



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso nº 1015/2024

Resolución nº 1396/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 07 de noviembre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. I.R.R., en representación de IR MAXOINVERSIONES, S.L. contra el acuerdo de exclusión de su proposición del procedimiento de contratación de los *"Suministros de Gasóleo "A" a los establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la Comunidad Autónoma de Canarias"*, con expediente 02012024AM04, convocado por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias-Subdirección General de Planificación y Gestión Económica, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Subdirección General de Planificación y Gestión Económica del Ministerio del Interior convocó mediante anuncio publicado en fecha 10 de mayo de 2024, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, y publicado en fecha 16 de mayo de 2024 en el BOE, licitación para adjudicar el contrato arriba nominado.

El Código de clasificación CPV del contrato es 09134000 - Gasóleos.

El contrato no se divide en lotes. El valor estimado del contrato se cifra en 514.454,4 euros. Se trata de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada. El plazo de ejecución del contrato es de 12 meses.

Segundo. La tramitación se encuentra sujeta a 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) y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el



Reglamento General de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

El procedimiento de adjudicación ha sido el abierto en tramitación ordinaria. En el procedimiento de adjudicación han presentado sus respectivas ofertas los siguientes licitadores, DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS, S.A.U. (en adelante DISA), IR MAXOINVERSIONES, SLU (en adelante MAXOINVERSIONES), PETRÓLEOS ARCHIPIÉLAGO S.A (en adelante PETROLEOS), REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., (en adelante REPSOL) y SUMINISTROS SANTANA DOMÍNGUEZ, S.L.U. (en adelante DOMINGUEZ) identificados en el archivo del expediente administrativo: "5. Relación de licitadores.pdf".

Tercero. La Mesa de Contratación, en sesión de fecha 4 de junio de 2024, procedió a la apertura del archivo electrónico nº 1 y al examen de la documentación de requisitos previos presentada por las empresas licitadoras, siendo inicialmente calificada como correcta la documentación presentada por cuatro de las licitadoras, entre ellas la ahora recurrente, y requiriendo de subsanación a una de ellas. (archivo 22 del expediente).

En fecha 11 de junio de 2024, la mesa de contratación procedió a la apertura telemática de las ofertas admitidas, y se recogió respecto de DISA y DOMINGUEZ la indicación de que se acreditaba el cumplimiento del criterio de valoración medioambiental en el siguiente sentido: *"Criterio medioambiental: Sí lo indica en la proposición económica y presenta certificación acreditativa ISO 14001"*.

Sin embargo, respecto de los licitadores MAXOINVERSIONES y REPSOL, dado que ninguno de los dos incluyó en el sobre 2 la documentación acreditativa de la valoración del criterio medioambiental, la Mesa indicó respecto de ambos lo siguiente: *"Criterio Medioambiental: Sí lo indica, pero no acredita la implantación de un sistema de gestión ambiental (ISO 14001 o equivalente)"*.

En el acta de dicha Mesa se recoge que MAXOINVERSIONES y REPSOL no recibieron puntuación alguna por el criterio automático medioambiental. (archivo 22 del expediente).



En fecha 2 de julio de 2024, la Mesa se constituyó de nuevo y advertido que el certificado ISO 14001 se había introducido por la licitadora MAXOINVERSIONES en el sobre 1 y no en el sobre 2, acordó corregir el error detectado en la sesión 04062024-01 de fecha 4 de junio de 2024 y por ende rectificar el acta de 4 de junio de 2024, donde constataba que la presentación de la documentación administrativa de MAXOINVERSIONES era correcta, en el siguiente sentido: *“excluida. Motivo: Aportar en el archivo 1 de requisitos previos, certificación ISO 14001, que forma parte de la oferta a incluir en el archivo 2 al ser criterio medioambiental”*.

