

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de febrero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Sociedad Anónima Agricultores de La Vega de Valencia, contra el Acuerdo de 14 de enero de 2022, de la Mesa de contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Servicio de inhumación, exhumación y mantenimiento del cementerio municipal de Torrejón de Ardoz” número de expediente PA 86/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 11 de diciembre de 2021, en la Plataforma de la Contratación del Sector Público, y el posterior 14 de diciembre en el DOUE se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 867.768,60 euros y su plazo de duración será de cuatro años, prorrogable por un año más.

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tras la calificación de la documentación administrativa, el 14 de enero de 2022, se reúne la Mesa de Contratación para la apertura pública del sobre C, documentación relativa a criterios evaluables mediante juicios de valor.

“A la vista de las ofertas presentadas, se detecta que la oferta presentada por la mercantil Agricultores de la Vega de Valencia S.A. no es correcta, por lo que los Miembros de la Mesa adoptan acuerdo para proponer la exclusión de la mercantil AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA S.A., con número de registro de entrada 1442 de 14 de enero de 2022, por no presentar su oferta conforme a lo establecido en la cláusula octava del pliego de condiciones económico administrativas que estipula lo siguiente:

‘La denominación de los sobres es la siguiente:

- *Sobre “A”: Declaración responsable. DEUC.*
- *Sobre “C”: Criterios evaluables mediante Juicios de Valor.*
- *Sobre “B”: Criterios cuantificables mediante aplicación de fórmulas”.*

Posteriormente se envían los sobres C de cada una de las licitadoras para que informe el Jefe del Departamento de Edificios Públicos.

En fecha 18 de enero 2021, el Jefe del Departamento de Edificios Públicos emite informe sobre la documentación relativa a los criterios evaluables mediante juicios de valor de las licitadoras no excluidas.

En fecha 18 de enero de 2022, se convoca la apertura pública del sobre “B” que contiene la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante aplicación de fórmulas para el día siguiente.

El 19 de enero se procede a la apertura pública del sobre B. La documentación se envía posteriormente a la apertura pública para que informe sobre la misma el Jefe del Departamento de Edificios Públicos.

El Jefe del Departamento de Edificios Públicos emite informe sobre la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante aplicación de fórmulas en fecha 20 de enero de 2022, reuniéndose a continuación La Mesa de Contratación para proponer adjudicatario, al que se le envía requerimiento de documentación concediéndole el plazo de los diez días hábiles previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Tercero.- El 21 de enero de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Sociedad Anónima Agricultores De La Vega De Valencia (en adelante SAV) en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión.

El 25 de enero de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 27 de enero de 2022, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de enero de 2022, practicada la notificación el 20 de enero, e interpuesto el recurso el 21 de enero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar la cláusula octava del pliego de cláusulas administrativas particulares que establece:

“La denominación de los sobres es la siguiente:

- *Sobre “A”: Declaración responsable. DEUC.*
- *Sobre “C”: Criterios evaluables mediante Juicios de Valor.*

- *Sobre “B”: Criterios cuantificables mediante aplicación de fórmulas”.*

Manifiesta el recurrente que sin dejar en modo alguno de reconocer la potestad absoluta del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz para enunciar y denominar los distintos sobres que constituyen la proposición, no podemos dejar de señalar el salto que se produce a la hora de enunciar los mismos, de manera que el segundo de los sobres a aperturar, tras el “A” *Declaración responsable DEUC.*, no es como sería lógico siguiendo el orden alfabético el enunciado como sobre B, sino como sobre C.

Que como consecuencia de ese salto ha dado lugar a error y que pese a nombrar correctamente los sobres “*criterios evaluables mediante juicio de valor*” lo enuncia con la letra B siguiendo el orden natural. Así considera que no se debió abrir el sobre C.

La recurrente denominó los sobres como sigue:

- Sobre B: Criterios evaluables mediante juicio de valor.
- Sobre C: Criterios cuantificables mediante aplicación de fórmulas.

Considera que en lugar de abrir el sobre C, dado que en el mismo constaba el contenido, la Mesa de contratación debería haber solicitado aclaraciones a SAV y que no está justificada adoptar una medida tan drástica como su exclusión.

El órgano de contratación alega que debemos señalar que los Miembros de la Mesa, proceden a la apertura pública del sobre C, que contiene la documentación relativa a los criterios evaluables mediante juicios de valor, y se advierte, en ese momento de la apertura del sobre C de la recurrente, que la documentación que contiene es la oferta económica, por lo que queda conculcado el principio del secreto de la proposición, por lo que los miembros de la Mesa adoptan acuerdo para proponer la exclusión del licitador conforme a lo establecido en los pliegos.

Vistas las alegaciones de las partes en primer lugar recordar que como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

No obstante lo anterior, en el presente caso lo cierto es que la denominación de los sobres puede inducir a error por no seguir el orden lógico establecido en la práctica totalidad de las licitaciones.

Hubiese sido deseable que el órgano de contratación hubiese reparado en la discrepancia existente entre la letra del sobre señalada por el recurrente y el texto que indicaba su contenido a los efectos de solicitar la oportuna aclaración.

Llegados a este punto en que el sobre se abrió y se excluyó su oferta por quedar conculcado el principio del secreto de la proposición, procede analizar si efectivamente podía haber una vulneración del principio de secreto de las ofertas y con ello una vulneración de la objetividad de la valoración y del tratamiento igualitario de los licitadores.

El apartado 2 del artículo 157 de la LCSP establece *“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”*.

Así mismo, el artículo 139.2 señala que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación”*.

En este sentido, el criterio establecido por el legislador, no tiene un carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la valoración de criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas.

La resolución del TACRC número 916/2016, de 11 de noviembre resume adecuadamente el criterio mantenido por la jurisprudencia y por el propio TACRC *“En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente Resolución 1108/2015: ‘Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. 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 efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas. Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su 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.

La conclusión definitiva es que aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores”.

En el presente procedimiento de licitación los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas está conformado únicamente mediante el criterio precio con un total de 60 puntos.

El hecho de que el órgano de contratación tuviera conocimiento de la oferta económica de un licitador difícilmente podía influir en la objetividad de los técnicos a la hora de emitir el correspondiente informe sobre los juicios de valor, pues desconocen la oferta de los otros dos licitadores.

Por ello, a la vista de la doctrina antiformalista expuesta anteriormente no procedía excluir del procedimiento de licitación a la recurrente.

En sentido procedería estimar el recurso interpuesto.

Ahora bien, la situación actual es que ya se han abierto los sobres que contiene los criterios sujetos a juicio de valor y los sujetos a fórmulas de los otros dos licitadores, e incluso se ha propuesto adjudicatario del contrato.

Ello nos lleva a analizar si es posible acoger las pretensiones del recurrente al solicitar que se retrotraigan las actuaciones al momento de la apertura de los sobres.

El problema radica en que no se puede elaborar un nuevo informe técnico relativo a los criterios sujetos a juicio de valor incluyendo a SAV, pues ahora sí que supondría que se ha producido una contaminación de las ofertas, pues conocida las ofertas económicas de todos los licitadores, la imparcialidad de la elaboración del informe técnico sujeto a juicio de valor se vería truncada.

En definitiva, considerando que no procede la exclusión del recurrente y que no es posible ordenar la retroacción del procedimiento, por los motivos expuestos, la consecuencia es la anulación de todo el procedimiento de licitación.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido , citando entre otras la Resolución 404/2021, de 9 de septiembre en la que se refiere a *“la Resolución 5/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía **‘Sin embargo, en el presente supuesto, realizar por el órgano técnico correspondiente una nueva valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, una vez conocido el contenido íntegro de las proposiciones de todas las entidades licitadoras relativas a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática al encontrarse el contrato ya adjudicado, supondría una quiebra**”*

irremediable de las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, que constituyen el objetivo primordial perseguido por los artículos 146.2 de la LCSP cuando dispone en su párrafo segundo que ‘En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello’, y por el 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que determina que ‘La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos’, así como por la cláusula 7.1.2 del PCAP, que recoge dicho mandato legal, estableciendo un procedimiento de valoración de la oferta en dos momentos separados, valorando en primer lugar, las ofertas conforme a los criterios sujetos a juicio de valor y, en segundo lugar, conforme a los criterios de valoración automáticos. **En definitiva, la necesidad de respetar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa es incompatible con la posibilidad de realizar una nueva valoración de las ofertas conforme a criterios sujetos a juicios de valor, con posterioridad al conocimiento íntegro de la totalidad de las ofertas relativas a los criterios evaluables de forma automática.**

En consecuencia, a la vista de los artículos 146.2 de la LCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, al no quedar garantizada la imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, **la consecuencia inevitable es la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación, respecto del lote 8**, lo cual no impedirá la iniciación por el órgano de contratación de un nuevo procedimiento de adjudicación, si así lo estima necesario. Este criterio de anulación de la licitación se viene sosteniendo por todos los Órganos y Tribunales administrativos de recursos contractuales, incluido éste (v.g. Resoluciones de este Tribunal 120/2016, de 3 de junio, 244/2016, de 14 de octubre, 300/2016, de 18 de

noviembre, 71/2017, de 6 de abril, 109/2017, de 25 de mayo, 133/2017, de 27 de junio, 198/2017, de 6 de octubre, 259/2017, de 29 de noviembre y 235/2018, de 8 de agosto, 115/2019, de 17 de abril, entre otras)”.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 /4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Sociedad Anónima Agricultores de La Vega de Valencia contra el Acuerdo de 14 de enero de 2022, de la Mesa de contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Servicio de inhumación, exhumación y mantenimiento del cementerio municipal de Torrejón de Ardoz” número de expediente PA 86/201, declarando la nulidad de todo el procedimiento de licitación debiendo, si lo considera oportuno, convocar nuevamente la licitación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 27 de enero de 2022.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.