

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. – 16/2020

RESOLUCIÓN Nº.- 19/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 25 de mayo de 2020.

Visto el recurso especial en materia de contratación formulado por F.C.N., en representación de la mercantil PLASTIC REPAIR SYSTEM 2011 S.L., contra el acuerdo de exclusión de su proposición en la licitación relativa a la CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE REPARACIÓN DE TAPAS, BRAZOS Y CUBETOS DE LOS CONTENDORES DE POLIETILENO DEL PARQUE DE CONTENDORES DE LIPASAM, expediente de contratación CE 40/2019, tramitado por la entidad Limpieza Pública y Protección Ambiental Sociedad Anónima Municipal (en adelante LIPASAM), este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de enero de 2020, se procede a la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, del anuncio de licitación y los pliegos para la Contratación DEL SERVICIO DE REPARACIÓN DE TAPAS, BRAZOS Y CUBETOS DE LOS CONTENDORES DE POLIETILENO DEL PARQUE DE CONTENDORES DE LIPASAM, expediente de contratación CE 40/2019, con un valor estimado de 209.000 €.

SEGUNDO.- El contrato se tramita por procedimiento Abierto, no estando sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación, figurando éstos en la Cláusula 10.5 del Pliego, conforme a la cual:

10.5. De la valoración de ofertas (criterios de adjudicación)

Cada oferta presentada se baremara sobre una puntuación ideal máxima de 100 puntos, estableciéndose dos apartados para la ponderación de los criterios de valoración. La adjudicación se realizara a la empresa que obtenga la mayor puntuación global sobre los distintos criterios baremados.

- Valoración de los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor: hasta un máximo de 10 puntos.

- Valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas: hasta un máximo de 90 puntos.

La valoración final será la obtenida tras la suma de la puntuación obtenida por los dos criterios de valoración enunciados.

A) Valoración de los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor: hasta un máximo de 10 puntos.

Se asignara hasta diez puntos (10 puntos) a aquella propuesta que cumpliendo las especificaciones técnicas establecidas en pliegos, relacione la naturaleza y mayor calidad de los elementos y repuestos empleados en el proceso de reparación.

B) Valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas: hasta 90 puntos

V2.- Mejora en el plazo de garantía de los elementos reparados (hasta diez puntos). Habiéndose establecido un mínimo de seis meses de garantía, se asignaran automáticamente 5 puntos por cada trimestre en que se amplíe dicho plazo (a tal efecto se deberá cumplimentar el anexo I).

V3.- Valoración económica

Se asignara la puntuación máxima, ochenta puntos (80 puntos) a aquella propuesta que cumpliendo las especificaciones técnicas reflejadas en las presentes prescripciones, presente la oferta más económica para la elaboración de los trabajos (a tal efecto se deberá cumplimentarse el anexo I).

Las restantes ofertas recibirán puntuaciones decrecientes proporcionalmente al porcentaje de desviación sobre el precio más bajo. La fórmula aritmética de asignación de puntuación será la siguiente:

$$PE = (100 \times M) / Of$$
$$Of = Ofa+Ofb+Ofc$$

Con carácter previo, la Cláusula 9 del Pliego, regula la presentación de proposiciones, disponiendo las instrucciones sobre cómo debe llevarse a cabo tal presentación y la documentación a incluir en cada sobre, concretando en la página 12 el contenido de los Sobres 2 y 3 en los siguientes términos:

Sobre nº 2: documentación relativa a la proposición técnica y criterios valorables mediante juicios de valor.

Se debe informar de la maquinaria y protocolos de intervención tipo, siendo objeto de valoración la **calidad y composición de la materia prima empleada en los procesos de reparación** (hilos, resinas, selladores, etc....)

Se reitera que para la validez de toda proposición, el sobre segundo no debe contener dato o documento que deba aportarse en el sobre tercero (que queda reservado a la oferta económica y del plazo de garantía).