En consecuencia, MAXOINVERSIONES, cuya proposición fue inicialmente valorada, si bien se le asignaron cero puntos en el criterio medioambiental por no aportar la documentación acreditativa en el sobre 2, resultó excluida por haber anticipado el contenido de su oferta en punto al criterio medioambiental en el sobre 1.

Es de notar que de la valoración que inicialmente se asignó a MAXOINVERSIONES -90 puntos-, atribuidos en el criterio de clasificación del precio y 0 puntos en criterio ambiental- resultaba clasificada eventualmente en segundo lugar, puesto que la oferta de DISA que finalmente ha resultado adjudicataria obtuvo 83,60 puntos en valoración económica más 10 puntos en criterio medioambiental y por tanto, un total de 93,60. REPSOL obtuvo cero puntos en el criterio medioambiental.

Cuarto. Frente a la resolución de adjudicación del contrato en la que, asimismo, se excluye la oferta de la recurrente, reacciona la mercantil mediante la interposición del presente recurso especial en materia de contratación. El recurrente invoca como motivos de impugnación: 1) La confusión de la inclusión de la documentación concerniente a la acreditación del criterio medioambiental en el archivo 1 no impide al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva ni compromete la imparcialidad el órgano de contratación en la valoración de las ofertas. Debe aplicarse la doctrina antiformalista asentada por el Tribunal Supremo tras la Sentencia nº 523/2022 que aplica el principio de proporcionalidad; 2) La cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) es oscura y ha provocado la confusión de la conformación de la oferta por MAXOINVERSIONES; 3) Correcta acreditación por MAXOINVERSIONES del cumplimiento del criterio medioambiental al incorporar dentro del sobre 1 el certificado de calidad ISO 14001 que por tanto debe ser valorada; 4) Incorrecta



aplicación por la Mesa de Contratación del procedimiento de corrección de errores materiales del acta de 4 de junio de 2024.

El recurrente anuda a estos motivos de impugnación la pretensión de anulación de los actos de trámite y del acuerdo de exclusión de su oferta y, por tanto, el de adjudicación, así como la retroacción de las actuaciones al momento de la apertura de los sobres de la documentación previa y de las ofertas que tuvo lugar en un mismo acto.

Quinto. El órgano de contratación ha emitido el oportuno informe en el que sostiene que procede la desestimación del recurso puesto la recurrente incumplió las disposiciones de la LCSP, y del PCAP puesto que, por un lado, incluyó en el archivo nº1 información que debía contenerse en el archivo nº 2 y, por otro lado, no acreditó debidamente y en el archivo indicado la disposición de la ISO 14001. Aprecia el órgano de contratación que en el caso de no haber sido excluida, el resultado del procedimiento hubiese sido el mismo, dada la imposibilidad de puntuar a la recurrente por un criterio de adjudicación que no acreditó correctamente, ya que lo contrario hubiese supuesto un grave perjuicio y discriminación no justificada al resto de licitadoras. Asimismo, sale al paso de la interpretación de la sentencia del de la Sala Tercera del Tribunal Supremo nº 523/2022, que menciona la recurrente, alegando que no sirve para desvirtuar la decisión adoptada por la Mesa puesto que el Tribunal Supremo no afirma la imposibilidad de excluir a una licitadora por incluir información de un sobre en otro distinto, sino que afirma que tal exclusión no debe ser automática, sino que debe guiarse por el principio de proporcionalidad que, a juicio del órgano de contratación se ha observado plenamente en la decisión recurrida.

En el informe emitido por el órgano de contratación se apela a la aplicación por la mesa de contratación del principio de igualdad pues REPSOL presentó la oferta del anexo 2-A marcando en el criterio de adjudicación medioambiental que sí disponía y acreditaba la norma la ISO 14001, pero al igual que MAXOINVERSORES no lo presentó en este sobre; por lo que si tuviese en cuenta la pretensión del recurrente existiría una discriminación frente a este licitador que podría aducir la posibilidad de haber subsanado la falta de acreditación de la norma ISO en el sobre 1.



