



Recurso nº 164/2024

Resolución nº 342/2024

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 7 de marzo de 2024

VISTO el recurso interpuesto por D. R.D.M., en representación de MARIA JOSE BLANCO PURROY, contra el acuerdo de 18 de enero de 2024, de la mesa de contratación, por la que se excluye de la licitación convocada por la MAZ, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 11, para contratar el “*Servicio de profesional sanitario de la especialidad de fisioterapia en las instalaciones de MAZ Lérida*” (expediente 2023/AS/ASC/1037), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 11 de diciembre de 2023 a las 14:38 horas, en el Perfil del Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector público (PCSP), se publica el anuncio de licitación del contrato de “*servicio de profesional sanitario de la especialidad de fisioterapia en las instalaciones de MAZ Lérida*”, expediente 2023/AS/ASC/1037, licitado por MAZ, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social Nº 11.

El contrato, calificado como de servicios, clasificación CPV 85100000, servicios de salud, tiene un valor estimado de 135.125 euros, no estando sujeto a regulación armonizada, licitándose por procedimiento abierto simplificado, tramitación ordinaria, y presentación de la oferta electrónica.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se dispone en lo que al recurso importa, cuanto sigue.

“14. CONTENIDO DE LAS PROPOSICIONES

Las proposiciones constarán de los sobres que a continuación se indican, cerrados y firmados por el licitador o persona que lo representa haciendo constar en cada uno de ellos su respectivo contenido y el nombre del licitador. En el interior de cada sobre se hará constar en hoja independiente un índice de su contenido, ordenado numéricamente.

Toda la documentación deberá presentarse redactada en castellano.

Sobre nº UNO

Título: Propuesta sujeta a evaluación posterior

Contenido:

1º. Oferta Económica, la cual será formulada conforme al modelo que se adjunta como Anexo VII de este Pliego, sin que en ningún caso pueda superarse los precios unitarios máximos allí establecidos. Los candidatos deberán ofertar a todos los precios unitarios indicados en el Anexo VII, aunque la estimación contemplada de servicios en el Pliego de Prescripciones Técnicas sea 0.

En el caso de que algún precio unitario no fuera ofertado o fuera superior al máximo establecido, quedará excluida la oferta.

La proposición económica se presentará en caracteres claros o escrita a máquina y no se aceptarán aquéllas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer, claramente, lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar la oferta.

2º. El resto de documentos relativos a la propuesta ofertada por el licitador y que estén considerados de evaluación posterior por ser susceptibles de evaluación posterior por aplicación de fórmulas, de conformidad con lo indicado en el Anexo IX.

Sobre nº DOS

Título: Documentación Administrativa y propuesta sujeta a evaluación previa

Contenido:

1º. Declaración Responsable del cumplimiento de los requisitos para contratar formulada conforme al modelo que se adjunta como Anexo I de este Pliego.

2º. Compromiso de constitución de Unión Temporal de Empresarios (UTE), en su caso. Cuando dos o más empresas acudan a una licitación constituyendo una Unión Temporal, deberán aportar un documento privado indicando los nombres y circunstancias de los empresarios que la suscriban, la participación de cada uno de ellos y que asumen el compromiso de constituirse formalmente en Unión Temporal, en caso de resultar adjudicatarios (artículos 140 LCSP). El citado documento deberá estar firmado por los representantes de cada una de las Empresas componentes de la UTE. Asimismo, cada una de las empresas deberá presentar Declaración responsable del cumplimiento de los requisitos previos cumplimentado conforme al modelo del Anexo I.

3º. Designación de las personas autorizadas a efectos de recibir notificaciones electrónicas cumplimentando el Anexo XIX de este pliego.

4º. Criterios de adjudicación apreciables mediante juicio de valor objeto de evaluación previa, siempre y cuando se hayan incluido en el Anexo VIII.

Se deberán presentar los documentos, sellados y firmados.

En ningún caso deberán incluirse en este sobre documentos e información propios del Sobre nº UNO. (...)

