

## **Informe 28/12, de 20 de noviembre de 2012. "Posible exclusión de licitadores por error en la inclusión de documentación en la fase de adjudicación de un contrato."**

Clasificación de los informes. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.1. Documentación a incorporar a la proposición.

### **ANTECEDENTES**

El Ayuntamiento de Torrelodones (Madrid), a través de su Alcaldesa, y amparado por el artículo 17 del RD 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa remite consulta a la misma en los siguientes términos:

*a) El Ayuntamiento de Torrelodones (Madrid), ha convocado un concurso para la prestación del "servicio de poda, desbroce, conservación y mantenimiento de parques, jardines, viarios y aceras en el municipio".*

*b) En el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, se ha establecido una fórmula matemática en uno de los criterios objetivos de adjudicación (mejor oferta económica). El resto de criterios (7 en total) dependen de un juicio de valor.*

*c) El artículo 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como el artículo 26 del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, establecen la necesidad de que los criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas vayan en sobre separado del que recoge los criterios que dependen de un juicio de valor.*

*d) La finalidad de la Ley ha sido claramente expuesta por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución de 26 de marzo de 2012 dictada en el seno del recurso 23/2012 que dice "La razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos evaluables mediante un juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica, es evitar que el conocimiento de ésta pueda influir en la valoración a realizar y así mantener la máxima objetividad en la valoración de aquéllos. A ello responde la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo ...".*

*En este procedimiento, por uno de los licitadores, se presentó toda la documentación en un sobre lo que se advirtió por el licitador a esta Administración, de forma que en el acto público de apertura de los sobres de criterios evaluables mediante juicio de valor, se procedió a abrir el sobre por la mesa, y sin que nadie viese la documentación, se introdujo por el licitador que había incurrido en el error, la documentación en otro sobre, con el objeto de que fuera abierta en el momento procedimental adecuado.*

*f) Por otro lado, y en relación con otra oferta, la mesa advierte que la documentación que aparece en el sobre de criterios evaluables por juicio de valor corresponde a la relativa a los criterios evaluables por fórmulas matemáticas, procediendo, en el mismo acto público, a introducir esta documentación en otro sobre sin examinar más que el título de la misma, para que dicho sobre sea abierto en el momento que proceda.*

*En base a estos antecedentes, se formula la siguiente pregunta:*

*¿Se debe excluir a los licitadores que introdujeron de forma errónea la documentación en los sobres o se pueden admitir sus ofertas porque el fin protegido se ha cumplido ya que no se ha tenido conocimiento del contenido de las mismas?*

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS:**

1. La consulta planteada por la Alcaldesa de Torrelodones (Madrid) se refiere a un procedimiento de adjudicación de un contrato en el que dos de los licitadores han incurrido en error a la hora de presentar en sobres la documentación de sus ofertas.

En concreto, el pliego de cláusulas administrativas particulares establece que uno de los criterios de adjudicación es una fórmula matemática (mejor oferta económica) mientras que el resto de criterios (siete en total) dependen de un juicio de valor.

Conforme establece el texto de la consulta, se detectaron dos errores en la presentación de ofertas.

En primer lugar, uno de los licitadores presentó toda la documentación en un único sobre, lo que se advirtió por el licitador a la Administración, de forma que, en el acto público de apertura de los sobres de criterios evaluables mediante juicio de valor, se procedió a abrir el sobre por la mesa y, sin que nadie viese la documentación, se introdujo por el licitador que había incurrido en el error, la documentación en otro sobre, con el objeto de que fuera abierta en el momento procedimental adecuado.

Y, por otro lado, y en otra oferta distinta, la mesa advirtió que la documentación que aparece en el sobre de criterios evaluables por juicio de valor correspondía a la relativa a los criterios evaluables por fórmulas matemáticas, procediendo, en el mismo acto público, a introducir esa documentación en otro sobre sin examinar más que el título de la misma, para que dicho sobre fuese abierto en el momento que procediera.