Sobre nº 3: documentación relativa a la proposición económica y resto de criterios de valoración automática (mera aplicación de fórmulas)

El sobre tercero contendrá la oferta económica y la parte técnica que dé respuesta a los criterios de adjudicación sometidos a la mera aplicación de fórmulas. Deberá incluirse en dicho sobre el **Anexo I** debidamente cumplimentado y firmado, incluyendo en dicho anexo la oferta económica y el plazo de garantía de las reparaciones efectuadas.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas, en la apertura electrónica de plicas convocada el 27 de enero, se constata a través de la plataforma que se han presentado dos proposiciones en tiempo y forma, PLASTIC REPAIR SYSTEM 2011, S.L. y SULO IBERICA, S.A., mientras consta la presentación extemporánea de la oferta presentada por REPARACION DE MOBILIARIO URBANO CONTESUR SL., por lo que se concluye su exclusión.

En la misma fecha, se procede a la apertura de los sobres que contienen la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor de las dos empresas admitidas [PLASTIC REPAIR SYSTEM 2011, S.L. y SULO IBERICA, S.A.] observándose que la entidad PLASTIC REPAIR SYSTEM 2011, S.L. informa del plazo de garantía, criterio valorable mediante la mera aplicación de fórmulas. En consecuencia, se procede a la exclusión de la oferta presentada, al amparo de lo establecido en la cláusula 9.2. de los pliegos de condiciones, conforme a la cual *"el sobre segundo no debe contener dato o documento que deba aportarse en el sobre tercero (que queda reservado a la oferta económica y del plazo de garantía)"*.

Las comunicaciones de admisión y las dos exclusiones definitivas se notificaron a los interesados y se publicaron a través de la *Plataforma de Contratación del Sector Público* el mismo 27 de enero de 2020.

Contra la citada de exclusión, PLASTIC REPAIR SYSTEM 2011 S.L. interpone recurso especial en materia de contratación, presentando éste ante el Registro General del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla el 14 de febrero. Este Tribunal, sin embargo, ha tenido conocimiento de dicha interposición con fecha 11 de Mayo, habiéndose producido, según informa el Registro General, un error en el envío. Recibida la documentación, se procedió por el Tribunal a dar traslado del escrito de interposición a LIPASAM, solicitando la oportuna copia del expediente y los informes preceptivos a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP. La documentación remitida por parte de la citada unidad, tiene entrada en este Tribunal el 14 del presente, oponiéndose al recurso formulado y manifestando el traslado a los interesados, para alegaciones, el pasado día 12.

Habida cuenta de que no se tenía conocimiento de la interposición del recurso, mediante acuerdo de la Comisión Ejecutiva de LIPASAM de 8 de mayo de 2020, se adoptan los siguientes acuerdos:

PRIMERO.- Excluir del procedimiento de contratación del servicio de reparación de tapas, brazos y cubetos de los contenedores de polietileno del parque de contenedores de LIPASAM (CE 40/2019) a las empresas:

- REPARACION DE MOBILIARIO URBANO CONTESUR S.L. por presentación de la oferta de forma extemporánea.
- PLASTIC REPAIR SYSTEM 2011 S.L. por contener datos o documentos relativos al tercer sobre (oferta económica y plazos de garantía) en la apertura del segundo sobre.

SEGUNDO.- Requerir a la empresa SULO IBERICA, S.A. para que cumplimente lo establecido en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público con relación al expediente de contratación CE 40/2019.

TERCERO.- Una vez cumplido adecuadamente el trámite anterior, adjudicar el contrato CE 40/2019 a la empresa SULO IBERICA, S.A. por un importe global máximo de ciento cuatro mil quinientos euros [104.500,00€], más IVA, ...

TERCERO.- Con fecha 19 de mayo, tiene entrada en el correo del Tribunal, escrito de alegaciones remitido por la mercantil CONTESUR, oponiéndose al recurso y manifestando la falta de fundamento de la pretensión del recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En relación a **la legitimación**, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, puede entenderse que la recurrente se encuentra legitimada.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condiciónn de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.{...}.”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir la exclusión, en tanto acto de trámite cualificado que es.