17. APERTURA, EXAMEN Y VALORACIÓN DE LAS PROPOSICIONES

17.1. Apertura de los Sobres nº DOS y valoración de su contenido (sólo cuando exista Sobre nº DOS).

Concluido el plazo de presentación de ofertas, se procederá a la apertura de los sobres nº DOS denominados “Documentación administrativa y propuesta sujeta a evaluación previa”, por la Mesa de contratación.

Deberá garantizarse que se ha mantenido el secreto de las proposiciones hasta el momento de la apertura.

A continuación se llevará a cabo la calificación de la documentación administrativa presentada por los licitadores.

La valoración de su contenido se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a siete días, y será suscrita por el técnico o técnicos que la realicen.

17.2. Apertura y examen de los sobres nº UNO

El acto de apertura de los sobres nº UNO se iniciará dando información sobre las empresas que se han presentado a la licitación.

Cuando se haya exigido la presentación de sobres nº DOS, el acto proseguirá con la lectura del resultado de la valoración de la oferta sujeta a criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

Posteriormente se procederá a la apertura de los sobres nº UNO denominados "Propuesta sujeta a evaluación posterior" (...)."

En el Anexo IX, "criterios de adjudicación de las ofertas sujetos a evaluación posterior" se establece lo siguiente.

"Nº"	<u>CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LAS OFERTAS SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR</u>	<u>PUNTUACIÓN DE SUBCRITERIOS</u>	<u>PUNTUACIÓN MÁXIMA POR CRITERIO</u>	<u>Se acreditará el criterio mediante los siguientes ANEXOS</u>
2	CRITERIO: Oferta económica: Cada uno de los licitadores podrá mejorar la oferta de licitación a la baja. Obtendrá mejor puntuación la oferta con precio más baja que no incurra en anormalidad. Para realizar la puntuación de las ofertas económicas recibidas se tendrá en cuenta la SUMA TOTAL del importe resultante de multiplicar la cantidad estimada de los servicios por el precio unitario ofertado por cada licitador. A la oferta más económica se le asignará la puntuación máxima. Al resto de ofertas se le asignará la puntuación proporcional que le corresponda en función de la oferta más ventajosa determinada por la siguiente fórmula: $\text{Puntuación} = \text{x } 40 \frac{\text{Oferta más económica}}{\text{Oferta del licitador a valorar}}$ DOCUMENTACIÓN: Aportar el ANEXO VII MODELO DE OFERTA ECONÓMICA		40	VII
3	Se valorará la disponibilidad de las siguientes técnicas del fisioterapeuta adscrito al contrato:		12	XXIII
	3.a) Cinesiterapia, Electroterapia y Termoterapia	3		XXIII
	3. b) Crioterapia	3		XXIII
	3.c) Hidroterapia	3		XXIII
	3.d) Diatermia	3		XXIII
4	Disponibilidad servicio domiciliario: Se valorará la posibilidad de prestar asistencia domiciliaria a paciente incapacitados con imposibilidad de traslado al centro como servicio excepcional. Únicamente se prestará cuando por razones de salud el paciente se encuentre en situación de imposibilidad de traslado al centro. En estos casos, se mantendrá el precio ofertado por servicio ordinario.		13	XXIV
5	Disposición por parte del proveedor de aportar curso, postgrado o máster universitario de Punción Seca.		5	XXIV
6	Curso, postgrado o máster universitario de técnicas miotensivas y manipulativas de columna, pelvis y extremidad inferior y superior		5	XXIV
7	Disponibilidad del servicio en función de las necesidades puntuales de MAZ en horario de tarde		5	XXIV
*El licitador deberá ofertar solo un subcriterio de los indicados. Si erróneamente se seleccionase más de uno, se entenderá que el licitador está ofreciendo el subcriterio de mayor puntuación.			80	

PARÁMETROS OBJETIVOS que identifican los casos en que una oferta se considera anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto:

Se encuentra incurso en valor anormal o desproporcionado, a los efectos del artículo 149 de la L.C.S.P:

- según la relación entre las cifras obtenidas de las siguientes variables que se calcularán en relación con los criterios de adjudicación que no son precio*

(1) el promedio aritmético de las puntuaciones obtenidas por las empresas

(2) desviación de cada una de las puntuaciones obtenidas por el licitador con respecto al promedio de las puntuaciones.