La pregunta que se formula en la consulta es si debería excluirse a los licitadores que introdujeron de forma errónea la documentación a pesar de que el fin protegido se ha cumplido y no se ha tenido conocimiento del contenido de sus ofertas.

2. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en su artículo 150.2 establece que 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. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

Por su parte, el Real Decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público determina, en su artículo 26, 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.

En relación a la apertura de los sobres con la documentación, el artículo 27 del citado Real Decreto 817/2009, establece que *la apertura de tales documentaciones se llevara a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público. A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él. En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado.*

En el supuesto que se nos plantea, podemos considerar que la introducción de la documentación en los sobres (tanto en el primer supuesto como en el segundo) es un error u omisión en la presentación de la documentación y que resultaría de aplicación el artículo 27 mencionado. La mesa debería por tanto conceder un plazo para la subsanación, inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no nos encontramos ante un supuesto de subsanación de errores, porque no hay errores en la documentación correspondiente a la oferta, sino ante un caso en el que la misma oferta no se presenta de forma correcta, por lo que no resulta de aplicación el precepto anterior.

3. Por otro lado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya se ha pronunciado anteriormente sobre el mantenimiento del secreto y separación en sobre distinto de la documentación relativa a la oferta económica. En este sentido, el informe 62/08, de 2 de diciembre de 2008, y sobre la base de los principios de no discriminación e igualdad de trato consagrados en los artículos 1 y 123 de la LCSP (actual TRLCSP) señala: *“Estas exigencias requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato.*

*Pues bien, precisamente las cautelas que, habitualmente se establecen en los pliegos de cara a la valoración de los criterios técnicos (se entiende que en los casos en que los mismos no son susceptibles de valoración mediante la simple aplicación de una fórmula) tienen por objeto como ya se ha dicho mantener la máxima objetividad posible en la valoración. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de parte de los licitadores solamente, a desigualdad en el trato de los mismos.*

*Frente a ello la única solución es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas en forma que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto al secreto de las mismas.”*

El fundamento por tanto de la exclusión de los licitadores que incumplan lo dispuesto en los pliegos de acuerdo con la LCSP sobre la inclusión en los distintos sobres de la correspondiente documentación está en los principios de igualdad de trato y no discriminación, principio sobre el que se asienta la normativa de la Unión Europea y por ende la española en materia de contratación.

Así, el artículo 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre señala que *los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.* Por lo tanto, aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, llegamos a la conclusión de que las ofertas de los licitadores resultan inadmisibles.

4. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, mediante Resolución de 5 de octubre de 2011, ha considerado que la introducción de la documentación en un sobre incorrecto puede ser irrelevante desde el punto de vista de los citados principios y, por tanto, considerarse como una irregularidad formal en el procedimiento, y no como una causa que determine el efecto de la exclusión del mismo.

Sin embargo, dicho criterio no puede aplicarse al supuesto que nos ocupa puesto que no se refiere a una situación en que la documentación aportada en sobre erróneo no esté sujeta a valoración y su conocimiento por el órgano de contratación en un momento distinto al previsto no influya en la objetividad para valorar las ofertas presentadas.

El caso referido en la consulta describe, en el primer supuesto, la introducción de toda la documentación, tanto sujeta a juicio de valor como sujeta a fórmula matemática, en un único sobre y, en el segundo, la presentación de la documentación sujeta a valoración económica en el sobre de la documentación sujeta a juicio de valor.

## **CONCLUSIÓN:**

El hecho de que un licitador en un procedimiento de concurso haya incluido toda la documentación de su oferta en un único sobre y otro incluyera la documentación de los criterios evaluables por fórmulas matemáticas en el sobre de los sujetos a juicio de valor, no se puede calificar como error subsanable, en ninguno de los dos casos, al que le resulte de aplicación, en consecuencia, el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, sino como un caso de inadmisión de las ofertas presentadas por suponer una vulneración de los principios de igualdad de trato y no

discriminación que inspiran la normativa relativa a la presentación y apertura de ofertas. Por lo tanto, debemos concluir que las ofertas presentadas por los licitadores deben quedar excluidas del procedimiento de contratación.