación recogen adecuadamente las exigencias relativas al secreto y la publicidad de las proposiciones, de tal forma que no ofrezcan dudas a los licitadores en cuanto a la forma en que deben presentar las ofertas, ya que la oscuridad en las cláusulas de los pliegos en modo alguno puede perjudicar a los licitadores (Resolución del TACRC nº 171/2011).

Dos cuestiones son fundamentales en este punto, en primer lugar establecer si en los pliegos se determina claramente la forma en que el licitador ha de presentar su oferta y de ser así si éste ha cumplido con ella y en segundo lugar, si se establece claramente en los pliegos la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento.

1.- En cuanto a la primera de las cuestiones, la redacción de los pliegos es meridianamente clara y no deja lugar a dudas. Así, se establece en relación con la documentación que debe incluirse en cada sobre lo siguiente:

“L. DOCUMENTACIÓN A INCLUIR EN LOS SOBRES B y C. PROPOSICIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA

De acuerdo con los criterios de adjudicación, detallados en el apartado anterior, se establecen dos fases de valoración, para lo cual se presentarán 2 sobres (B y C), cerrados e independientes, cada uno de los cuales incluirá la documentación correspondiente tanto en papel como en formato electrónico (preferiblemente .pdf).

En la primera fase se valorarán los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, para lo cual se incluirá dentro del sobre B la documentación técnica precisa para valorar los criterios 2.1., 2.2. y 2.4. establecidos en el epígrafe L. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, del cuadro de características específicas del contrato del presente pliego. Como se ha indicado, serán eliminadas del procedimiento de selección aquellas ofertas que en esta primera fase no hayan alcanzado la puntuación de 15 puntos.

En la segunda fase de valoración, únicamente participarán los licitadores que hayan superado la primera fase. En esta fase se valorarán los criterios evaluables de forma automática, para lo cual se incluirá dentro del sobre C la documentación para valorar los criterios 1 y 2.3., establecido en el epígrafe K. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, del cuadro de características específicas del contrato del presente pliego. (...)

Se excluirá del procedimiento a aquellos licitadores que incluyan documentación correspondiente a fases posteriores debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases tal como determina el artículo 150 del TRLCSP.”

Y el epígrafe K. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN del PCP indica lo siguiente:

“2.3. Aumento del plazo de garantía de la obra y todo tipo de materiales, sobre la mínima exigida en el pliego de condiciones particulares. (Hasta un máximo de 8 puntos). Se valorarán con 0 puntos las ofertas que ofrezcan un plazo de garantía coincidente con el mínimo exigido. La puntuación de los licitadores que oferten un aumento de 0 a 4 años, se calculará proporcionalmente al incremento respecto del plazo mínimo exigido. Las ofertas que superen el valor máximo de aumento de 4 años citado recibirán 8 puntos. El aumento en el plazo de garantía ofertado se expresará en años completos, es decir: 1 año, 2 años, 3 años, etc.

Los criterios evaluables de manera automática son los criterios 1 y 2.3., que suponen una ponderación de 55 puntos.”

- **Apartado 4. del Pliego de Condiciones Particulares** denominado “Proposiciones de los interesados: documentación a aportar (artículo 146 TRLCSP)”. Concretamente:

- Apartado C.- **SOBRE B: Documentación de criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor.**

*“Contendrá aquellos documentos que se señalan en el cuadro de características específicas del contrato acreditativos de las circunstancias a tener en cuenta en la valoración de las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación que requieren de un juicio de valor, y se presentará en la forma prevista en el presente Pliego. **En ningún caso deberán incluirse en este Sobre B documentos propios del Sobre C.**”*

Se excluirá por lo tanto del procedimiento a aquellos licitadores que incluyan documentación correspondiente a fases posteriores debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases.

- Apartado D.- **SOBRE C: Documentación de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.**

“Contendrá aquellos documentos que se señalan en el cuadro de características específicas del contrato acreditativos de las circunstancias a tener en cuenta en la valoración de las ofertas sobre los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas. (...)”

Dada la redacción del PCP **no hay lugar a dudas sobre forma de presentación de la documentación, estableciéndose expresamente que en el sobre B no puede incluirse ninguna referencia a datos que den lugar a un conocimiento, de datos susceptibles de valoración en la siguiente fase.** Por tanto, en este punto cabe concluir que el licitador ha incumplido las prescripciones del PCP en relación con la forma de presentación de la oferta, siendo un defecto insubsanable.

2.- En relación con la segunda cuestión, relativa a la necesidad de que en los pliegos se establezca expresamente la consecuencia jurídica de incluir datos del sobre C en el sobre B como causa de exclusión del procedimiento, tal y como se puede observar más arriba **hasta en**

dos ocasiones se pone de manifiesto tanto en el PCP dicha circunstancia, por lo que no cabe duda al respecto.

OCTAVA.- A modo de resumen y a la vista de lo expuesto, se puede afirmar que en el caso que nos ocupa la empresa EBA S.L. ha incumplido las prescripciones establecidas para presentar su oferta al incluir datos del sobre C (información evaluable mediante fórmula matemática) en el sobre B (información sujeta a juicio de valor), vulnerando el principio de secreto de las proposiciones, lo que impide realizar una valoración objetiva de los criterios de adjudicación.

A lo largo del presente informe se han ido desgranando los requisitos establecidos por los órganos competentes para resolver recursos en materia de contratación para que el citado incumplimiento opere como causa de exclusión, concretamente, en relación con el caso que nos ocupa podemos señalar que:

- En la propuesta de EBA S.L. el sobre B (propuesta técnica, criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor) contiene datos evaluables en la siguiente fase (aumento del plazo de garantía de la obra).

- Los datos referidos no constituyen un mero formalismo sino que permiten tener un conocimiento preciso de parte de la puntuación que la empresa EBA, S.L. obtendría en la siguiente fase. El total de los 8 puntos correspondientes al máximo que posible obtener en el criterio de adjudicación "aumento del plazo de garantía de la obra", lo que supone una vulneración del principio de secreto en las propuestas y con ello los principios de transparencia y no discriminación, al no permitir mantener la objetividad en la valoración de las ofertas.

- En los pliegos se establece claramente y sin lugar a dudas tanto la forma de presentación de las ofertas (ver apartados K y L del cuadro de características específicas del PCP), como la consecuencia en caso de incumplimiento en la forma de presentación, habiéndose producido un incumplimiento por la empresa EBA, S.L. que debe dar lugar a su exclusión en el procedimiento de contratación.

En virtud de lo expuesto, se llega a la siguiente

CONCLUSIÓN

Las oferta presentada en el expediente de contratación DEL CONTRATO PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS CORRESPONDIENTES AL "PROYECTO DE EJECUCIÓN DE COMEDOR, CAFETERÍA, COCINA Y ASEOS GENERALES EN LA CASONA DE CARMONA. T.M. DE CABUÉRNIGA.", por la empresa EBA S.L. debe ser excluida del procedimiento por incluir en el sobre B documentación que contiene datos del sobre C, incumpliendo lo dispuesto en el PCP en relación con la presentación de la documentación, siendo dicho incumplimiento insubsanable."

Por tanto, en virtud de lo expuesto y a tenor de lo propuesto por la Mesa de Contratación,

RESUELVO

Primero.: Excluir del procedimiento de contratación de referencia la oferta presentada por EBA S.L. por incluir en el sobre B documentación que contiene datos del sobre C, incumpliendo lo dispuesto en el PCP en relación con la presentación de la documentación, siendo dicho incumplimiento insubsanable.

Segundo: Disponer que se proceda a la notificación al licitador de la presente resolución, concediéndole un plazo de dos días, contados a partir del siguiente a la recepción de notificación, para que proceda, si así lo considera a formular las alegaciones que estime oportunas para la defensa de sus intereses.

En Santander, a 22 de diciembre de 2014

EL CONSEJERO DELEGADO DE CANTUR S.A.



CantTur
SOCIEDAD REGIONAL CÁNTABRA
DE PROMOCIÓN TURÍSTICA, S.A.

Fdo. Santiago Recio Esteban