(3) cálculo del promedio aritmético de las desviaciones obtenidas, en valor absoluto, es decir, independientemente de la más o menos.

cuando la puntuación esté por encima del valor resultante de la suma de las variables 1 y 3.

- y al mismo tiempo, su oferta económica (*) sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la media aritmética de todas las ofertas económicas admitidas en la licitación.*

() Se entiende por oferta económica: la SUMA TOTAL del importe resultante de multiplicar la cantidad estimada de los servicios por el precio unitario ofertado por cada licitador”.*

Segundo. Llegado el término de presentación de proposiciones entre los licitadores presentados se encuentra D. ^a María José Blanco Purroy.

El 9 de enero de 2024, la mesa de contratación procede a la apertura de los archivos electrónicos correspondientes al sobre nº 2 “*propuesta sujeta a evaluación previa*”.

Comprobado que los licitadores han presentado la documentación técnica exigida en el Pliego de Prescripciones Técnicas, así como los componentes de la oferta valorables mediante juicio de valor, se entrega la documentación a los servicios técnicos para realizar el informe de valoración.

En el informe de valoración, emitido el 18 de enero, se señala respecto de la documentación presentada por María José Blanco Purroy lo que sigue:

“Se incluyen en el SOBRE DOS (Documentación administrativa y criterios sujetos a evaluación previa) en el “Plan de trabajo y criterios organizativos del servicio” información del SOBRE UNO (Oferta económica y propuesta sujeta a evaluación posterior).

En la Memoria Técnica presentada por parte del licitador ha hecho referencia a los criterios automáticos del SOBRE UNO, en concreto, ha hecho referencia a la disponibilidad por parte del fisioterapeuta de una serie de técnicas (cinesiterapia, electroterapia, termoterapia y crioterapia) siendo ésta una información sujeta a evaluación posterior”.

La mesa, el 18 de enero de 2024, adopta el acuerdo de exclusión con las siguientes consideraciones y resolución.

“CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERO. - *En el epígrafe 14 del PCAP de esta licitación se recoge que en ningún caso deberán de incluir en el sobre 2 documentos e información propios del sobre 1.*

La inclusión en el sobre 2 de cualquier información o documentación técnica o referencia a requisitos técnicos susceptibles de ser valorados de acuerdo con los criterios de adjudicación de la oferta sujetos a evaluación posterior comprendidos en el Anexo IX del PCAP comportará la exclusión del procedimiento de la licitación.

La LCSP regula la forma de presentación de las ofertas, estableciendo que en último lugar deben evaluarse los criterios que sean cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas o de valoración posterior, y para garantizar que esa evaluación se haga con pleno respeto al principio de neutralidad, se impone la presentación de unos y otros documentos

en distintos sobres o archivos electrónicos. Ello es en realidad una garantía para todos los licitadores, al asegurar que, a la hora de valorar las proposiciones cuya ponderación depende de un juicio de valor, ese juicio sea lo más objetivo posible, y no se vea afectado por la oferta económica ni por las mejoras ofrecidas por unos u otros licitadores, como no ocurre en este caso, al conocer en esta fase que el candidato MARIA JOSE BLANCO PURROY obtendría 6 puntos por tal propuesta.

SEGUNDO. – De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP en relación con las Propositiones de los interesados: “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 y 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. (...)”.

En consecuencia, a la vista de los antecedentes y consecuencias jurídicas anteriores, la Mesa de Contratación

RESUELVE

Excluir la candidatura de MARIA JOSE BLANCO PURROY a la licitación para la contratación del servicio de profesional sanitario de la especialidad de fisioterapia en las instalaciones de MAZ Lérida”.

El acuerdo establece como pie de recurso de alzada ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en el plazo de un mes a computar desde el día siguiente a su notificación.

El acuerdo se notifica a la interesada a través de la PCSP el 19 de enero de 2024 a las 8:21 horas.

Tercero. El 2 de febrero de 2024, a las 17:02 horas, D. ^a María José Blanco Purroy, presenta recurso, que denomina especial de revisión, contra su exclusión de la licitación

ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que es remitido a este Tribunal por dicho órgano el 6 de febrero de 2024, para su tramitación como recurso especial en materia de contratación.