Ciertamente, en el momento actual, el procedimiento ha avanzado hasta la propia adjudicación, por lo que, aun no procediendo la suspensión automática, al no haberse impugnado ésta, el procedimiento queda en suspenso hasta tanto el recurso sea resuelto, y así se ha hecho saber a la unidad tramitadora del expediente, por cuanto que otra cosa podría conllevar perjuicios de difícil o imposible reparación al recurrente, ajeno al hecho de la Resolución tardía, que por falta de conocimiento del propio recurso, dictará este Tribunal.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, el análisis del escrito de interposición, viene a plantear, en esencia, la continuidad de la recurrente en el procedimiento licitatorio, en base a los siguientes argumentos:

1. El documento remitido como 'Descripción técnica del servicio' se elabora a partir de documento previamente existente y semejante en contenido, creado para la licitación publicada en 2019.
2. Se comete el error de no eliminar dicha cláusula en el documento presentado.
3. En el sobre 3 se incluye dicha información como corresponde según pliego.
4. La garantía especificada erróneamente en el documento del sobre 2 coincide en tiempo con la indicada en el Anexo I del Sobre 3, sin tratar de inducir a error.

El propio recurrente manifiesta en su escrito que la Propuesta técnica se elaboró a partir del documento creado para una licitación anterior, cometiendo el error de no eliminar la cláusula correspondiente a la garantía, circunstancias de las que se extrae, cuanto menos, una falta de diligencia sólo a él imputable.

Como, acertadamente, manifiesta el Órgano de contratación en su informe, "los cuatro puntos nos ilustran más sobre la génesis del error material cometido por PLASTIC REPAIR que sobre una aparente vulneración de sus derechos por la exclusión acordada".

Resulta irrelevante, llegados a este punto, que en el Sobre 3 se incluya, como indica el Pliego, la oferta relativa a la garantía, y en los mismos términos en los que a ella se alude en el Sobre 2, pues lo relevante es que la inclusión de información susceptible de valoración automática en el sobre que únicamente ha de contener la documentación relativa a criterios sujetos a juicio de valor, incide en los principios esenciales de secreto de las ofertas e imparcialidad y objetividad en la valoración .

Como señala el órgano de contratación, la redacción de los Pliegos es clara, inequívoca y con advertencia expresa al respecto, reiterándose con texto en negrita y subrayado, que la inclusión en el Sobre 2 de dato o documento que deba aportarse en el Sobre 3, cuales son, según señala literalmente, la oferta económica y el plazo de garantía, conlleva la invalidez de la proposición, considerando que ello implicaría un defecto que trunca la validez y continuidad de la proposición en la licitación, conforme a “los principios básicos de contratación pública previstos en el artículo primero de la Ley 9/2017 atendiendo a la doctrina mayoritaria al respecto de la contaminación de la imparcialidad y objetividad que supone o pueda suponer sobre los juicios de valor que deban informar las distintas *Mesas o Equipos de Valoración* por tener conocimiento prematuro de lo ofertado en criterios de adjudicación automáticos reservados a apertura pública (habitualmente los *sobres nº3*)”

En efecto, tanto los órganos consultivos como los Tribunales administrativos de contratos, sin perjuicio de que no se pueda sentar una doctrina absoluta y deba analizarse caso por caso, han conformado lo que podría calificarse de “denominador común” consagrando la procedencia de la exclusión automática en caso de que se aporte anticipadamente información reservada a fases posteriores del procedimiento para aquellos en que, como el que nos ocupa, sus pliegos cuenten con regulación expresa y criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor significativos respecto a la puntuación total establecida. En el caso que nos ocupa, los pliegos asignan diez puntos a criterios sometidos a juicios de valor y noventa a criterios automáticos o de mera aplicación de fórmulas (en concreto diez puntos para la garantía ofertada y los ochenta restantes para la oferta económica).

La doctrina de este Tribunal al respecto de la cuestión, se contiene, principalmente en nuestras Resoluciones 15/2019 y 4/2020. Como señalábamos en nuestra Resolución 15/2019, a la que el Órgano de Contratación alude en su informe, el tenor literal de los Pliegos, *lex contractus*, conocidos, asumidos y vinculantes tanto para los licitadores al presentar su oferta, como para el órgano de contratación, establece expresamente la necesidad de separación e inclusión en sobres distintos de la documentación relativa a criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, y la concerniente a los criterios de evaluación automática, ya se refieran éstos últimos a la proposición económica o a cuestiones técnicas, estableciendo la apertura y valoración de los primeros en un momento distinto, y anterior a la de los segundos (Clausula 10 del Pliego, en la que se describe el procedimiento).

Como ocurriera en el caso examinado en la resolución citada, a pesar de las advertencias claramente contenidas en el pliego, la reclamante presentó el sobre número 2 de su oferta incluyendo en éste información que sin lugar a dudas había de incluirse en el Sobre 3.

Constatándose por este Tribunal, a la vista de la documentación presentada en el Sobre 2, la inclusión en el mismo de los documentos e información referidos, y asumiéndose tal hecho por el propio recurrente, la cuestión se centra en determinar las **consecuencias** de dicha inclusión.

CUARTO.- Como es sabido, y es doctrina consolidada de este Tribunal (Resoluciones 25/2018, 1/19, 2/2019, 3/2019 o 17/2020, entre las más recientes) los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación. En este sentido se manifiestan tanto la normativa, como la jurisprudencia y la doctrina de los órganos de resolución de recursos en materia contractual, (STS de 29 de septiembre de 2009, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero, Resol. 45/2017, 192/2018 del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resol. 228/2017, 244/2018 del Tribunal de Contratación Pública de Madrid, Resol. 178/2013, 17/2013, 45/2013, 410/2014, 714/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resol 25/2018 del Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, entre otras) pudiendo traerse a colación la Resol. 219/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que recoge la doctrina sentada en esta materia (Resol. 17/2003, 45/2003, 321/2003, 253/2011, 178/2013, 410/2014), recordando que, “de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo *“pacta sunt servanda”* con los corolarios del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios”.

En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, el art. 139 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público determina que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado sin salvedad o reserva alguna.

El Pliego del contrato que nos ocupa recoge esta vinculación en su Cláusula 2, estableciendo, expresamente, como hemos tenido ocasión de analizar en el Fundamento Tercero, la documentación que ha de incluirse en cada Sobre y el hecho de que la inclusión en el sobre nº 2 de información que ha de incluirse en el sobre nº 3 determinará la invalidez de la proposición. La Cláusula 9.2 establece, asimismo, que “El licitador será el único responsable de todo el contenido de los sobres. La presentación de la proposición implica la aceptación incondicionada por el empresario del contenido del presente pliego de condiciones”. y la Cláusula 10 describe el procedimiento de adjudicación, en el que se establece la valoración separada y previa de los criterios sujetos a juicio de valor, con respecto a los evaluables automáticamente o mediante fórmulas, recogiendo las previsiones al efecto contenidas en la normativa general sobre contratación pública.

Como viene señalando la doctrina, y de ella nos hacíamos eco en la Resolución 15/2019, parece clara la intención del legislador de mantener la imparcialidad de los técnicos a la hora de valorar las ofertas, manifestando que *“de admitir las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la de carácter técnico susceptible de valoración mediante juicio de valor presentada por éstas puede ser, y de forma inevitable será, valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta, vulnerando así la garantía de los terceros, debiendo inadmitirse las proposiciones cuando se aprecie que con ella se vulnera lo dispuesto acerca del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública”*.

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ/2009/8076) “(...) *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 mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello el conocimiento anticipado de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se valoran mediante juicios de valor puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando es conocida solamente la de parte de los licitadores, ello puede implicar desigualdad en el trato de los mismos.*”

El principio de igualdad en materia de contratación implica que todos los licitadores han de encontrarse en pie de igualdad de trato, tanto en el momento de presentar sus proposiciones como en el momento posterior, de valoración de éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así lo dispone, como decíamos, el vigente artículo 139 del TRLCSP “*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y se ajustarán al principio de transparencia*”, principios recogidos igualmente en el citado art. 19 de la LCSE.

