

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

En Madrid, a 3 de octubre 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Hilario Rico Matellano SA contra el acuerdo de la mesa de contratación de 5 de agosto de 2024 por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Servicios de mantenimiento de redes e infraestructuras municipales” del Ayuntamiento de Moralzarzar, expediente 1873/2024, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 25 de junio de 2024 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 968.000 euros y dispone de un plazo de ejecución de dos años.

Segundo. - A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

La Mesa Permanente de contratación, celebrada el 5 de agosto de 2024, procede a realizar la apertura de las ofertas, acordando *“El fichero encriptado que debía contener “criterios objeto juicio de valor” presentado por el licitador Hilario Rico Matellano SA resulta contener “ANEXO 1 MODELO DE MEJORAS OBJETIVAS Y MEDIOS AUXILIARES”, constando la memoria del servicio en un fichero aparte sin encriptar. Procede excluir al licitador al no presentar la oferta conforme a pliegos”*.

El acuerdo se notifica el 14 de agosto de 2024.

El 21 de agosto de 2024 se presentó ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo.

Tercero. - El 27 de septiembre de 2024 el órgano de contratación remitió, junto al recurso, el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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).

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. - La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador excluido de la licitación con un interés legítimo, conforme al 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 de exclusión se notificó el 14 de agosto de 2024, e interpuesto el recurso el día 21 del mismo mes, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión 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. - El recurso se fundamenta en la indebida exclusión de su oferta.

Manifiesta que se han presentado todos los documentos solicitados en la plica en formato Pdf, habiéndose producido únicamente un error en la nomenclatura de uno de los archivos presentados, a través de la plataforma del Ayuntamiento de Morzarzal.

Solicita que *“En primer término, que se nos permita presentar correcta y ordenadamente la documentación ya presentada. O en su defecto, nos puntúen como nulo los documentos afectados por el error en la presentación.*

Que nos admitan a trámite la presentación de la oferta económica, y que nos puntúen la plica con los documentos correspondientes a la oferta económica”.

Por su parte, el órgano de contratación alega que, en el presente caso, la empresa recurrente ha desvelado parte del contenido de su oferta a valorar mediante criterios de valoración automática en la fase relativa a la valoración de los criterios

subjetivos. Además, el sobre relativo a los criterios subjetivos no se depositado de forma encriptada vulnerando el principio básico sobre el mantenimiento del secreto en la presentación de las proposiciones, por lo que procede su exclusión, sin posibilidad de subsanación.

Vistas las alegaciones de las partes, no existe controversia en que se ha incluido en el sobre 2 documentación del sobre 3, pues es aceptado por las partes. Por ello, 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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (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.

A este respecto, la Sentencia 523/2022 del TS de 4 de mayo de 2022 dice “ Partiendo de lo anterior, queda pendiente analizar cuál es la consecuencia que deriva de los razonado y del incumplimiento, en definitiva, de la regla del deber de secreto de las ofertas a la que se refieren los artículos citados y transcritos. La parte codemandada, en sus alegaciones, da a entender que no se trataría, en cualquier caso, de un incumplimiento relevante o determinante a efectos de la adjudicación, manifestando, como también hemos visto, que material o realmente no se llega a dar una información relevante.

Como expone la STS de 20 de noviembre de 2009 (Rec. 520/2007)" el carácter secreto de las proposiciones. Se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias."

En esta línea recuerda la STS de 22 de octubre de 2014 (Rec. 3111/2013) que" Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando".

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 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 las Resolución 227/2024 de 6 de junio, Resolución 167/2023, de 27 de abril y Resolución 511/2021 de 4 de noviembre.

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 presente procedimiento existen criterios de adjudicación valorables median criterios subjetivos y sujetos a fórmulas por lo que la documentación tiene que presentarse en sobres distintos, 2 y 3, tal y como prescribe el PCAP.

En el caso que nos ocupa, el PCAP incluye como criterio de adjudicación sujeto a cifras o porcentajes “Propuesta de mejoras objetivas” con una valoración de hasta 45 puntos. Esta propuesta debe incluirse en el Anexo II “Modelo de mejoras objetivas y medios auxiliares”.

Los pliegos incluyen, así mismo, criterios no valorables en cifras o porcentajes (hasta 25 puntos).

El apartado 18 de Anexo I del PCAP, respecto a la forma de presentación de la oferta establece:

... 1.- Fichero de documentación general. En los términos establecidos en el pliego.

Salvo determinación en contrario, en el fichero de documentos generales se incluirá:

- DEUC. Documento europeo de contratación.*
- Declaración responsable de disponer de capacidad y solvencia exigida por el pliego condicional.*
- Declaración responsable contenida en el anexo VI.*
- Dirección electrónica del licitador.*

2.- Fichero conteniendo oferta de criterios objeto de juicio de valor.

3.- Fichero conteniendo oferta de precio y otros criterios objetivos. Presentación de acuerdo con modelo anexo II del presente pliego...

En el caso que nos ocupa, el Anexo que contiene las mejoras como criterios objetivos se ha incluido en el fichero 2 que contiene la oferta de criterios sujetos a juicio de valor. Como hemos señalado anteriormente las mejoras como criterios objetivos tienen una valoración de hasta 45 puntos, por lo que su peso resulta transcendental en la adjudicación del contrato. Esta circunstancia lleva a considerar que efectivamente se ha producido una vulneración del secreto de las proposiciones que llevaría a considerar una eventual contaminación de la valoración de la oferta en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor.

En consecuencia, la exclusión de la recurrente fue ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

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. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de empresa Hilario Rico Matellano S.A. contra el acuerdo de la mesa de contratación de 5 de agosto de 2024 por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Servicios de mantenimiento de redes e infraestructuras municipales” del Ayuntamiento de Morzarzal”, expediente 1873/2024.

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 multa 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.