Sexto. En fecha 2 de agosto de 2024, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulase alegaciones. En fecha 12 de agosto de 2024, el adjudicatario DISA presentó alegaciones en la que manifestaba que procedía la desestimación del recurso.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución de 8 de agosto de 2024, acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. Tratándose de un acuerdo de exclusión inserto en el de adjudicación adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministros con un valor estimado superior a cien mil euros, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 44.2 b) y c) de la LCSP.

Tercero. El recurso ha sido presentado en fecha 12 de agosto de 2024, y, por tanto, en el plazo de quince días a contar desde la notificación al recurrente del acuerdo recurrido, en fecha 22 de julio de 2024, de conformidad con el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. MAXOINVERSORES está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

Establece dicho precepto que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e 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 ha concurrido a la licitación y ha resultado excluida su oferta tras ser clasificada en segundo lugar, por lo que en caso de prosperar el recurso interpuesto se le reintegraría al



procedimiento y si se estima su pretensión se le volvería a valorar asignándole 10 puntos en el criterio de adjudicación que se le ha valorado con 0 puntos y con ello podría ser propuesto como adjudicatario del contrato, por lo que se encuentra legitimada para la interposición del presente recurso.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, MAXOINVERSORES pretende que se deje sin efecto el acuerdo de la Mesa que rectificó el adoptado con anterioridad, tras constatar que MAXOINVERSORES había incluido un certificado medioambiental en el Archivo 1, que contiene la documentación administrativa, cuando debería haberlo incluido en el archivo 2 que es el que ha de contener la oferta objeto de valoración y que ha conducido a la exclusión de su proposición.

Se sostiene en el recurso que el pliego no es claro en cuanto a dónde debe presentarse la certificación medioambiental, y que tal oscuridad provocó el error en MAXOINVERSORES.

Sin embargo, el pliego es meridianamente claro en cuanto a la indicación de qué documentos deben incluirse en el sobre 1 y en el sobre 2. Así se desprende de la cláusula 10 del PCAP, así como de su Anexo 2-A.

En lo tocante al contenido de los sobres archivos 1 y 2 se establece:

“10.- SINGULARIDADES EN LA CELEBRACIÓN DE LA LICITACIÓN. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR Y NÚMERO DE ARCHIVOS.

10.1.- Existencia de fases sucesivas. No habrá fases y se presentarán dos archivos electrónicos, y según se recoge en la cláusula 8.1 del PCAP.

*10.1.1 Procedimiento abierto **Archivo nº 1: Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos:***

a) Declaración responsable cuyo contenido se ajustará al Documento Único Europeo de Contratación (1), firmado y con la correspondiente identificación. Esta declaración sustituye a los Documentos A1, A2, A3 y B1, B2 y B, 3 del ANEXO I, “Documentación a presentar por los licitantes” de este Pliego.



b) Además de los anteriores habrá de recogerse, según los casos:

- Empresa vinculada o no al mismo grupo de empresas (se aportará por todos los licitadores, conforme al Anexo 1)*
- Declaración de si se concurre o no en Unión Temporal de Empresas (conforme al Anexo 1) o En caso afirmativo, deberá aportarse además el compromiso de constitución de UTE y cada una de las empresas que constituyen la misma deberán presentar una declaración DEUC.*
- Declaración de si recurre a la solvencia y medios de otras empresas (conforme al Anexo 1). o En caso afirmativo, cada una de estas empresas deberán presentar también una declaración DEUC.*
- Designación de correo electrónico a efectos de notificaciones (conforme al Anexo 3)*
- Declaración de sometimiento a los Juzgados y Tribunales españoles de cualquier orden, de ser empresa extranjera, si el contrato va a ejecutarse en España (conforme Anexo 3).*
- Compromiso de cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución previstas en el apartado 17 de este Cuadro (conforme al Anexo 3). Los documentos deberán firmarse por quien ostente representación.”*

No existe duda de cuáles son los documentos que se deben incluir en el archivo 1, y en ninguno de ellos se señala la certificación medioambiental.

En cuanto a los documentos que deben incluirse en el archivo nº 2, el pliego establece:

“Archivo nº 2. Título: “Oferta ECONÓMICA-TECNICA evaluable de forma automática”.

Se ajustará al modelo que figura como Anexo 2-A, conforme a lo indicado en la cláusula 8.1.4 del PCAP. Los importes se expresarán exclusivamente en número con un máximo de dos decimales.”



El Anexo a que se refiere la anterior disposición tampoco alberga confusión alguna, al establecer, en lo tocante al extremo que aquí interesa analizar:

“2. CRITERIO MEDIOAMBIENTAL

La licitadora cuenta con certificaciones acreditativas de tener implantado un sistema de gestión ambiental (ISO 14001 o equivalente) (Márquese lo que proceda):

NO

*SI, La licitadora **cuenta con certificaciones acreditativas de tener implantado un sistema de gestión ambiental y presenta el documento acreditativo.**”*

De manera que la alegación no puede acogerse, pues los pliegos no albergan confusión alguna acerca de en qué archivo debe alegarse y presentarse el documento acreditativo del criterio de adjudicación automático medioambiental.

En consecuencia, hay que partir de la premisa que el certificado medioambiental que se valoraba como criterio de adjudicación debía aportarse en el sobre nº 2 y no en el nº 1 de “documentación administrativa”, como así hizo la recurrente.

Lo que se analizará a continuación es qué consecuencia debe llevar aparejada el incumplimiento innegable de lo dispuesto en los pliegos.

Sexto. Se invoca por MAXOINVERSORES que la confusión de la inclusión de la documentación concerniente a la acreditación del criterio medioambiental en el archivo 1 no impide al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva ni compromete la imparcialidad en la valoración de las ofertas, por lo que debe aplicarse la doctrina antiformalista asentada por el Tribunal Supremo tras la Sentencia nº 523/2022, que aplica el principio de proporcionalidad. Y en apoyo de esta postura sostiene MAXOINVERSORES la correcta acreditación del cumplimiento del criterio medioambiental al incorporar dentro del sobre 1 el certificado de calidad ISO 14001, por lo que debe valorarse su oferta en 10 puntos adicionales por cumplimiento del criterio de adjudicación medioambiental.



Para la resolución de esta cuestión hemos de recordar lo dispuesto en los artículos 139 y 157 de la LCSP, a cuyo tenor:

“Artículo 139. Propositiones de los interesados.

“Artículo 139. Propositiones de los interesados.

1. 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, 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.

2. 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.”

El artículo 157 de la LCSP dispone:

“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. (...)”.

También, a los efectos de la resolución de la controversia que se ventila en el presente recurso, interesa traer a colación el contenido del PCAP en la parte en la que se refieren a los criterios de adjudicación y a la documentación que ha de incluirse en el sobre 2 para que ésta pueda ser valorada:

“12.- CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN DEL ACUERDO MARCO Y PONDERACIÓN DE LOS MISMOS.

1. DESCUENTO, EN EUROS/M3, ANTES DE IMPUESTOS, SOBRE EL PRECIO DE REFERENCIA PUBLICADO PARA ESPAÑA.

Descuento, en euros/m3, antes de impuestos, sobre el precio de referencia publicado para España por el OIL BULLETIN PETROLIER de la Directorate-Generale for Energy de la European Commission para el suministro de gasóleo de automoción el día de la entrega en los Centros. Peso sobre puntuación total: 90 % (90 puntos) Acreditación: mediante su indicación en la proposición económica. Todos los importes se indicarán en número con un máximo de dos decimales. Procedimiento de puntuación: Aplicando la siguiente fórmula: $B_n \times 90$ (máximo 90 puntos) $B_{max} B_n =$ Descuento de la oferta que se trate de puntuar $B_{max} =$ Mayor descuento ofertado por los licitadores