El recurso tiene el siguiente *petitum* que se “*se resuelva estimarlo para la anulación del acto recurrido con todos los efectos inherentes*”.

Cuarto El órgano de contratación remite el expediente y su informe el 9 de febrero.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 12 de febrero, da traslado del escrito de recurso interpuesto al otro licitador, concediéndole un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, no habiendo hecho uso de su derecho.

Sexto. Con fecha 22 de febrero de 2024 la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, resolvió adoptar de oficio la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, por lo que la remisión por el órgano administrativo ante el que improcedentemente se interpuso a este Tribunal para que se tramite como recurso especial en materia de contratación es conforme a Derecho.

Este Tribunal, sin perjuicio de apreciar la concurrencia de los demás requisitos de procedibilidad, es competente para resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LCSP.

Segundo. De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

La recurrente, licitadora en el procedimiento en que ha sido excluida, de prosperar su recurso seguiría en la licitación pudiendo ser adjudicataria, por lo que tiene interés legítimo efectivo y cierto, gozando de legitimación.

Tercero. El acto recurrido es la exclusión de un contrato de servicios de valor estimado superior a cien mil euros.

Por tanto, el acto y la licitación del contrato en que se ha producido, determinan su impugnabilidad de acuerdo con los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

Cuarto. El acto impugnado se notificó a la recurrente a través de la PCSP el 19 de enero de 2024 a las 8:21 horas, pero apareciendo en él como pie de recurso, el de alzada ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en el plazo de un mes a computar desde el día siguiente a su notificación.

El recurso se interpuso ante la referida Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, el 2 de febrero de 2024, a las 17:02 horas, que lo remitió a este Tribunal para su tramitación como recurso especial en materia de contratación.

El artículo 19.5 del RPERMC establece.

“Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación, aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de

la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia.

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso”.

La remisión hecha por el referido precepto del Reglamento al artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre han de entenderse hecha al vigente artículo 40, apartados 2 y 3 de la LPACAP, que le ha sustituido, y que establecen.

“2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

3. Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda”.

En consecuencia, el recurso debe reputarse antepuesto en tiempo y forma.

Quinto. La recurrente funda su impugnación en los siguientes argumentos.

Que la inclusión en la Memoria Técnica de criterios automáticos que deberían figurar en el sobre 1 no se recoge como un supuesto de desestimación, ni en los pliegos, por lo tanto, el acto de desestimación de la oferta que se impugna está viciado de nulidad de pleno derecho, de conformidad con el artículo 39.1 de la LCSP, en relación con el artículo 47 de

la LPACAP, concurriendo la infracción de la letra e) del citado artículo 47.1, por haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Que la Memoria presentada no adolece de defectos omisivos, pues se trata de una Memoria completa y bien formulada que, si hace mención a técnicas es para detallar los criterios organizativos y el plan de trabajo propuesto para el correcto y fiel desempeño de los servicios a prestar, que es justamente lo que debe recoger la Memoria. En cualquier caso, si se considerara que la mención que se halla en la Memoria de las técnicas es una información por exceso, entonces la consecuencia podría ser, a lo sumo, no valorar esa parte de la información. Lo que no es admisible es que se deje de valorar el resto de la completísima información de la Memoria y mucho menos decidir apartar a la ofertante del proceso de licitación.

De contrario arguye el ente contratante lo siguiente.

Que el motivo principal que alega la recurrente es que no se recoge en los pliegos, como supuesto de desestimación/exclusión, haber incluido en la Memoria Técnica del sobre nº 2 criterios automáticos del Sobre nº 1, lo que no es cierto pues en la cláusula 14 del PCAP de este expediente, se recoge expresamente que en ningún caso deberán de incluir en el sobre 2 documentos e información propios del sobre 1.

Además ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 159.4 LCSP, letras e y f, de modo que está claro que tanto en la LCSP como en el propio PCAP, se recoge claramente que el licitador debe presentar los sobres electrónicos separados, cuya apertura es en principio sucesiva: documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones de aptitud para contratar y oferta de criterios sujetos a juicio de valor y, por último, oferta de criterios cuantificables mediante fórmulas, y que en el citado artículo 159.4 LCSP arriba indicado y transcrito en el epígrafe 17.3 del PCAP, viene expresamente recogido que, tras la apertura del sobre 2, la mesa evaluará las propuestas previa exclusión de las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego.