En el mismo sentido, se vienen manifestando los informes de las Juntas Consultivas (Informes JCCA del Estado 38/2007, 62/2008, 68/2008 o el número 20/2008 de la Junta Consultiva de Andalucía), señalando que la inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la de juicio de valor infringe el principio de igualdad de trato y no discriminación y conlleva asimismo la exclusión del licitador, tratándose, en todo caso, de evitar un riesgo potencial de contaminación del juicio del técnico encargado de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, una vez conocida la documentación valorable mediante fórmula.

La jurisprudencia ha declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas (STS de 20 de noviembre de 2009, SAN de 6 de noviembre de 2012), por considerar que resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión, pues ha de acreditarse que tal actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

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 esta línea, concluye la Resolución nº 784/2018 del Tribunal Central que, sólo en aquellos casos en los que sea patente que los datos revelados no tienen influencia en el secreto debido de las proposiciones y la objetividad de los órganos de contratación, no afectando a la igualdad entre licitadores, será procedente admitir las proposiciones; de ahí la casuística existente en este tipo de supuestos.

En conclusión, pues, la exclusión no es un criterio absoluto, sino que deberá operar en la medida en que tenga lugar la contaminación por conocimiento anticipado, de tal suerte que ya no puedan quedar garantizados los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato; (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Resolución 729/2016) *“La exclusión de un licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto del adecuado no es un criterio absoluto ni debe operar de forma automática, (...) antes de expulsar a un candidato del procedimiento, debe analizarse si se ha podido quebrar la imparcialidad y la objetividad en la evaluación (Resolución 261/2016)... lo verdaderamente relevante no es la forma en que se presentan las ofertas, sino que se garanticen los principios de invariabilidad de la oferta y de igualdad de trato, lo que exige a su vez que se cumplan dos requisitos: a) que el error cometido no permita albergar duda alguna sobre la verdadera voluntad de la licitadora, y b) que ese error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva.”*

A muy similares conclusiones llegó la JCCA del Estado en su Informe 30/11: *“Por ello, si la documentación incluida en su sobre incorrecto es irrelevante desde el punto de vista de los citados principios, puede considerarse que constituyendo una irregularidad formal en el procedimiento, no constituyendo una causa que determine el efecto de la exclusión del mismo. A dicha conclusión llega el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, mediante Resolución de 5 de octubre de 2011, en el que la documentación aportada en sobre erróneo no esté sujeta a valoración y su conocimiento por el órgano de contratación en un momento distinto al previsto no influye en la objetividad de este órgano, y la de sus técnicos para valorar las ofertas presentadas»*

Las consecuencias de la contaminación según los sobres afectados por la misma, las sintetiza la Resolución 463/2017 del Tribunal Central, si bien advirtiendo de su carácter no absoluto, en el sentido indicado : *“Con carácter general 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 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). pudiéndose concluir, en definitiva, que se trata de una cuestión de equilibrio entre los principios de imparcialidad, igualdad de trato y objetividad, con los de concurrencia y proporcionalidad.*

A la vista de tales consideraciones, tanto este Tribunal como otros órganos encargados de la resolución de recursos y reclamaciones en materia de contratación, sobre la base de los principios de igualdad, no discriminación, objetividad en la valoración y secreto de las

ofertas, han asumido el criterio de confirmar la exclusión de los licitadores en el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas, en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (Resoluciones del Tribunal Central 205/2011, 47/2012, 61/2012, 173/2012, 514/2014, 1108/2015, 463/2017 o 980/17, Andalucía 28/2012, Navarra 15/2015, Madrid 120/2012, 154/2014 o 68/2018), y ello en la medida de que dicha información sea relevante, por los puntos a obtener, para la adjudicación, pudiendo influir en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, dado que al evaluarlos se tiene presente el conocimiento de aspectos que, en aras a la objetividad, han de ser conocidos en un momento procedimental posterior, debiendo tales criterios subjetivos valorarse única y exclusivamente teniendo en cuenta los parámetros fijados en el pliego, sin que el conocimiento de otros aspectos externos pueda condicionar su puntuación.

En nuestra Resol. 4/2020, defendíamos, además, que la finalidad esencial y última de las previsiones contenidas en la normativa de contratación (los artículos 139 y 157 de la LCSP, artículos 81 a 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) no se circunscribe única y exclusivamente a la preservación de la objetividad e imparcialidad en la valoración, considerando que el secreto de la oferta cumple además, una misión fundamental, como garante de los principios de transparencia, seguridad jurídica y garantía de la integridad de las ofertas presentadas, de ahí la exigencia de su apertura en acto público.

Siguiendo en este punto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 38/07, de 29 de octubre de 2007), el Central ha venido señalando (Resolución 205/2011, de 7 de septiembre) que *“la contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP). Lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites.*

Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos. El principio de igualdad de trato justifica el mandato contenido en el artículo 145.2 del TRLCSP, con arreglo al cual “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”. Y, con la finalidad de garantizar este secreto, el artículo 80.1 del RGLCAP, dispone que “la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa”, añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse “ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados” (apartado 2), articulándose medidas (apartado 3) para el caso en que “se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”.

La citada normativa persigue por tanto, y como concluíamos en la Resolución 4/2020, una doble garantía, por un lado, asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el período de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público, (...) y por otro, que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada.

Esa normativa se contiene actualmente en los artículos 139 y 157 de la LCSP. El artículo 139. 1 y 2 determina:

«Artículo 139. Proposiciones de los interesados.

1. 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, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.
2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones».

Y el artículo 157 establece en lo que aquí importa:

«Artículo 157. Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.

1. La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición.

Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario.

2. 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.

3. En todo caso la apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de veinte días contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las mismas.

Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se entenderá cumplido cuando se haya abierto, dentro del mismo, el primero de los sobres o archivos electrónicos que componen la proposición.

4. 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».

Tales determinaciones legales sobre presentación de las proposiciones en sobres distintos, según cual sea su contenido, y obligatoriedad de apertura de las ofertas económicas en todo caso en acto público, siempre después de haber superado la fase primera de apertura de sobres con la documentación administrativa y calificación de la misma, se completan en su regulación con lo determinados en los artículos 81 a 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

De esa normativa se deduce que, en todo caso, si se infringen sus determinaciones, habida cuenta que son normas imperativas y/o prohibitivas y se quebranta el secreto de las ofertas, el efecto es la exclusión de la licitadora cuya oferta infrinja ese régimen normativo.

En el caso que nos ocupa, constatada la inclusión en el Sobre 2 de aspectos que deberían figurar en el Sobre 3, y analizada su naturaleza y alcance, resultando que la información a la que se refiere resulta relevante, por la puntuación que tiene asignada, pudiendo ser determinante para la adjudicación, procede declarar conforme a derecho la exclusión efectuada, por cuanto que la contaminación que puede provocar el conocimiento anticipado de la información incluida en el sobre 2, conllevaría que no puedan quedar garantizados los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato, vulnerándose las prescripciones establecidas al respecto en la normativa reguladora de la contratación pública y en los Pliegos, dando lugar a que, con carácter previo al momento legal y contractualmente previsto, se tenga conocimiento de la oferta efectuada por uno de los licitadores concurrentes.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil PLASTIC REPAIR SYSTEM 2011 S.L., contra el acuerdo de exclusión de su proposición en la licitación relativa a la CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE REPARACIÓN DE TAPAS, BRAZOS Y CUBETOS DE LOS CONTENDORES DE POLIETILENO DEL PARQUE DE CONTENDORES DE LIPASAM, expediente de contratación CE 40/2019, tramitado por la entidad Limpieza Pública y Protección Ambiental Sociedad Anónima Municipal.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES