

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

En Madrid, a 11 de marzo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de San Pablo Difusión SSP (en adelante, San Pablo), contra el Acuerdo de la mesa de contratación de fecha 2 de febrero de 2021, por la que se excluye su oferta para de la licitación del “Acuerdo marco de suministro de libros y obras impresas con ISBN y precio fijo de venta al público, con destino a las instituciones bibliográficas y documentales adscritas a la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos del Ayuntamiento de Madrid, dividido en 10 lotes”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 4 de enero de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 6.000.000 euros y su duración es de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 59 licitadoras entre ellas la recurrente.

La mesa de contratación en su reunión del día 2 de febrero de 2021, al analizar la documentación previa de los licitadores, acuerda excluir al recurrente para los 10 lotes a los que participaba, constando en el acta:

“La mesa comprueba que se han incluido en el sobre A ‘Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos’ de todos los lotes a los que licita, los Anexo II modelo de oferta de criterios valorables en cifras o porcentajes, que debe incluirse en el sobre B ‘Oferta criterios valorables en cifras o porcentajes’, como se indica en la cláusula 22 y en el apartado 10 del Anexo I de cada lote del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En consecuencia, la Mesa de Contratación, en ejercicio de las funciones atribuidas en el artículo 22 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, acuerda por unanimidad EXCLUIR al licitador de este procedimiento abierto al incumplir lo establecido en el artículo 139.2 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, y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al vulnerar el secreto de su oferta anticipando los criterios de adjudicación”.

El acuerdo de exclusión fue notificado el 5 de febrero de 2021.

Tercero.- El 15 de febrero de 2021 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de San Pablo, en el que solicita la anulación del acuerdo de exclusión de su oferta a la licitación para los 10 lotes.

El 4 de marzo de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley LCSP.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 persona jurídica licitadora excluida, *“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 de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 5 de febrero de 2021, e interpuesto el recurso, en el órgano de contratación el 25 de febrero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de una oferta por acuerdo de la mesa de contratación que determina la imposibilidad de continuar en el

procedimiento de adjudicación, en un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, el recurrente apela a la doctrina de los Tribunales de Resolución de Recursos Contractuales, en el sentido que la inclusión de cualesquiera datos en un sobre indebido no suponga una exclusión automática del procedimiento de licitación, destacando la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. A este respecto, alude a varias resoluciones de Tribunales, así como a jurisprudencia, en defensa de su planteamiento.

Concluye señalando que, aplicando los criterios doctrinales y jurisprudenciales, la postura correcta de la mesa hubiera sido subsanar el error del licitador dado que el error de introducir los criterios de valoración en el sobre A, en nada afecta a la esencia de la contratación por tres razones evidentes: a) los otros licitadores ya habían presentado sus ofertas del sobre B y estaban custodiadas por la Mesa b) el licitador excluido no obtuvo ninguna ventaja ni el resto ningún perjuicio por ese error c) al tratarse de un Acuerdo Marco con la selección de tres licitadores por lote, la administración tenía una segunda oportunidad de adjudicación en los futuros contratos basados. Por lo tanto, la opción mejor para el bien público no es excluir a un licitador sino admitirlo.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que, aun cuando no pueda afirmarse que el error en la inclusión de la documentación en los sobres pueda comprometer la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor (porque no los hay), si se produce una quiebra del principio de igualdad de los licitadores y una práctica discriminatoria, puesto que la recurrente, que no ha presentado su oferta en la forma establecida, podría resultar adjudicataria de alguno de los lotes del acuerdo marco frente a otros licitadores que, con ofertas idénticas, sí presentaron la documentación en la forma prevista. Si a ello le añadimos que el error consiste en la presentación de la oferta íntegra en el sobre de documentación administrativa (es decir, se han adelantado los valores ofertados para todos los

criterios de adjudicación), que este error se produce en todos los lotes y que de los 50 licitadores presentados es el único que lo ha cometido, solamente se puede concluir que la exclusión adoptada por la mesa de contratación es conforme a derecho, porque de otro modo quebraría el principio de igualdad de los licitadores, lo que en definitiva supone la acreditación de la vulneración del secreto de la proposición.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si efectivamente ha habido 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.

En este sentido, 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”*.

A juicio de este Tribunal, 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 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 mismo sentido la Resolución 91/2018, de 2 de enero del TACRC *"En esta misma línea de razonamiento, en nuestra Resolución nº 1063/2017, citando lo resuelto en la antes citada sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señalábamos que el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se establece para evitar que el conocimiento de la oferta económica pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Por ello lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores. Todo ello exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas"*.

Este Tribunal mantiene el mismo criterio en varias de sus Resoluciones entre ellas la 154/2017, de 17 de mayo donde se señala *"El PCAP no recoge criterios de valoración subjetivos de ofertas que hagan necesaria la presentación de las ofertas en dos sobres distintos, ya que no hay criterios de valoración que dependan de un juicio de valor y el conocimiento de algún aspecto valorable mediante fórmula no puede influir a la hora de valorar los subjetivos"*.

Descartado, pues, el automatismo en la sanción de exclusión procede valorar la trascendencia que de la inclusión de la información referida haya podido desprenderse en cuanto al objetivo último que la norma pretende conseguir.

En el caso que nos ocupa, los criterios de valoración recogidos en los PCAP son:

11.- Criterios de adjudicación (Cláusulas 15, 17 y 23)

Pluralidad de criterios de adjudicación

Criterios valorables en cifras o porcentajes

Número Descripción del criterio Ponderación

1 Precio/oferta económica hasta 35 puntos

2 Reducción del plazo de entrega hasta 25 puntos

3 Reducción del plazo de resolución de incidencias derivadas de la recepción hasta 12 puntos

4 Reducción del plazo de resolución de incidencias derivadas de la garantía hasta 12 puntos

5 Número de muestras a examen hasta 10 puntos

6 Contenido y servicios en página web hasta 6 puntos

TOTAL 100 puntos”

Por tanto, no se incluyen criterios sometidos a juicio de valor, por lo que la vulneración del secreto de las ofertas en el presente caso no afecta al principio de transparencia y objetividad, ya que el conocimiento por el órgano de contratación de los criterios sometidos a fórmulas matemáticas que debería estar incluidos en el sobre nº 2, con carácter previo a su apertura, no otorga la más mínima discrecionalidad o posibilidad de manipulación en la valoración de la documentación

incluida en el sobre nº 2, al tratarse de criterios objetivos que resultan de una simple operación matemática.

Por consiguiente, ponderando las circunstancias del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de la documentación, debe considerarse que, en este caso, no se han vulnerado los principios de objetividad e igualdad de trato, debiendo primar frente a una irregularidad formal, el principio de concurrencia en la contratación pública.

Por todo ello, el recurso debe ser estimado, debiendo admitir su oferta a los 10 lotes y retrotraer las actuaciones al momento previo de la exclusión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de San Pablo Difusión SSP, contra el Acuerdo de la mesa de contratación de fecha 2 de febrero de 2021, por la que se excluye su oferta para de la licitación del “Acuerdo marco de suministro de libros y obras impresas con ISBN y precio fijo de venta al público, con destino a las instituciones bibliográficas y documentales adscritas a la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos del Ayuntamiento de Madrid, dividido en 10 lotes”, con retroacción de actuaciones en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

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.- 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.