Que la mesa de contratación analizó el supuesto de inclusión minuciosamente, sopesando la importancia que en la valoración de las ofertas corresponde a las técnicas de fisioterapia

que la candidata adelantaba en su oferta (6 puntos), de modo que la puntuación obtendría la recurrente comprometería la imparcialidad del órgano de contratación y quebrantaría la igualdad de trato.

Por todo ello la decisión de excluir al recurrente es ajustada a derecho.

En cuanto al argumento de la recurrente de que, si se considerara que la mención que se halla en la Memoria de las técnicas es una información por exceso, la consecuencia podría ser, a lo sumo, no valorar esa parte de la información, no considera admisible que ante el error cometido por la recurrente se deban cambiar las normas del procedimiento tal y como se contemplan en la LCSP y que son transcritas en el PCAP.

Sexto. Entrando ya en los argumentos del recurso, hemos de partir de nuestra doctrina sobre la anticipación de oferta a través de la introducción en sobres o archivos anteriores de datos correspondientes a sobres o archivos posteriores.

Resumiendo nuestra doctrina (por todas Resoluciones Resolución 191/2011, 233/2011, 890/2014, 729/2016, 691/2017, 1063/2017, 458/2022 y 892/2022, entre otras muchas) hemos de partir de que el suministro de información por parte de un contratista en la licitación, sea ya por su inclusión en un sobre improcedente, ya por la evacuación de cualquier otro trámite del procedimiento, que anticipe el conocimiento de la información incluida bien en el sobre correspondiente a la oferta relativa a los criterios dependientes de un juicio de valor, bien al que contiene dicha oferta, en lo atinente a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula, vulnera expresamente los preceptos de la LCSP y los principios que rigen la contratación administrativa.

Así, el artículo 1.1 de la LCSP establece, entre sus fines, el garantizar el principio de *“no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores”*, en el mismo sentido, el artículo 132.1 de la citada Ley señala que *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”*.

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 TJCE, Sala Quinta, de 25 de abril de 1996, asunto C-

87/94, Comisión versus Bélgica, ECLI:EU:C:1996:161). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE, Sala Sexta, de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, Universidad versus Bau, ECLI:EU:C:2002:746, y otros).

Asimismo, el artículo 139.1 y 2 de la LCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, señala que *“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 (...), las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones (...)”*.

Por ello establece el artículo 157.1 y 2 de la LCSP, para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones, lo que sigue.

“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”.

Ello significa que las proposiciones de los interesados, conteniendo tanto las características técnicas como económicas, además de cumplir las exigencias del PCAP, deben mantenerse secretas hasta el momento en que, de conformidad con el PCAP, deban ser abiertas, debiendo presentarse en sobres independientes la documentación a que se refiere el artículo 14 de la LCSP, de la que contiene la oferta.

En fin, el artículo 146.2 prescribe expresamente 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 que *“la citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas”*.

De otra parte, los artículos 26 y 27 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 (en adelante RD 817/2009) disponen.

“Artículo 26. Presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor.

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.

Artículo 27. Apertura de los sobres.

1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará 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.

2. 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”.

Hemos señalado que la normas cuando se refieren a documentación no hacen referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene (*“escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”*, en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, RAE, 22ª edición) pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores.

Igualmente señalamos que, la prohibición del artículo 26 del RD 817/2009, es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre que contiene la proposición en lo atinente a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor, resulta ratificada en el sobre que contiene la oferta en lo valorable por criterios automáticos o por formula, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión– por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aún, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada.

Para que la inclusión indebida de documentación o información en sobre distinto al que le corresponde suponga la exclusión del licitador, nuestra doctrina exige, como hemos referido anteriormente, que la quiebra del secreto de la proposición que ello supone pueda influir en la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, por el conocimiento de la puntuación que correspondería a los criterios automáticos (Resolución 1531/2023 de 23 de noviembre o 133/2024 de 1 de febrero). Ello exige, según nuestra doctrina, que la anticipación de documentación o información no haya sido propiciada por los propios

Pliegos rectores de la licitación (Resolución 1369/2023 de 20 de octubre), que la información permita la valoración –*id est*, la atribución cierta de puntuación- de uno o varios criterios automáticos (Resolución 403/2023 de 30 de marzo o 136/2024 de 1 de febrero), y que la puntuación desvelada no sea ínfima (Resolución 798/2022 de 1 de julio o 1457/2023 de 8 de noviembre).

En el presente caso es patente y claro que en el archivo electrónico correspondiente a la parte de la oferta evaluable mediante juicio de valor de la recurrente contiene parte de la oferta evaluable automáticamente o mediante fórmula, impidiendo al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva.

En efecto entre los criterios evaluables automáticamente, como se recoge en antecedentes, está el de *“la disponibilidad de las siguientes técnicas del fisioterapeuta adscrito al contrato: 3.a) Cinesiterapia, Electroterapia y Termoterapia, 3. b) Crioterapia, 3.c) Hidroterapia, 3.d) Diatermia”*, siendo así que en la documentación de la oferta correspondiente a los criterios evaluables en virtud de juicio de valor, en concreto en la memoria técnica, se incluye la expresa referencia siguiente: *“además, como fisioterapeuta especializada en el aparato musculoesquelético puedo ofrecer técnicas específicas como. (...) Electroterapia (...) Cinesiterapia (...) Termoterapia (...) Crioterapia”*.

Se produce así, en forma palmaria, y sin que, de la redacción de los Pliegos, permita concluir que ha sido esta la que la ha propiciado, una anticipación de la oferta evaluable en forma automática antes de la apertura del sobre correspondiente, de modo que el órgano de contratación puede anticipar la atribución a la recurrente de 12 puntos de un total de 80. Se ha vulnerado, así, el secreto de las proposiciones, pudiendo influir con ello en la valoración de los criterios cuantificables automáticamente, con menoscabo de la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores, como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto.

Frente a ello carecen de fundamento los argumentos de la recurrente.

No es cierto que el PCAP no haga referencia a la prohibición de incluir datos o documentación de un sobre en el otro, como consta en antecedentes, lo hace expresamente, pero es que, aunque no lo hiciese, los artículos expresados de la LCSP y

del RD 817/2009, son normas imperativas que no precisan ser reproducidas por los pliegos para ser aplicables.

La consecuencia por tanto es la exclusión de la oferta por vulneración de los principios que rigen la licitación pública, en especial los de igual trato de los licitadores y su correlato de libre concurrencia.

No se trata de una “desestimación” de la oferta como, impropia, aduce la recurrente, pues exclusión y desestimación (o, lo que es lo mismo, no adjudicación), son actos distintos, no equiparables, el primero supone la expulsión de la licitación de la oferta excluida, sin que proceda por ello valorarla o tener en cuenta la valoración producida - según el momento en que la exclusión se produce-, mientras que la segunda es simplemente que la oferta, que forma parte de la licitación, no ha sido elegida, a pesar de ser valorada, al no ser la mejor oferta conforme a los criterios sentados en los pliegos.

En fin, por ello, carece de consistencia el argumento de que no debió excluirse la oferta sino no valorar los criterios afectados, pues la vulneración del secreto de las proposiciones, que rompe las garantías esenciales de que el procedimiento respeta la igualdad entre los licitadores y, por ende, la libre y leal concurrencia, tiene como consecuencia obligada la exclusión, la salida del licitador del procedimiento cuyas garantías ha quebrantado, sin que proceda en ningún caso cualquier tipo de valoración de la oferta cuya exclusión es absoluta.

Procede por ello desestimar el recurso y confirmar el acto recurrido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. R.D.M., en representación de MARIA JOSE BLANCO PURROY, contra el acuerdo de 18 de enero de 2024, de la mesa de contratación, por la que se excluye de la licitación convocada por la MAZ, MUTUA

COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 11, para contratar el “*Servicio de profesional sanitario de la especialidad de fisioterapia en las instalaciones de MAZ Lérida*” (expediente 2023/AS/ASC/1037).

Segundo. Levantar la medida provisional acordada.

Tercero. 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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES