

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 2/2020  
RESOLUCIÓN Nº.- 4/2020

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

En Sevilla, a 3 de febrero de 2020.

Visto el recurso especial en materia de contratación del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), interpuesto por D.C.C., en nombre y representación de la mercantil TALLERES SEVICOLD S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla (en adelante IMD), de fecha de 31 de octubre de 2019, en relación con en el expediente tramitado para la contratación del « *Servicio de reparación y revisión de los vehículos propiedad del IMD, para el buen funcionamiento y desarrollo de las diversas actividades y transportes, para las anualidades 2020 y 2021.*» (Expediente 2019/000902), este Tribunal adopta la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de octubre de 2019 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los pliegos del contrato de servicios descrito en el encabezamiento, con un valor estimado de 132.231,40 €, tramitándose mediante procedimiento abierto, con múltiples criterios de adjudicación, todos ellos objeto de valoración automática, mediante la aplicación de fórmulas.

Vencido el plazo de presentación, se constata la concurrencia de dos empresas:

- TALLERES SEVICOLD S.L.
- SYRSA AUTOMOCIÓN S.L.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 28 de octubre de 2019, se emite informe sobre el contenido de los sobres que contenían la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (sobre nº 1), en el que se concluye la procedencia de *“Excluir del procedimiento de licitación a la empresa TALLERES SEVICOLD S.L. por incumplimiento de lo dispuesto en los PCAP por incluir en el SOBRE NÚMERO UNO: “Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”, el modelo de oferta económica (Anexo III) que debe incluirse en el SOBRE NÚMERO DOS: “Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración se realiza de forma automática”.*

La Mesa de Contratación, en sesión celebrada el 31 de octubre de 2019, conoce y asume el informe de calificación y procede a acordar la exclusión de la mercantil SEVICOLD y a la apertura de los sobres nº 2 de la empresa SYRSA AUTOMOCIÓN.

El Acta de la Mesa se publica en la Plataforma de Contratación el día 6 de noviembre. Consta, asimismo, en el expediente escrito de fecha 5 de noviembre, mediante el cual se notifica a SEVICOLD S.L., el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa, si bien no aparece en el mismo constancia alguna de su recepción por el interesado.

En sesión celebrada el 15 de noviembre, la Mesa acuerda proponer la adjudicación del contrato a favor de la empresa SYRSA AUTOMOCIÓN, S.L. El acta correspondiente se publica en la Plataforma de Contratación con fecha 20 de dicho mes.

Mediante acuerdo de 27 de diciembre de 2019, el Consejo de Gobierno del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, acuerda la adjudicación del contrato, notificándose a los interesados y constando su recepción por parte del recurrente con fecha 9 de enero, fecha en la que se publica, asimismo, en la Plataforma de Contratación el anuncio de adjudicación.

**SEGUNDO.-** El 20 de enero de 2020 se recibe en este Tribunal, escrito remitido por el Instituto Municipal de Deportes y presentado en su Registro General, registro del Órgano de Contratación, mediante el que se interpone recurso especial en materia de contratación, por D.C.C., en nombre y representación de la mercantil TALLERES SEVICOLD S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, de fecha de 31 de octubre de 2019, en relación con en el expediente tramitado para la contratación del « *Servicio de reparación y revisión de los vehículos propiedad del IMD, para el buen funcionamiento y desarrollo de las diversas actividades y transportes, para las anualidades 2020 y 2021.*»

Habida cuenta de que no se remite a este Tribunal el expediente e informe a que se refiere el art. 56.2, se procede a solicitar el envío de éstos a la unidad tramitadora. La documentación se envía con fecha 27 de enero por parte de la citada unidad, oponiéndose al recurso formulado y manifestando el traslado del recurso a los interesados, a fin de que puedan efectuar alegaciones.

## 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, 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 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 condición 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.

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

Por lo que respecta al objeto del recurso, se plantea éste contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 31 de octubre de 2019, sesión en la que la Mesa acuerda la exclusión de la recurrente, acto de trámite que se encuadra entre los susceptibles de recurso en esta vía, conforme al transcrito art. 44.2.b.

En cuanto al plazo de interposición, en el caso que nos ocupa, la cuestión merece un especial examen, partiendo de las previsiones contenidas en la LCSP y la propia configuración del recurso especial como un medio de impugnación rápido y eficaz.

La Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos, dispone en relación al recurso y su plazo de interposición, en el artículo 2 quáter, que la legislación nacional debe establecer los plazos mínimos para la interposición del recurso.

El artículo 50.1. b) de la LCSP establece las reglas de plazo y su cómputo, según cuál sea el acto objeto del recurso especial, en el caso de los actos de trámite cualificados:

*“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

*(...).*

*c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.*

Como ha venido señalando el Tribunal de Contratación Pública de Madrid, Resoluciones 401/2018 y 59/2019, *“El principio de seguridad jurídica justifica que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal, pues en caso contrario se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación. Los plazos de admisibilidad constituyen normas de orden público que tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica regulando y limitando en el tiempo la facultad de impugnar las condiciones de un procedimiento de licitación. El plazo de interposición es también consecuencia del principio de eficacia y celeridad que rigen el recurso ya que una resolución tardía produce inseguridad jurídica en los licitadores; además alarga la tramitación del procedimiento, pues el órgano de contratación continúa el mismo encontrándose la sorpresa que en un momento muy avanzado de la tramitación, como puede ser después de la apertura de las ofertas e incluso de la adjudicación, aparece un recurso contra los pliegos reguladores de la adjudicación; y finalmente reduce el riesgo de recursos abusivos. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto y cualquier irregularidad del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso.”*

En su Resolución 401/2018 el citado Tribunal acordó inadmitir el recurso especial interpuesto contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se rechaza la proposición de la recurrente, al haberse interpuesto fuera del plazo que establece el artículo 50 de la LCSP., habida cuenta de que la exclusión fue notificada, precisando los motivos del rechazo.

En efecto, tratándose de actos de trámite cualificados, el plazo de interposición, conforme al citado art. 50, comienza a contar desde que se tenga conocimiento de la posible infracción. El artículo 19.3 del RPER señala que, si la exclusión se notifica antes de la adjudicación, el plazo para recurrir comienza a contar desde la recepción de la notificación. Si la exclusión se comunica con la adjudicación (artículo 151 LCSP), como el acto formalmente impugnado será la adjudicación, el plazo para recurrir la exclusión contará desde la notificación.

Finalmente, hemos de referirnos a la previsión del artículo 19.5 del RPER. El apartado viene a consagrar a nivel reglamentario el criterio asentado por los Tribunales de recursos contractuales. En tal sentido, si el acto notificado cumple los requisitos del artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, deberá impugnarse en los plazos del artículo 44.2 del TRLCSP, y ello aun cuando el acto impugnado carezca de motivación, sin perjuicio de que el recurso pueda fundarse en esta circunstancia. En cambio, si la notificación de la exclusión o de la adjudicación contraviene lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el plazo para recurrir comienza desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.

En este sentido se pronunciaba recientemente el Tribunal de Recursos de Andalucía, Resolución 9/2019, señalando que *"no consta en el expediente de contratación que la exclusión fuera notificada fehacientemente a la recurrente, por lo que la fecha inicial para el cómputo del plazo de impugnación será aquella en que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1 c) de la LCSP. Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción" y además realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso (artículos 19.5 del RPER y 40.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)*  
(...).

*No obstante lo expuesto, al no existir una notificación fehaciente del acuerdo de exclusión de la oferta de CARESTREAM -a lo que tampoco obliga nuestra legislación contractual-, dicho acuerdo no adquirió firmeza aun cuando fuese conocido por la entidad licitadora, siendo susceptible de impugnación tras su notificación con la propia resolución de adjudicación en los términos previstos en el artículo 151.2 de la LCSP."*

Esta es en efecto, la doctrina mantenida de manera prácticamente uniforme y recogida en nuestras Resoluciones 29/2017, 1 y 2 de 2018, entre otras. Como señalábamos en estas últimas:

"1º-El acto administrativo por el que se excluye a un licitador de un procedimiento de contratación pública resulta ser un acto de trámite de naturaleza cualificada, pudiendo ser impugnado tanto de forma autónoma como en el momento de la adjudicación.

2º-El Órgano de Contratación no está obligado a comunicar dicha exclusión con carácter previo a la adjudicación, aunque ello no obsta para que emita dicha comunicación, reseñando las causas de tal decisión y los recursos que frente a la misma caben.

Una prueba de la realidad jurídica de tales consideraciones la encontramos, por ejemplo, en la resolución 89/2015 de 9 de septiembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

En la práctica existen dos posibilidades de recurso: frente al acto de exclusión, como acto de trámite cualificado, y frente al acto de adjudicación. Pero ambas posibilidades no son acumulativas sino de carácter subsidiario, a fin de impedir una doble acción. Esta es la postura unánime de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales (entre otras, resolución 50 y 107/2013 del Tribunal Central de Recursos Contractuales y resoluciones 77 y 100/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid)."

Tal como se recoge en los acuerdos 3 y 4 de 2015 del Tribunal de Recursos de Aragón, dos son las opciones que se le presentan al órgano de contratación en un supuesto como el que se analiza; bien notificar a todos los licitadores de manera simultánea (tanto al adjudicatario como al resto de licitadores, admitidos y excluidos) la adjudicación; bien notificar con carácter previo a la exclusión a aquellos para los que la misma pone fin al procedimiento de contratación. Este Tribunal, al igual que otros muchos, considera que si bien la comunicación de los acuerdos de exclusión no resulta obligada por el TRLCSP, son actos de trámite que impiden la continuación en el procedimiento, motivo por el que la Ley permite su impugnación separada, por lo que resulta necesario notificar y explicar los motivos de la exclusión para evitar indefensión, y que la posibilidad de recurso sea real y no meramente formal.

Por ello, por razones de seguridad jurídica, eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos de contratación, es aconsejable la notificación de la exclusión en el momento que se produzca sin necesidad de esperar a la adjudicación del contrato. Es por tanto, aconsejable pero no exigible legalmente pues no existe un precepto que exija esta notificación independiente, y únicamente el art. 151.4 del TRLCSP exige que la notificación de la adjudicación se practique a los licitadores afectados, debiendo contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, comunicando a los licitadores excluidos cuales son las razones por las que no se ha admitido su oferta, y porque siempre se podía interponer recurso contra la adjudicación.

En el caso examinado por Aragón en tales acuerdos, y en consideración a la falta de notificación expresa en el momento procesal oportuno del acto de exclusión, y a que la misma se produce con motivo de la inviabilidad de la oferta, se acordó la procedencia de admitir y analizar los motivos del recurso entrando en el fondo del mismo.

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente el tribunal Central, Resolución 512/2019, señalando que *"Como hemos reiterado innumerables veces el artículo 151.2 de la LCSP solo establece como obligatoria la notificación de la exclusión al tiempo de notificar la adjudicación, sin perjuicio de que nada obsta a que pueda notificarse por separado, por lo que, en el caso de que la mesa de contratación no notifique al licitador su exclusión, éste puede optar bien por esperar a impugnarla a la notificación del acto de adjudicación, bien, como en este caso, recurrirla separadamente al tener conocimiento de la exclusión. El artículo 50.1.c) de la LCSP, como también lo hacia el artículo 44.2.b) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), para determinar el día a quo de la interposición del recurso contra el acto de exclusión usa la expresión "a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción". Este Tribunal viene sosteniendo [así la Resolución número*

*1177/2018, de 17 de diciembre) respecto de los recursos contra los actos de exclusión, que el dies a quo se materializa en el artículo 19.3 del RPERMC, de modo que el inicio del cómputo comienza desde el día siguiente a la notificación individual realizada en debida forma conforme a los artículos 40.2 de la LPACAP. En suma, que la toma de conocimiento a la que se refiere la LCSP se acredita por la práctica de la notificación individual hecha en debida forma, pues así lo exige la debida garantía del derecho de defensa.*

*Así por tanto, para determinar el inicio del cómputo de interposición del recurso es preciso, en primer lugar que exista una notificación individual practicada en la forma establecida por la disposición adicional decimoquinta, apartado 1 de la LCSP, y en segundo lugar que, de existir tal notificación individual, esta cumpla los requisitos establecidos por el artículos 40.2 de la LPACAP, de modo que si la notificación se ha realizado sin cumplimentar todas las exigencias legalmente previstas, incluyendo el pie de recurso, es aplicable lo establecido en los artículos 40.3 de la LPACAP y 19.5 del RPERMC. Visto los anteriores preceptos, habida cuenta de que no ha habido notificación individual sino mera publicación del Acta de la mesa, debe estimarse que el recurso ha sido presentado en tiempo y forma, al poner de manifiesto la recurrente el conocimiento de su exclusión por la interposición del recurso.”*

Unánime es la doctrina relativa a la imposibilidad de impugnar de forma sucesiva los actos de exclusión de los licitadores, en su condición de actos de trámite cualificados, y los actos de adjudicación de los contratos, al tratarse de posibilidades subsidiarias, pero no acumulativas, de acuerdo con la Circular 3/2010, de la Abogacía del Estado, que concluye que *“sólo cabrá recurso contra la exclusión o bien cuando la misma se notifique específicamente (de forma autónoma o con el acto de adjudicación) o cuando el interesado se dé por notificado. En este caso como hemos indicado en el relato fáctico de hechos, si bien el Acto se adoptó en la Mesa de contratación en sesión de 5 de junio de 2018, y por tanto desde ese momento desplegó efectos internos, no se notificó a los interesados. Eso no obstante conforme a todo lo anterior el Acto se produjo y la recurrente se dio por notificada mediante su asistencia al acto público, por lo que el dies a quo del plazo para la interposición de recurso es aquel en que se produce dicho efecto, esto es el 5 de junio.”*

En el caso que nos ocupa, y habida cuenta de que no se acredita la notificación individual del Acuerdo de exclusión, consignándose en ésta los motivos y el recurso procedente, no constando la recepción de dicha notificación por parte de la recurrente, el plazo de 15 días hábiles establecidos por la normativa aplicable ha de estimarse cumplido.

**TERCERO.-** Entrando ya en el fondo del asunto, el recurso plantea 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.”*

Alega el recurrente, sin embargo, que *“el hecho de que la enumeración de los sobres haya sido incorrecta no era motivo suficiente, ya que en el encabezado de los sobres figuraba de forma suficientemente legible el contenido de cada uno de ellos”,*

añadiendo que, en cualquier caso, el error habría sido mutuo, ya que *“el encargado de abrir los sobres debía haber leído el contenido del mismo y no darnos por excluidos”*.

Frente a tales alegaciones, el órgano de contratación, en su informe, entiende que la exclusión es conforme a derecho, señalando que *“queda claro, tal y como la recurrente reconoce expresamente en su recurso que ésta cometió un claro error en la enumeración de los sobres y este error propició que por el Negociado de Administración se abriera el sobre nº 1 que contenía la oferta económica”*, concluyendo que ese error ha tenido como consecuencia la vulneración de lo establecido en el art. 139 de la LCSP, que determina la sujeción al Pliego, el cual establece claramente la documentación a incluir en cada sobre, vulnerándose el secreto de las ofertas.

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.

En su Resolución 463/2017, el Tribunal Central señalaba que *“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). Esto, no obstante, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, «siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal» (Resolución 233/2011).”*

En esta línea, la Resolución 463/2017 TACRC, pese a reconocer la posibilidad de que se haya producido contaminación, considera excesiva la sanción de exclusión por falta de certeza al respecto y entiende que la exclusión del adjudicatario hubiera sido improcedente por excesiva y desproporcionada. La número 494/2016 concluye que no procede excluir por inclusión en sobre 2 (criterios sujetos a juicio de valor) de criterios que deban figurar en el sobre 3 (Criterios automáticos), si ello no condiciona la valoración posterior.

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.

Podemos 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, si bien han de tenerse en cuenta, asimismo los de transparencia, secreto de las ofertas e integridad de éstas.

En el caso que nos ocupa, se han incluido documentos relativos a la proposición económica de la licitadora en el sobre correspondiente a la documentación de los requisitos previos, habiéndose producido, por tanto un anticipación de la información relativa a la oferta, quebrantando el pliego y la norma legal referida a la información, datos y documentos que deben incluirse en cada sobre; se ha infringido la norma sobre separación de actos de apertura de sobres y se vulnerado, por ello, el secreto de la oferta, que solo debe conocerse por apertura de todos los sobres de los licitadores con las ofertas en acto público después de haber concluido la fase primera, inicial o de apertura de sobres 1.

Señalaba el Tribunal Central, Resolución 533/2014, 628/2013, 47/2012 y 173/2012), que *“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 [sentencia del TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica]”,* y que *“a esta exigencia obedece que los artículos 145 y 160.1 del 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”*.

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 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. Propositiones 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.

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.

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 la oferta en plica cerrada a fin de evitar cualquier tipo de maniobra en el procedimiento de selección del contratista.

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).

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, en el que los criterios de adjudicación son todos automáticos, por lo que podría entenderse que dicho conocimiento no comprometerá en modo alguno la valoración, puesto que la puntuación que obtenga cada uno de ellos será ajena a la valoración subjetiva de la mesa, cuya función se va a limitar a la aplicación de la fórmula y a la suma de los puntos a que dé lugar el cumplimiento de los criterios establecidos.

Ahora bien, entiende este Tribunal que la finalidad esencial y última de las previsiones contenidas en la norma 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.

En el caso que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta, además, el hecho de que, aun cuando efectivamente la numeración del Sobre era incorrecta, figuraba claramente en el mismo la descripción de su contenido, circunstancia que este Tribunal ha podido corroborar, por lo que resultaría contrario a los principios de buena fe y confianza legítima hacer residir la culpa única y exclusivamente en el licitador, obviando la concurrencia de un proceder no del todo diligente por parte de la administración y trasladando al licitador una consecuencia jurídica de tal gravedad como es la exclusión del procedimiento de contratación.

Partiendo de los hechos descritos, este Tribunal no puede menos que incidir en la necesaria diligencia y cautela por parte de la Administración en el cumplimiento de formalidades esenciales del procedimiento, como es la apertura de los Sobres en una licitación pública, y aun cuando exista atribución o delegación para la apertura y examen del Sobre 1, ante la existencia de cualquier duda o incidencia, sea la Mesa la que resuelva la cuestión, máxime tratándose de la oferta económica, la cual necesariamente y, precisamente a fin de garantizar su integridad y dar cumplimiento a los principios de igualdad, objetividad y transparencia, ha de realizarse, como reiteradamente señala la normativa de contratos, en acto público, con la única excepción, art. 157.4, de que nos encontremos ante una licitación electrónica, cuya configuración, *per se*, viene a garantizar la salvaguarda de los principios citados, a través de diversos mecanismos, como el cifrado y encriptado de los sobres, principalmente.

En cualquier caso, si el órgano de contratación, tal y como expone en su informe, considera una clara y tajante vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación, como consecuencia de la vulneración del secreto de la oferta, a la vista de las circunstancias que han motivado esa vulneración, la congruencia de actuaciones conllevaría que hubiera optado por la anulación del procedimiento, mediante desistimiento del mismo.

A la vista de lo que antecede y, conforme a los preceptos legales de aplicación, y los principios esenciales que rigen la contratación pública, este Tribunal

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.C.C., en nombre y representación de la mercantil TALLERES SEVICOLD S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, de fecha 31 de octubre de 2019, por el que se excluye a la recurrente, en relación con en el expediente tramitado para la contratación del « **Servicio de reparación y revisión de los vehículos propiedad del IMD, para el buen funcionamiento y desarrollo de las diversas actividades y transportes, para las anualidades 2020 y 2021**”, Expediente 2019/000902, y declarar la nulidad del procedimiento tramitado.

**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