

**TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

**RECURSO Nº.- 27/2020**

**RESOLUCIÓN Nº.- 32/2020**

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

En Sevilla, a 16 de septiembre de 2020.

Visto el escrito presentado por D.G.R., en nombre y representación de la mercantil INGADE CONNECT, S.L., mediante el que se interpone Reclamación en materia de contratación contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato de “**Servicios de asistencia técnica y de auditorías internas para los sistemas de gestión implantados en EMASESA**”, Expediente 163/19-2, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (en adelante EMASESA) este Tribunal adopta la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de julio de 2020 se remite al DOUE anuncio de licitación del contrato de servicios descrito en el encabezamiento, con un valor estimado de 592.800 €, tramitándose mediante procedimiento abierto, con múltiples criterios de adjudicación.

La licitación se publica en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, junto con los Pliegos y Anexos correspondientes, el día 22 de dicho mes.

Del Pliego de Cláusulas Administrativas, han de destacarse, por lo que al recurso interesa, las siguientes previsiones:

**3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO.**

Conforme a la legislación de contratación pública, EMASESA es un poder adjudicador no Administración Pública, conforme a lo establecido en el art. 3.3.d) de la LCSP. Las relaciones jurídicas que puedan establecerse entre EMASESA y los licitadores o adjudicatarios son de naturaleza privada, rigiéndose por lo dispuesto en el RDL 3/2020, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado.

En los documentos contractuales, se podrá establecer la sujeción de esta contratación a determinados artículos de la LCSP, aunque estos, en principio, no sean de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación de EMASESA.

## **6.2. CONTENIDO DE LOS SOBRES**

Las proposiciones se mecanografiarán redactándolas en idioma castellano.

No se deberá introducir información correspondiente a un sobre en otro.

El orden de presentación de documentos será el estipulado en el Anexo 1 de este Pliego, con independencia de que alguno de ellos no haya de ser presentado por algún licitador.

EMASESA podrá solicitar la aclaración de cualquier extremo de su contenido o la ampliación de información.

### **6.2.1. Contenido del sobre nº 1 (Documentación Administrativa)**

La documentación a incluir en el sobre 1 será la indicada en el Anexo 1 de este Pliego.

EMASESA podrá requerir al licitador en cualquier momento para que acredite la veracidad de las declaraciones responsables que éste haya presentado, conforme a lo establecido en los artículos 55 y siguientes del RDL 3/2020. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado se entenderá que el licitador ha retirado su oferta y deberá indemnizar a EMASESA por los perjuicios que le ocasionare, por importe de hasta el 3% del presupuesto de licitación. La fianza provisional, si la hubiere, responderá de esta indemnización. A estos efectos, se habrá de tener en cuenta que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar que se exigen, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas, además de subsistir en el momento de perfección del contrato.

### **6.2.2. Contenido del sobre nº 2 (Documentación relativa a la parte de la oferta técnica cuya cuantificación dependa de un juicio de valor).**

Todo lo que debe contener este sobre, viene determinado, en su caso, en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y/o en el Anexo 1 de este Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Se incluirá en este sobre cualquier otra documentación que permita evaluar adecuadamente la oferta, conforme a los requisitos técnicos y criterios de adjudicación que se indican en el Anexo 1 y cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

La inclusión en el sobre nº 2 de información que ha de incluirse en el sobre nº 3 determinará automáticamente la exclusión de la oferta.

Cuando no se utilicen criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor no se deberá presentar este sobre, y el sobre nº 3 que se indica a continuación pasará a ser el nº 2. En este caso, si se requiriese la presentación de documentación técnica que permita verificar que la oferta cumple con las especificaciones técnicas requeridas, pero que no va a ser objeto de valoración se incluirá en el Sobre junto con la proposición económica.

### **6.2.3. Contenido del Sobre nº 3 (Documentación relativa a la oferta económica, así como la relativa a la parte de la oferta técnica cuya cuantificación dependa de la mera aplicación de fórmulas).**

En este sobre se incluirá la proposición económica y también la documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática o mediante la mera aplicación de las fórmulas, en su caso.

Por su parte el Anexo I del Pliego, determina:

## **24. LUGAR Y FORMA DE PRESENTACIÓN DE OFERTAS**

Se estará a lo dispuesto en la cláusula 6.1 de este Pliego.

## **25. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR LOS LICITADORES**

### **25.1. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN EL SOBRE Nº 1**

1. Declaración responsable, que se ajustará al formulario de **Documento Europeo Único de Contratación (DEUC)**, cuyo modelo se adjunta a este pliego como Anexo 2, (que sigue el formulario aprobado por el Reglamento (UE) nº 2016/7 (DOUE de 6/01/2016), en el seno de la Unión Europea), que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación.

### **25.2. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN EL SOBRE Nº 2**

En este sobre se presentará la **documentación de la oferta técnica** necesaria para la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Sin perjuicio de las formalidades exigidas por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y con independencia de que el licitador pueda adjuntar a su

proposición técnica cuanta información considere de interés, la propuesta técnica deberá presentarse obligatoriamente con la estructura siguiente(....)

### 25.3. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN EL SOBRE Nº 3

1. Proposición económica, conforme al modelo que figura como Anexo 3 de este Pliego.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas, tras la apertura electrónica de plicas, el informe relativo a la documentación administrativa presentada por los licitadores, manifiesta que:

La empresa TU ENTORNO CALIDAD Y MEDIO AMBIENTE, S.L ha presentado su oferta fuera de plazo (la presentó el 20/08/2020 a las 12:01:54, siendo la fecha fin de presentación el 20/08/2020 a las 12:00), por lo que se procede a comunicar su inadmisión.

Se hace constar que se han recibido en tiempo y forma en la Plataforma de Contratación del Sector Público las siguientes proposiciones para tomar parte en esta licitación:

| LICITADOR                           | LOTES   |
|-------------------------------------|---------|
| 1. EUROCONTROL, S.A.                | 3,4,5   |
| 2. INGADE CONNECT, S.L.             | 3,5     |
| 3. NOVOTEC CONSULTORES, S.A.        | 3,4,5,6 |
| 4. APPREZIA MEJORES PRÁCTICAS, S.L. | 1,3,4   |
| 5. SOLUCIONES AECONOVA, S.L.        | 3       |

Abiertos los sobres unos, el Departamento de Contratación procede a examinar la documentación administrativa presentada y a verificar el cumplimiento por los licitadores de los requisitos exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, resultando de los cinco licitadores lo siguiente:

- La empresa SOLUCIONES AECONOVOCA, S.L., en el apartado IV del DEUC sobre "Indicación global relativa a todos los criterios de selección", señala que no cumple todos los criterios de selección exigidos. Deberá aclarar si cumple o no los criterios de selección exigidos.
- La empresa EUROCONTROL, S.A., en la Declaración Responsable (Anexo 4) no indica expresamente si tiene constituido o concertado el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, por lo que deberá subsanar este aspecto, debiendo de indicar si lo tiene constituido o concertado con empresa externa, para cumplir de esa manera con el punto 25.1.6 el Anexo 1 del PCAP.
- La empresa NOVOTEC CONSULTORES, S.A., en el DEUC aportado no aparece firmado electrónicamente, puesto aunque aparece la firma, no se puede comprobar que sea válida y la firma que aparece en el sobre es de M<sup>º</sup>.M.R.L y no de J.P.I.C. Por lo que deberá subsanar.
- La empresa INGADE CONNECT, S.L, ha incluido en el sobre de documentación administrativa su oferta económica, incumpliendo así lo dispuesto en los apartados 25.1 y 25.3 del Anexo 1 del PCAP, y cláusula 6.2 del PCAP. En base a este incumplimiento, se propone su exclusión.

Concluido el proceso de subsanación, resulta que las empresas SOLUCIONES AECONOVA, S.L.; EUROCONTROL, S.A. y NOVOTEC CONSULTORES, S.A. subsanan correctamente en tiempo y forma, por lo que todos los licitadores, excepto INGADE CONNECT, S.L, son admitidos en función de la documentación administrativa.

Firmado el Informe de exclusión por el Director de Servicios Corporativos, con fecha 1 de septiembre se da conocimiento de la exclusión a los licitadores afectados, como así manifiesta el recurrente en su escrito, publicándose en la Plataforma de Contratación, con el siguiente texto:

**PRIMERO.** - Con fecha 21 de agosto de 2020, tras la apertura del sobre nº 1 de la licitación del Expediente 136/19-2 "CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA TÉCNICA Y DE AUDITORÍAS INTERNAS PARA LOS SISTEMAS DE GESTIÓN IMPLANTADOS EN EMASESA", se procede a comprobar el contenido de las ofertas recibidas, poniéndose de manifiesto lo siguiente:

- 1) El licitador INGADE CONNECT, S.L, ha incluido en el sobre de documentación administrativa su oferta económica, incumpliendo así lo dispuesto en los apartados 25.1 y 25.3 del Anexo 1 del PCAP, y cláusula 6.2 del PCAP.
- 2) El licitador TU ENTORNO CALIDAD Y MEDIO AMBIENTE, S.L., ha presentado su oferta fuera del plazo máximo establecido para ello en el anuncio y pliegos de la licitación, como consta en el justificante de apertura publicado en la plataforma de contratación.

**SEGUNDO.** - El incumplimiento de las condiciones de presentación de ofertas definidas en los pliegos, documentos que no han sido objeto de recurso, ha de suponer la exclusión de ambas ofertas, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 6 del PCAP ("*La presentación de las proposiciones presupone la aceptación incondicionada por parte del licitador del contenido de la totalidad de las cláusulas de los pliegos y documentación que rigen la licitación, sin salvedad o reserva alguna, sin perjuicio de su derecho a recurrir conforme a lo establecido en la LCSP*") y en el artículo 139.1 de la LCSP, de acuerdo al cual "*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*".

Contra la citada de exclusión, la mercantil INGADE CONNECT S.L. interpone reclamación especial en materia de contratación.

**SEGUNDO.**- Con fecha 3 de septiembre, tiene entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, Registro de este Tribunal, reclamación en materia de contratación, al amparo de lo dispuesto en el art. 119 del RDL 3/2020, interpuesta por D.G.R., en nombre y representación de la mercantil INGADE CONNECT, S.L.

La documentación remitida por el Registro General del Ayuntamiento, se recibe en este Tribunal trasladándose a la unidad tramitadora del expediente, solicitando a ésta la remisión de copia del expediente de contratación el informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP, el día 4 posterior. La documentación remitida por parte de la citada unidad, tiene entrada en este Tribunal el 7 de septiembre, manifestándose haber efectuado el traslado a los interesados, para alegaciones, y cumpliéndose el plazo a tal fin, el día 15 de septiembre.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Procede, en primer término, el estudio y consideración de la acción ejercitada por el recurrente, habida cuenta de que nos encontramos ante un procedimiento de contratación tramitado por un poder adjudicador, no Administración Pública, como es EMASESA, que tiene la consideración de Entidad Contratante del Sector del Agua (Disposición Adicional 8ª LCSP 9/2017, Artículos 5 y 8 R.D. 3/2020).

En efecto, EMASESA, es una entidad sujeta en su contratación al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, conforme al cual (art. 5), EMASESA es una entidad contratante dedicada a una de las actividades reguladas en dicha ley (art. 8), estando el contrato igualmente sujeto a la misma al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral establecido en su art. 1, no encuadrándose entre las exclusiones previstas, lo que determina que el régimen de impugnación será el previsto en los art. 119 y siguientes de la misma, procediendo, en consecuencia, la reclamación prevista en el citado Real Decreto.

En este sentido, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas dispone que el contrato se encuentra sujeto a en el RDL 3/2020, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado (Cláusula 3).

**SEGUNDO.-** Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 del RDL 3/2020, y los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012, Acuerdo de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

**TERCERO.-** La recurrente ostenta legitimación para la interposición de la reclamación, interponiéndose ésta contra un acto susceptible de la misma, al amparo de lo previsto en el art.119 del citado Real Decreto.

**CUARTO.-** En cuanto al plazo y lugar de interposición, habremos de estar a lo dispuesto en la LCSP, a cuyo régimen jurídico se remite expresamente al art. 121 del RDL 3/2020. Conforme al art. 51.3 de la LCSP:

*“3. El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.*

*Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.”*

El escrito de interposición ha sido presentado en el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla y dentro del plazo legalmente previsto, habiéndose planteado contra un acto, la exclusión, susceptible de ésta, conforme a la normativa vigente

**QUINTO.-** 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:

Primero: que teniendo en cuenta lo dispuesto en el INFORME DE EXCLUSIÓN EXPTE. 163/19-2 con fecha 24/08/2020 y notificado al interesado a través del portal de Contratación del Estado el día 01/09/2020 a las 11:36 h., INGADE CONNECT, S.L. alega que en los apartados 25.1 y 25.3 del Anexo 1 del PCAP no existe referencia expresa a la exclusión por la inclusión de la oferta económica (anexo 3) en el Sobre 1.

Segundo: que teniendo en cuenta lo dispuesto en el INFORME DE EXCLUSIÓN EXPTE. 163/19-2 con fecha 24/08/2020 y notificado al interesado a través del portal de Contratación del Estado el día 01/09/2020 a las 11:36 h., INGADE CONNECT, S.L. alega que ha cumplido con lo dispuesto en el apartado 25.3 del Anexo 1 del PCAP al incluir la oferta económica (anexo 3) en el correspondiente Sobre 3.

Tercero: que teniendo en cuenta lo dispuesto en el INFORME DE EXCLUSIÓN EXPTE. 163/19-2 con fecha 24/08/2020 y notificado al interesado a través del portal de Contratación del Estado el día 01/09/2020 a las 11:36 h., INGADE CONNECT, S.L. alega que, si bien ha incluido la oferta económica (anexo 3) en el Sobre 1, esta inclusión no determina "automáticamente la exclusión de la oferta", como sí lo habría hecho la inclusión de dicha información en el sobre nº 2 (tal y como consta en la cláusula 6.2 PCAP), no constando referencia expresa alguna en la cláusula 6.2 PCAP que indique una exclusión automática en el caso de la inclusión de la oferta económica (anexo 3) en el Sobre 1.

Cuarto: que INGADE CONNECT, S.L. se compromete a enviar al órgano de contratación el anexo 4 que falta en el Sobre 1 (en el cual se ha incluido por error el anexo 3), firmado electrónicamente con fecha anterior a la fecha límite para la presentación de ofertas.

Quinto: que INGADE CONNECT, S.L. alega, tal y como ha puesto en conocimiento del órgano de contratación mediante correo electrónico enviado el 28/08/2020 a las 14:09 h., que la oferta económica (anexo 3) ha sido incluida en el Sobre 1 debido a un "error administrativo", no existiendo por parte de INGADE CONNECT, S.L. en ningún momento intención de revelar dicha información en el sobre 1.

Por lo expuesto, y de conformidad con el artículo 119 del RDL 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales,

#### **SOLICITA**

Que se tenga por interpuesta esta reclamación, previa a la interposición del contencioso-administrativo, y previos los trámites legales, se dicte resolución por la que se acuerde la inclusión de la oferta de INGADE CONNECT, S.L. en la licitación del Expediente 136/19-2, de conformidad con lo expuesto.

El propio recurrente manifiesta en su escrito que la Oferta económica ha sido incluida en el Sobre 1 "*debido a un error administrativo*" circunstancia 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, "El reclamante alega que en dichos apartados 25.1 y 25.3 del Anexo 1 del PCAP (**folios 69 a 71 del expediente administrativo**) no existe referencia expresa a la exclusión por la inclusión de la oferta económica en el Sobre 1, como tampoco lo haría el artículo 6.2 del PCAP.

Pues bien, al respecto ha de señalarse que el informe de exclusión determina que la inobservancia de las instrucciones para la presentación de ofertas, contenidas en los citados apartados del pliego, es la que motiva la resolución del órgano de contratación, puesto que los apartados 25.1 y 25.3 del Anexo 1 del PCAP detallan claramente qué documentación debe incluirse en cada sobre, de manera que con la presentación de la oferta, el reclamante ha admitido dichas reglas de la licitación, debiendo su incumplimiento tener como resultado la expulsión del licitador que no las respeta, a fin de no dar un tratamiento distinto a éste respecto a quienes sí las han observado."

En efecto, "La prohibición de introducir en el sobre número 1 información que debiera corresponder al sobre 3 se infiere de las citadas instrucciones de los apartados 25.1 y 25.3 del Anexo 1 del PCAP, pero también se indica de forma expresa -y así lo expresa la resolución que acuerda la exclusión- en la cláusula 6.2 del PCAP (**folio 38 del expediente administrativo**): "*No se deberá introducir información correspondiente a un sobre en otro.*"

Ha de advertirse que el licitador ha presentado su oferta y no ha recurrido los pliegos, documentos que rigen la licitación y que por tanto despliegan sus efectos con plenitud, de manera que, como nuevamente recuerda la resolución de exclusión en alusión a la cláusula 6 del PCAP, "*La presentación de las proposiciones presupone la aceptación incondicionada por parte del licitador del contenido de la totalidad de las cláusulas de los pliegos y documentación que rigen la licitación*".

En todo caso, y si el incumplimiento de estas reglas de presentación de las ofertas pudiera no parecer suficiente para acordar la exclusión de éstas, ha de mencionarse que dichas normas establecidas en los pliegos no son sino el reflejo de las normas que rigen la contratación pública, en concreto:

1) El artículo 58.2 del RDL 3/2020: *“Las entidades contratantes comprobarán que las ofertas presentadas por los licitadores seleccionados se ajustan a las normas y requisitos aplicables a dichas ofertas y adjudicarán el contrato basándose en los criterios previstos en los artículos 66 y 69, teniendo en cuenta el artículo 68.”*, respecto al cumplimiento de las instrucciones indicadas en los pliegos para presentar oferta.

2) El artículo 27 del RDL 3/2020: *“Los contratos que se adjudiquen y ejecuten en virtud del presente real decreto-ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia y de libre competencia.”*, respecto a la igualdad de trato de los licitadores que sí han cumplido las mencionadas normas, frente a quienes no lo han hecho.

3) El principio de confidencialidad de las ofertas económicas, que a falta de previsión expresa en el RDL 3/2020 y en la normativa que lo precedió, se viene aplicando a la resolución de situaciones similares de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 139, al que hace mención la resolución de exclusión que ahora se recurre) y en su reglamento, sobre los cuales se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el Consejo de Estado en multitud de resoluciones”, citando entre otras, las Resoluciones 784/2018, de 7 de septiembre y 691/2017, de 27 de julio, la Resolución 890/2014, de 5 de diciembre, el Dictámen del Consejo de Estado 670/2013, de 11 de julio de 2013 y *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 del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate”.*

En el presente caso, como argumenta el órgano de contratación, el conocimiento de la oferta económica antes incluso de evaluar la oferta técnica respecto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, contaminaría indefectiblemente esa evaluación de la documentación del sobre 2, no permitiendo asegurar que ésta se hiciera en igualdad de condiciones respecto al resto, al vulnerarse el secreto de la oferta y poder influir en la valoración de las ofertas, concluyendo que “ no nos encontramos ante un supuesto de falta de automaticidad del efecto excluyente del incumplimiento de las normas de presentación de las ofertas, que recogió la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, y la exclusión es, pues,



acorde a derecho”, por lo que “se rechazan los argumentos de la reclamación, en el sentido de que en modo alguno exponen fundamentos suficientes para desvirtuar el cumplimiento de la legalidad en la resolución que acuerda la exclusión”, defendiendo la desestimación de la reclamación presentada.

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.

La doctrina de este Tribunal al respecto de la cuestión, se contiene, principalmente en nuestras Resoluciones 15/2019, 4/2020 o 19/20. 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, doctrina que resulta extrapolable, debido a su propia filosofía y fundamento, a la inclusión de documentación concerniente a los criterios de evaluación automática en el Sobre 1.

Constatándose por este Tribunal, a la vista de la documentación presentada en el Sobre 1, 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.

**SSEXTO.-** 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 sus Cláusulas 2 y 3 estableciendo, expresamente, como hemos tenido ocasión de analizar la documentación que ha de incluirse en cada Sobre. La Cláusula 7 describe el procedimiento de adjudicación, en el que se establece la apertura y calificación de la documentación del Sobre 1 y 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 Resoluciones 15/2019 y 19/2020, 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. Obviamente, esa posibilidad de influir en la

valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, está presente en el caso que nos ocupa, sea por incluirse en el Sobre nº2, a, como es el caso, en el Sobre nº 1.

En nuestra Resol. 4/2020, el recurso planteaba la oposición a la exclusión acordada por la Mesa de Contratación en sesión de fecha 31 de octubre de 2019, *“por haber introducido la oferta económica en el sobre nº 1, y haber sido este abierto previamente al acto público obligatorio”*. Partiendo del carácter secreto de las proposiciones, tal principio básico en materia de contratación pública ya había permitido fijar una doctrina razonable y consolidada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, recogida entre otros en su Informe 43/02, que determina la exclusión en caso de inclusión indebida de cualquier documentación, incluso técnica, que no debiera figurar en el sobre A o de documentación administrativa.

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, principios que se recogen, igualmente en el art. 27 del RDL 3/2020, impregnando su articulado.

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 concurrirán 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 necesidad de preservar la imparcialidad y objetividad en el proceso de adjudicación exige la separación necesaria entre la apertura de la documentación administrativa y la toma de conocimiento de la proposición económica, e impone el carácter secreto de

todas las proposiciones, cuyo incumplimiento ha de conllevar la nulidad del procedimiento (STS de 2 de julio de 2004, Rec. 3885/2000).

En ese sentido, el TS en su sentencia de 2 de julio de 2004, Rec. nº. 3885/2000, destacando que el carácter previo e independiente de la fase de calificación previa de los documentos, en aras a evitar que los concurrentes conozcan las propuestas de los otros participantes en el procedimiento alterando así su naturaleza es consustancial al sistema de la oferta en pliegos cerrados a fin de evitar cualquier tipo de maniobra en el procedimiento de selección del contratista.

La inclusión en el Sobre 1, de forma equivocada por la licitadora, da 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. Nos hallamos en un supuesto, además, en el que los criterios de adjudicación no son todos automáticos, por lo que dicho conocimiento podría comprometer la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

En el caso que nos ocupa, pues, constatada la inclusión en el Sobre 1 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 1, 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.

Conforme a los preceptos legales de aplicación, y teniendo en cuenta cuanto antecede, este Tribunal

## RESUELVE

**PRIMERO.-** Desestimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por D.G.R., en nombre y representación de la mercantil INGADE CONNECT, S.L., contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato de “**Servicios de asistencia técnica y de auditorías internas para los sistemas de gestión implantados en EMASESA**”, Expediente 163/19-2, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla.

**SEGUNDO.-** 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