2. CRITERIO MEDIOAMBIENTAL. *Por estar vinculados con el objeto de este contrato, y valorándose de esta manera el nivel de compromiso del licitador con el cuidado del medioambiente, **se valorará con un máximo de 10 puntos la presentación de las certificaciones acreditativas de tener implantado un sistema de gestión ambiental (ISO 14001 o equivalente)**, al objeto de dar cumplimiento de esta manera a lo exigido en el artículo 31.2 en su letra e) de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética.*

Peso sobre puntuación total: 10 % (10 puntos).



Acreditación: mediante su indicación en la proposición económica y presentación de la certificación acreditativa.

Procedimiento de puntuación: Se asignarán 10 puntos por acreditar la implantación de un sistema de gestión ambiental (ISO 14001 o equivalente). La no presentación de la documentación referida a este apartado supondrá la obtención de 0 puntos en el mismo.”

Como antes se expuso, es innegable que MAXOINVERSORES no ha presentado la documentación que debe formar parte necesariamente del sobre 2 para poder ser valorada su oferta con 10 puntos correspondientes al criterio de adjudicación automático medioambiental.

Corresponde analizar ahora si el hecho de haber incluido documentación susceptible de ser valorada como criterio de adjudicación en un sobre distinto y cuya apertura se debe realizar (y así se hizo) con anterioridad a la apertura del sobre relativo a los criterios de adjudicación, supone romper el secreto de las proposiciones y comprometer la obligada objetividad e igualdad en la valoración de las ofertas.

A efectos de la resolución de este recurso, es muy importante, a juicio de este Tribunal, destacar que en este contrato no existen criterios de adjudicación sometidos a juicios de valor, sino sólo automáticos o mediante fórmulas consistentes en:

- 1. descuento, en euros/m³, antes de impuestos, sobre el precio de referencia para el gasóleo de automoción publicado para España, valorado mediante la fórmula que figura en el pliego hasta un máximo de 90 puntos.
- 2. Criterio medioambiental que se valora mediante la presentación de las certificaciones acreditativas de tener implantado un sistema de gestión ambiental (ISO 14001 o equivalente), al objeto de dar cumplimiento de esta manera a lo exigido en el artículo 31.2 en su letra e) de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, valorable en 0 o 10 puntos en función de que se presentase o no la certificación antes mencionada. Este es el criterio de adjudicación en controversia.



Como se constata, el último criterio de adjudicación referido se valora de manera completamente automática, sin que haya la más mínima subjetividad en su valoración y lo único que se exige es que se aporte la certificación requerida para que se otorguen los 10 puntos asignados en la cláusula, pues ésta no admite, además, valoraciones intermedias de puntuaciones. Además, dichas certificaciones son otorgadas por empresas evaluadoras acreditadas, como AENOR, tras un proceso normalizado y la acreditación de las circunstancias que habilitan su otorgamiento. Es decir, no son documentos expedidos por los licitadores sino por terceros dotados de acreditación profesional y objetividad en su otorgamiento.

También hemos dicho en la reciente Resolución 640/2024, de 16 de mayo de 2024, que, conforme ha remarcado la reciente Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo de 2022 (Rec.4421/2020), dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, resulta obligado en esta materia aplicar el principio de proporcionalidad, aunque resulte acreditado que se ha producido un anticipo de información de un sobre en otro.

En cuanto a la doctrina de este Tribunal sobre la anticipación de oferta a través de la introducción en sobres o archivos anteriores de datos correspondientes a sobres o archivos posteriores se ha reflejado en numerosas resoluciones, siendo exponente de la misma, entre otras, la Resolución 342/2024, de 7 de marzo de 2024, en la que argumentábamos:

“Resumiendo nuestra doctrina (por todas Resoluciones 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.

(..)

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.

En efecto, los Tribunales de justicia 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, Sala Tercera, Sección cuarta, de 20 de noviembre de 2009, número de recurso 520/2007, (ROJ: STS 7308/2009 -ECLI:ES:TS:2009:7308) 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 cumplieran las prescripciones técnicas.

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección sexta, de 6 de noviembre de 2012, número de recurso 1/2012 (Roj: SAN 4494/2012 -



ECLI:ES:AN:2012:4494), 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”.

En esta misma línea de razonamiento, señalamos 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.

Así, debe analizarse que el error cometido no permita albergar duda alguna sobre la voluntad de la licitadora y, lo que es más importante y decisivo, que el error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva”.

Un supuesto muy similar al que ahora se plantea, en el que también sólo existían criterios de adjudicación automáticos o mediante fórmulas y se había introducido información en un sobre distinto al que el pliego exigía incorporarlo en la proposición y por ello fue excluida la oferta de la empresa, fue analizado en la resolución 1102/2024, de 19 de septiembre de 2024:

Séptimo. La cuestión controvertida es, en suma, si en un caso como el planteado, en el que la adjudicación del contrato se realiza considerando única y exclusivamente criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas, y no se tiene en cuenta ningún criterio sometido a la aplicación de juicios de valor por parte del órgano de contratación, resulta ajustado a derecho acordar la exclusión de una empresa por haber incorporado en el sobre n.º 1 (documentación administrativa), determinada información relativa a su oferta que debió formar parte del otro sobre presentado, el n.º 2 (criterios evaluables mediante fórmulas).

Se trata de una cuestión que ha sido analizada y resuelta por este Tribunal en ocasiones anteriores, estableciendo una reiterada doctrina que toma en consideración las peculiaridades que concurren en este concreto supuesto (fundamentalmente, la consistente en que la presentación anticipada de documentación de la oferta de un licitador en el sobre de documentación administrativa se produce en el seno de una licitación en la que todos los criterios de adjudicación están sujetos a fórmulas y no existe ningún criterio sometido a juicios de valor) y que se expone, entre otras, en las siguientes Resoluciones:



- Resolución nº 1512/2023, de 14 de diciembre (Recurso nº 1502/2023):

(..)

- Resolución nº 188/2024, de 8 de febrero (Recurso nº 1786/2023):

(..)

Octavo

(..)

En efecto, en este caso, la inclusión por esa empresa en el sobre n.º 1 (documentación administrativa) de determinados datos de su personal que deberían haberse incluido en el sobre n.º 2 (documentación referente a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas), y su conocimiento anticipado por el órgano de contratación, no pudo suponer contaminación alguna de la actuación de este órgano ni infracción del principio de igualdad entre los licitadores (contra lo argumentado por el órgano de contratación en su informe y por la empresa PROXIMIA HAVAS, S.L.U. en sus alegaciones), ya que en el procedimiento no existían criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor cuya puntuación pudiera quedar condicionada o afectada por ese conocimiento anticipado. Una vez abiertos los sobres n.º 1, de documentación administrativa, solamente restaba el trámite procedimental de apertura de los sobres n.º 2, en los que se formulaban las ofertas de las empresas tanto en lo relativo a la proposición económica como a las posibles mejoras de calidad del servicio, una y otras evaluables de forma objetiva y automática, mediante la aplicación de las fórmulas consignadas en el PCAP. Ello implica, como se ha señalado, que no pudo existir contaminación alguna de la actuación de la entidad contratante y que, por ello, en aplicación de los principios de concurrencia y antiformalismo que han de regir la contratación pública, no era procedente acordar la gravosa medida de exclusión de la empresa, que no se encontraba justificada a la vista de las circunstancias concretas concurrentes.

Debe reiterarse que la presentación en sobres distintos de la documentación referente a los criterios evaluables mediante juicios de valor y la referente a criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas, y su apertura y evaluación independiente y sucesiva, no

deriva de la aplicación de un principio formalista ni constituye un fin en sí misma, sino que tiene por objetivo garantizar que la puntuación de los primeros se asigne de forma transparente, neutral y objetiva, sin quedar afectada por el conocimiento de las ofertas económicas o de las mejoras evaluables automáticamente. Por ello, la exclusión del licitador solamente procederá cuando la aportación anticipada de la documentación haya frustrado la consecución de estos objetivos; pero no cuando, como aquí ocurre, esto no ha podido suceder al no existir criterios evaluables mediante juicios de valor en el procedimiento de contratación, de tal modo que aquella aportación constituye una irregularidad no invalidante por no menoscabar la objetividad de la valoración y la igualdad entre los licitadores.

La doctrina antes reproducida es perfectamente trasladable al supuesto que nos ocupa. Sólo existen criterios automáticos o mediante fórmulas y el conocimiento de la certificación ISO que se aportó erróneamente y anticipadamente en el sobre nº 1, en modo alguno podía condicionar la valoración del criterio de adjudicación medioambiental, pues el margen de subjetividad en la valoración es nulo, dado que solamente con la constatación de que se ha presentado la certificación requerida válidamente expedida (en este caso la recurrente presentó la certificación ISO 14001 citada expresamente en la cláusula controvertida aunque se permitía presentar otra equivalente) se otorga automáticamente la puntuación asignada para este criterio en el pliego. Tampoco el haberse conocido anticipadamente esa información le otorgaba ventaja alguna con el resto de los licitadores o podía influir en la puntuación de las otras ofertas cuando fueran valoradas, pues sus respectivas valoraciones sólo dependían de que hubieran presentado o no la certificación medioambiental requerida. En consecuencia, no vemos que la obligada objetividad en la valoración de las ofertas se hubiera podido comprometer de alguna forma por el conocimiento previo de la certificación aportada por la recurrente.

Por otro lado, lo que exigía la cláusula antes transcrita para valorar la certificación medioambiental era que indicara que la poseía en la proposición económica y que, al mismo tiempo, la acreditara documentalmente. Es indudable que la recurrente ha presentado la certificación ISO 14001, aunque sea en un sobre indebido y, por tanto, el órgano de contratación era pleno conocedor de su existencia y aportación. Por otra parte, ni tan siquiera a efectos de su consideración e incidencia por parte de este Tribunal el PCAP no determinaba taxativamente que la inclusión de un documento a valorar como criterio de adjudicación

introducido en sobre distinto conllevaba automáticamente que se excluyera la proposición, por lo que nos resulta contrario al principio antiformalista de la contratación consagrado por nuestra doctrina y la Jurisprudencia que porque se haya aportado en otro sobre distinto, se aplique un rigor formalista desproporcionado (recordemos que el principio de proporcionalidad es plenamente aplicable a estos supuestos) y no se valore o se valore negativamente, apartándose por un aspecto exclusivamente formal de la finalidad del órgano de contratación al haber escogido este criterio de adjudicación que es primar el compromiso medioambiental de las empresas licitadoras y la calidad en un suministro de gasóleo que tiene un riesgo o peligro potencial para el medioambiente.

Todo lo expuesto fundamenta la estimación del recurso y, en consecuencia, la anulación del acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente y por extensión la del acuerdo de adjudicación en el que se haya inserto, debiéndose retrotraer las actuaciones al momento anterior a la valoración del criterio de adjudicación en controversia a fin de que el órgano de contratación valore la certificación ISO 14001 aportada por la recurrente y asigne la puntuación correspondiente de acuerdo con el baremo fijado en el PCAP para dicho criterio de adjudicación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. I.R.R., en representación de IR MAXOINVERSIONES, S.L. contra el acuerdo de exclusión de su proposición del procedimiento de contratación del *“Suministros de Gasóleo “A” a los establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la Comunidad Autónoma de Canarias”*, acordando su anulación y retroacción del procedimiento en los términos expuestos en el último párrafo del fundamento de Derecho sexto de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 de 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