

RESOLUCIÓN DE EXCLUSIÓN DE LA PROPUESTA PRESENTADA POR LA EMPRESA SOLPAVIFER-CERCAS CANTABRIA, S.L, LICITADORA DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN, PROCEDIMIENTO ABIERTO, TRAMITACIÓN ORDINARIA, DEL CONTRATO DE OBRAS CORRESPONDIENTES AL PROYECTO DE CIERRE PERIMETRAL DEL PARQUE DE LA NATURALEZA DE CABÁRCENO, FASE I

Visto el expediente de contratación de referencia, la propuesta de la Mesa de contratación de fecha 15 de Enero de 2018 y el Informe Jurídico emitido por la Directora Jurídica de esta Sociedad de fecha 3 de Enero de 2018, se emite Resolución con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 20 de Diciembre de 2017 se reúne la mesa de contratación para notificar a los licitadores el resultado del sobre A) y proceder a la apertura del sobre B).

Se procede por la mesa a la apertura del sobre B) y se constata que:

4. El sobre B) de la licitadora SOLPAVICER-CERCAS CANTABRIA SL, contiene:
 - USB con la documentación solicitada en formato PDF
 - Memoria técnica en dossier encuadernado, cumplimentando los requisitos del PCP, en el que se incluye un apartado 4 con el enunciado “Aumento del plazo de garantía de la obras y todo tipo de materiales”, en el que se oferta una ampliación del plazo de garantía sobre el mínimo exigido
 -

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- El órgano competente para dictar la resolución de exclusión de los licitadores del procedimiento de contratación de referencia es la mesa de contratación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 320.1 del TRLCSP y 22.1.b) del RD 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, este último señala:

“Artículo 22. Funciones de las mesas de contratación.

1. Sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones complementarias, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación (...):

b) Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”

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 del asunto, cabe señalar que en el caso que nos ocupa concurre motivo de exclusión de la mercantil Solpavifer-Cercas Cantabria, S.L. del procedimiento de contratación de referencia, por no cumplir lo establecido en el PCP, sobre la base de los argumentos que a continuación se indican.

Son de aplicación al presente supuesto, entre otros, las siguientes disposiciones:

- Artículo 3 de las instrucciones internas de contratación de CANTUR S.A. *“La adjudicación de los contratos estará sometida a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”.*

- Artículo 16 de las instrucciones internas de contratación *“Los empresarios interesados podrán presentar ofertas que serán secretas hasta el momento de la apertura; la cual se realizará en acto público cuando así lo haya dispuesto el pliego de cláusulas particulares”.*

- Apartado L del cuadro de características específicas del Pliego de Condiciones Particulares:

“DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR.

La documentación deberá presentarse en 3 sobres cerrados e independientes, cada uno con el contenido que se indica a continuación:

- **Sobre “A” Capacidad para contratar. Declaración responsable.** *Deberá contener una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración y la solvencia exigida en este pliego, referidas al momento de finalización del plazo de presentación de las proposiciones (art. 146.4 y 5 TRLCSP), de conformidad con lo expresado en el anexo VI al presente pliego.*

La acreditación de la posesión y validez de los documentos que se exige en la cláusula 5 del apdo. III del presente pliego (PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN) se exigirá únicamente al licitador en cuyo favor hubiera recaído propuesta de adjudicación y, en todo caso, previamente a la adjudicación del contrato.

- **Sobre "B". Proposición Técnica.** Deberá contener, además de toda aquella documentación que se estime conveniente para valorar dicha oferta, de conformidad con lo establecido en el Proyecto y de conformidad con las autorizaciones obtenidas de los organismos competentes, toda la documentación técnica necesaria para valorar los criterios de adjudicación de la LETRA M de este Pliego de Condiciones Particulares (PCP), en relación con lo dispuesto en la cláusula 4-C) del apdo. III del presente pliego (PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN).

- **Sobre "C": Proposición económica y criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas:** Deberá contener la oferta económica (según modelo que consta en el Anexo I) para poder valorar el criterio de adjudicación de la LETRA M de este PCP en relación con la cláusula 4-D) del apdo. III del presente pliego (PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN).

En este sobre, se deberá incluir la OFERTA ECONÓMICA y el resto de documentos relativos a la propuesta ofertada por el licitador y que estén considerados de evaluación posterior por ser susceptibles de evaluación automática, para poder valorar los criterios de adjudicación de la LETRA M de este PCP en relación con la cláusula 4-D) del apdo. III del presente pliego (PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN).

La OFERTA ECONÓMICA se presentará en un sobre identificado e independiente dentro del mismo, y será formulada conforme al modelo que se adjunta como Anexo I a este Pliego. Las ofertas de los contratantes deberán indicar, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.

Toda la documentación necesaria para realizar la valoración de la licitación (Sobre B) según los criterios de adjudicación, se deberá incluir en el sobre correspondiente soporte papel y digitalizado en castellano.

Se excluirá del procedimiento a aquellos licitadores que incluyan en los sobres documentación correspondiente a fases posteriores, debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases tal como determina el artículo 150.2 del TRLCSP. Por ello, se advierte expresamente que todos los datos correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas únicamente deberán mostrarse en el sobre C y no deberán aparecer en ningún caso en el sobre B."

- Apartado M. del Pliego de Condiciones Particulares denominado "CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN", establece

"(...) Los criterios evaluables de manera automática son la oferta económica y el incremento ofertado respecto al plazo de garantía mínimo exigido, es decir, los criterios 1 y 2.4, que suponen una ponderación de 74 puntos.

Los criterios evaluables dependiendo de un juicio de valor son los criterios 2.1, 2.2, 2.3 y 2.5, que suponen una ponderación de 26 puntos.

Serán eliminadas del procedimiento de selección aquellas ofertas que en la primera fase de valoración (criterios 2.1, 2.2, 2.3 y 2.5) no hayan alcanzado una puntuación de al menos OCHO (8) puntos.

- Criterio de adjudicación 2.4 del PCP:

"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 4 puntos):

Obtendrán 0 puntos los plazos de garantía para las obras ofertados que coincidan con el plazo mínimo exigido en el PCP, valorándose los demás en forma proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:

- *Incrementos \leq OCHO (8) AÑOS respecto del plazo de garantía mínimo exigido:*

Puntuación licitador = $0,5 \times$ Incremento en el plazo de garantía

Se ofertarán incrementos en el plazo de garantía expresados en años (ej. 1, 2, 3, 4...)

- *Incrementos $>$ OCHO (8) AÑOS:*

Puntuación licitador = 4,0 puntos"

- Apartado 4 del PCP página 19, dispone:

"Sobre (A). Capacidad para contratar.

Los licitadores deberán incluir en el sobre A una declaración responsable según el modelo que figura como anexo VI.

C.- Sobre (B). Proposición técnica.

Contendrá aquellos documentos necesarios para valorar los criterios de adjudicación definidos la LETRA M Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (Sobre B Propuesta Técnica).

D.- Sobre (C): Proposición económica y otros criterios evaluables de forma automática.

En este sobre, se deberá incluir la OFERTA ECONÓMICA y el resto de documentos relativos a la propuesta ofertada por el licitador y que estén considerados de evaluación posterior por ser susceptibles de evaluación automática, para poder valorar los criterios de adjudicación de la LETRA M de este PCP.

La OFERTA ECONÓMICA se presentará en un sobre identificado e independiente dentro del mismo, y contendrá exclusivamente una sola proposición, expresada conforme al modelo

que figura como anexo I, en la que se indicará para la retribución fija, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). No se aceptarán aquellas proposiciones que tengan omisiones, errores y tachaduras que impidan conocer claramente la oferta.”

En cuanto a los preceptos normativos que regulan la materia cabe citar los siguientes:

- Artículo 145.1 del TRLCSP, dispone que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*,

- Artículo 145.2 del TRLCSP, que establece que *“las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”*,

- Artículo 150 del TRLCSP relativo a los criterios de valoración de las ofertas, al igual que efectuaba el artículo 134.2 de la antigua LCSP, dispone en el último párrafo de su apartado 2 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”*.

- Artículo 139 del TRLCSP al disponer 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”*.

De la normativa citada se deduce claramente la forma en la que ha de presentarse la documentación en el procedimiento de contratación de referencia, esto es, en tres sobres (A, B y C) cerrados e independientes cuya apertura se realizará en fases sucesivas, siendo los sobres B y C abiertos en acto público y por tanto no pudiéndose conocer el contenido de los mismos hasta el momento de su apertura pública, todo ello para preservar el secreto de las ofertas y permitir una valoración objetiva de las mismas.

En el caso que nos ocupa, la licitadora han presentado datos o documentos del sobre C) en el sobre B) vulnerando el secreto de las proposiciones lo que no permite que se pueda realizar una valoración objetiva de las mismas, al incluir el dato del plazo adicional de garantía que es un criterio de valoración mediante fórmulas matemáticas que debía incluirse en el sobre C), tal y como establece el PCP.

la información proporcionada por la licitadora supone el conocimiento previo al momento procedimental oportuno de una parte de la puntuación de la fase 2 de valoración, correspondiente al criterio 2.4 de valoración, incremento del plazo de garantía.

Las previsiones realizadas en los pliegos que rigen el presente procedimiento de contratación traen 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 apartados M y 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 ajustaran 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 RDLCSP) 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.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el TARC tuvo ocasión de pronunciarse en un procedimiento en el que CANTUR, S.A. excluyó a un licitador de un procedimiento alegando la misma causa que ahora nos ocupa, inclusión en el sobre B) de datos del sobre C), y de cuya Resolución nº 156/2015, de 27 de febrero, se transcribe parte del argumento por su interés para este caso:

“(…) Debe señalarse que en sí no es un documento del sobre C lo que se ha incluido en el sobre B, sino un dato, y para saber si con la inclusión de ese dato se ha vulnerado el secreto de las ofertas es preciso recordar que lo que viene considerando al efecto este Tribunal en supuestos semejantes. En primer lugar, debemos recordar que el artículo 150.2 in fine 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 concurra esta circunstancia (…)”.

Como hemos explicado recientemente en nuestra reciente resolución 688/2014 de 23 de septiembre la finalidad de este artículo no es otro 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 (el subrayado es nuestro) “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”. Por ello, el artículo 26 del RD 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 (RD 817/2009 en adelante) 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 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".

En la ya mencionada Resolución nº 688/2014 citamos el Dictamen del Consejo de Estado 670/2013 que al efecto señala que la importancia del secreto de las proposiciones es "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 todos los licitadores".

Como se he indicado más arriba, **la licitadora ha incluido datos en el sobre B) que debían haberse conocido únicamente tras la apertura del sobre C)**, suponiendo que los datos revelados suponen conocimiento de parte de la puntuación que se obtendría por aplicación de fórmulas, **por lo que se entiende vulnerado el principio de secreto de las proposiciones.**

En cuanto a la **consecuencia jurídica del citado incumplimiento**, se ha establecido de forma clara e inequívoca en los pliegos al señalar el PCP en su página 7 lo siguiente:

Se excluirá del procedimiento a aquellos licitadores que incluyan en los sobres documentación correspondiente a fases posteriores, debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases tal como determina el artículo 150.2 del TRLCSP. Por ello, se advierte expresamente que todos los datos correspondientes a los criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas únicamente deberán mostrarse en el sobre C y no deberán aparecer en ningún caso en el sobre B."

Por tanto, en virtud de lo anterior, la licitadora SOLPAVIFER-CERCAS CANTABRIA, S.L., **debe ser excluida del procedimiento.**

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

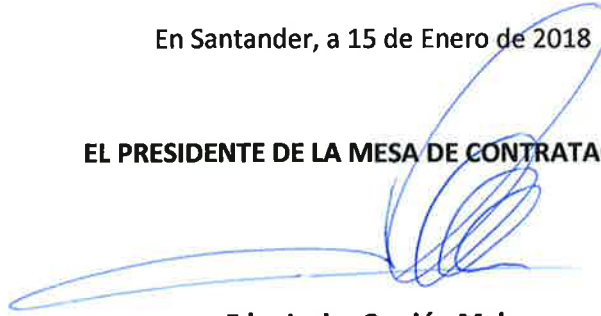
RESUELVO

Primero.: Excluir del procedimiento de contratación de referencia la oferta presentada por INSAMETAL, S.L., por incumplir los requisitos establecidos 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 excluido de la presente resolución.

En Santander, a 15 de Enero de 2018

EL PRESIDENTE DE LA MESA DE CONTRATACIÓN



Fdo. Javier Carrión Malo

Contra la precedente Resolución cabe interponer recurso contencioso-administrativo, ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo de 2 meses contados desde el día siguiente al del recibo de esta notificación.