



Recurso nº 1286/2017

Resolución nº 89/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 2 de febrero de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.^a M.R.H.G., en nombre y representación de la empresa ADMINISTRADORA DE ARCHIVOS, S.A. (ADEA), contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Justicia de 5 de diciembre de 2017, por la que se acordó excluir a dicha empresa de la licitación del *“Servicio de custodia, archivo y gestión de fondos documentales generados por los órganos judiciales adscritos a diversas Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia (2 lotes)”* (expediente ASE/2017/056), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Justicia convocó, mediante anuncios publicados en el DOUE y en el BOE el 23 de septiembre de 2017, licitación para la adjudicación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de Servicio de custodia, archivo y gestión de fondos documentales generados por los órganos judiciales adscritos a diversas Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia, dividido en dos lotes, y cuyo valor estimado es de 4.115.464,06 euros.

A dicha licitación han concurrido siete empresas, una de ellas la ahora recurrente, ADMINISTRADORA DE ARCHIVOS, S.A. (en adelante, ADEA).

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) aplicable al contrato sólo contempla criterios de adjudicación valorables de forma automática, por lo que se exige a los licitadores la presentación de dos sobres: el sobre nº 1, relativo a la documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia, y el sobre nº 3, relativo a los criterios de adjudicación cuya ponderación es automática.



Segundo. Con fecha de 5 de diciembre de 2017 se reunió el Grupo de Trabajo de la Junta de Contratación del Ministerio de Justicia para proceder a la calificación de la documentación contenida en el sobre nº 1 (*“Documentación declarativa del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia”*), acordando la exclusión de la empresa ADEA por incumplimiento de la cláusula 14.2.1 del PCAP, relativa a la forma de presentación de las proposiciones y, concretamente, por no haber identificado de forma visible el contenido (documentación acreditativa de la capacidad y la solvencia, o documentación relativa a la oferta económica) de los sobres presentados para concurrir a la licitación.

La decisión de exclusión fue comunicada el mismo día 5 de diciembre de 2017 a ADEA por correo electrónico.

Tercero. El 20 de diciembre de 2017, y previo anuncio ante el órgano de contratación, D.^a M.R.H.G., en nombre y representación de la empresa ADEA, interpuso recurso especial contra la resolución de exclusión acordada el 5 de diciembre de 2017.

Cuarto. Con fecha de 29 de diciembre de 2017 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación con el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Quinto. El día 9 de enero de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, trámite que ha sido evacuado por la empresa DOCOUT, S.L.U, que con fecha de 15 de enero de 2017 formuló alegaciones solicitando la desestimación del recurso especial.

Sexto. El día 19 de enero de 2018 la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, por ser el órgano de contratación un poder adjudicador del sector público estatal (artículo 41.1 del TRLCSP).

Segundo. Concorre en la empresa recurrente la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP, pues ha sido excluida de una licitación a la que ha concurrido y de la que tiene interés legítimo en resultar adjudicataria.

Tercero. El presente recurso ha sido interpuesto en el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2.b) del TRLCSP.

Cuarto. Consta en el expediente la realización por la empresa recurrente del anuncio previo al recurso exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. Se impugna la resolución de exclusión (artículo 40.2.b) del TRLCSP) de un contrato de servicio sujeto a regulación armonizada (artículo 40.1.a) del TRLCSP).

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, la empresa recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1º. Inexistencia de infracción de las previsiones del PCAP.

Considera ADEA que no ha vulnerado las cláusulas 14.2.1 y 14.2.3. del PCAP (que exigen identificar claramente, en su exterior, el contenido de cada sobre), porque al presentar su oferta procedió a aportar dos sobres, uno para cada uno de los dos lotes a los que licitaba, sobres que, a su vez, contenían en su interior, de forma cerrada e individualizada, los sobres nº 1 (documentación acreditativa de la capacidad y la solvencia) y nº 3 (documentación relativa a criterios de adjudicación cuya ponderación es automática).

Insiste ADEA en que, con el único ánimo de facilitar la labor de la mesa de Contratación, procedió a agrupar los sobres correspondientes a cada uno de los dos lotes del contrato, figurando, a su vez, en el interior de esos dos sobres, y completamente separados y cerrados, los respectivos sobres 1 y 3. Concluye que el hecho de que se hayan agrupado los sobres no supone infracción alguna ni invalida la proposición presentada.



2º. Subsidiariamente considera que, aun en el caso de apreciarse la existencia de algún defecto, éste sería subsanable, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81.2 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y con el criterio jurisprudencial que aboga por una interpretación no formalista de los requisitos exigidos para concurrir a las licitaciones públicas.

Invoca los criterios doctrinales y jurisprudenciales con arreglo a los cuales debe primar una interpretación no literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y que consideran admisible solicitar aclaraciones siempre ello que no conlleve la presentación de una nueva oferta.

La recurrente entiende que la subsanación resultaba tan sencilla como pedir información al licitador acerca del contenido de esos sobres o, simplemente, con proceder a la mera apertura de esos sobres para comprobar su contenido. Dicha subsanación, a juicio de la recurrente, no hubiera vulnerado la objetividad de la valoración ni el tratamiento igualitario de todos los licitadores.

Considera ADEA que la actuación descrita vulnera los principios de concurrencia y proporcionalidad en los que se asienta la contratación pública (artículo 1 del TRLCSP y artículos 1, 18 y 101 de la Directiva 2014/24/UE).

Séptimo. Por su parte, el órgano de contratación se opone a la estimación del recurso con base en las siguientes consideraciones:

1º. La documentación presentada por ADEA incurre en un claro incumplimiento de lo dispuesto en las cláusulas 14.2.1 y 14.2.3 del PCAP. Remite al documento nº 11 del expediente de contratación enviado a este Tribunal, en el que figuran escaneados los sobres presentados por ADEA, consistentes en:

- Un sobre con sello de registro de 6 de octubre de 2017, en el aparece como número de expediente *“RASE- 322, Servicio de Custodia, Archivo y Gestión de los Fondos Documentales Generados por los Órganos Judiciales Adscritos a Diversas Gerencias Territoriales”*, cuyo número de expediente no concuerda con el correspondiente a este



contrato, y en el que no se indica si corresponde al sobre nº 1, nº 3, o a ambos, ni si licita a uno o a los dos lotes.

- Otros dos sobres con sello de registro de 10 de noviembre de 2017, ambos con idéntico texto identificativo del nombre y número de expediente del contrato, datos del licitador y firma, con indicación del lote al que corresponden, pero sin indicación alguna de si en su interior se recoge el contenido del sobre nº 1, del nº 3, o de otro sobre.

Resulta acreditado el incumplimiento del PCAP porque se han presentado tres sobres con la misma denominación del contrato y sin identificar su contenido conforme a lo exigido en las cláusulas 14.2.1 y 14.2.3 del PCAP.

Indica el órgano de contratación que no es que no se admita agrupar sobres (siempre que no se mezcle indebidamente la documentación que legal y contractualmente es exigible en cada uno de ellos), sino que se exige con claridad en el PCAP que, de forma bien visible, se identifique claramente cada sobre, y ello para evitar que, por ausencia o deficiencia en la señalización, se produzca su apertura en un momento del procedimiento de contratación distinto del previsto conforme a la normativa aplicable.

2º. Improcedencia de conferir trámite de subsanación del defecto existente, pues hay que buscar el equilibrio entre la necesidad de favorecer la máxima concurrencia y no eliminar una proposición de manera injustificada o de forma desproporcionada, y el respeto al obligado secreto de las proposiciones, debiendo prevalecer, en caso de conflicto, éste último.

Con cita de los artículos 145.2 del TRLCSP y 80.1 del RGLCAP y de doctrina de este Tribunal, el órgano de contratación recuerda la exigencia de que cada uno de los sobres (documentación administrativa, proposición económica) se abran en el momento procedimental oportuno, sin que el sobre nº 3 pueda ser abierto hasta el acto de apertura pública para garantizar el secreto de las proposiciones, que alcanza no sólo a los licitadores sino también a los propios gestores del expediente, incluidos los miembros de las mesas de contratación a quienes corresponde valorar las ofertas y cuyo conocimiento no puede ser anterior al momento de su apertura en acto público. Insiste la Administración contratante en que el secreto de las proposiciones garantiza el principio de igualdad de



trato entre los licitadores y que su quebrantamiento conlleva la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación. Y concluye que la subsanación pretendida por la recurrente no era posible porque ello conllevaría, ante la falta absoluta de identificación de los tres sobres presentados, bien una labor interpretativa vedada a la Mesa de contratación, bien la apertura de uno de ellos al azar, con riesgo de vulneración del secreto de las proposiciones. Y que requerir a la recurrente para que aclarase el contenido de cada sobre conculca el principio de igualdad, al dispensarse un trato distinto del exigido al resto de los licitadores, alguno de los cuales, dada la continuación de la tramitación del procedimiento, ya disponían de altas expectativas de resultar adjudicatario y no habrían aceptado pacíficamente dicha subsanación.

Octavo. Finalmente, la empresa DOCOUT, S.L.U. se opone en su escrito de alegaciones a la estimación del recurso por entender que la actuación de la Mesa de contratación se ha ajustado en todo momento al PCAP y a Derecho; que los pliegos son la ley del contrato y que incumbía a la recurrente presentar su oferta respetando las exigencias formales de los pliegos, que no responden a un mero criterio estético, arbitrario o caprichoso del órgano de contratación, sino a la necesidad de salvaguardar el secreto de las proposiciones; que, conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2004 (asunto T-637/11), dictada en un supuesto muy similar, el defecto de presentación de los sobres no es subsanable en la medida en que no podía garantizarse la confidencialidad de la oferta; y añade que la exclusión de la empresa recurrente no ha afectado al principio de concurrencia, dada la pluralidad de licitadores y ofertas admitidas, y que ADEA es la actual adjudicataria del contrato y puede encontrarse interesada en dilatar el procedimiento de la nueva licitación.

Noveno. Se plantea en el presente recurso si es ajustada a Derecho la decisión del Grupo de Trabajo de la Junta de Contratación del Ministerio de Justicia de excluir a la empresa ADEA de la licitación del contrato de Servicio de custodia, archivo y gestión de fondos documentales generados por los órganos judiciales adscritos a diversas Gerencias Territoriales de dicho Ministerio.

De acuerdo con la reiterada doctrina y jurisprudencia que sostiene que los pliegos son la ley del contrato, y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la cláusula 14 del PCAP aplicable al presente contrato dispone que *“la presentación de una*



oferta presume la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas de este pliego así como de sus Anexos, sin salvedad o reserva alguna". Y, tras enumerar los sobres que habrán de presentar los licitadores (que, por no existir criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor en la presente licitación, son dos, el sobre nº 1, "Documentación declarativa del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia", y el sobre nº 3 "Documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya ponderación es automática"), añade la cláusula 14.2 que "los licitadores deberán presentar los sobres cerrados y firmados por el licitador o la persona que le represente, identificados en su exterior con la indicación de la licitación a la que concurren y el número de sobre, el nombre y apellidos del licitador o razón social de la empresa". Y, seguidamente, las cláusulas 14.2.1 y 14.2.3 detallan aún más, insertando sendos cuadros, el contenido exterior de cada uno de los sobres que han de presentar los licitadores: "En el exterior se consignará, en forma bien visible y sin que sea preciso abrirlo para su lectura, el siguiente cuadro", cuadros respectivamente encabezados con las expresiones "Documentación declarativa de los requisitos de capacidad y solvencia" (cláusula 14.2.1 del PCAP) y "Sobre nº 3: Documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya ponderación es automática" (cláusula 14.2.3 del PCAP).

Figura en el expediente de contratación remitido (documento nº 11) copia escaneada del exterior de los sobres presentados por la empresa recurrente, en términos coincidentes con los indicados por el órgano de contratación en su informe al recurso. Efectivamente, consta la presentación de tres sobres distintos:

1. Con sello de registro de entrada de 6 de octubre de 2017, un sobre en el que se indica: "Nº expediente: RASE-322, Servicio de custodia, archivo y gestión de los fondos documentales generados por los órganos judiciales adscritos a diversas Gerencias Territoriales". No aparece ninguna indicación adicional acerca de su contenido.
2. Con sellos de registros de entrada de 10 de noviembre de 2017, dos sobres en cuyo exterior se hace constar, además de los datos identificativos del licitador, las expresiones "Lote 1. Gerencia Territorial de Castilla y León en Burgos. 'Servicio de custodia, archivo y gestión de los fondos documentales generados por los órganos judiciales adscritos a diversas Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia'. Número de expediente: ASE/2017/056", y "Lote 2. Gerencia Territorial de Murcia. 'Servicio de custodia, archivo y



gestión de los fondos documentales generados por los órganos judiciales adscritos a diversas Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia'. Número de expediente: ASE/2017/056", respectivamente. No consta referencia alguna a la inclusión en ellos de la documentación correspondiente al sobre nº 1 o al sobre nº 3.

Dada la claridad de los términos en los que aparece redactada la cláusula 14 del PCAP, resulta fuera de toda duda que la proposición presentada por la empresa recurrente incumplió los requisitos formales exigidos al efecto, concebidos para permitir identificar, sin necesidad de proceder a su apertura, la concreta documentación (correspondiente al sobre nº 1 o al sobre nº 3) que en ellos se contiene. La forma de presentación de la proposición de ADEA ni se ajusta a los requisitos formales exigidos en el PCAP ni permite cumplir la finalidad que se persigue por el pliego (conocer el contenido de cada sobre, sin necesidad de abrirlo), creando una incertidumbre que se agrava por el hecho de que, aunque quede claro que se licita a los dos lotes del contrato, se aportan tres sobres de contenido incierto.

Las consideraciones anteriores permiten tener por acreditado el incumplimiento por la recurrente de las cláusulas 14.2.1. y 14.2.3 del PCAP, lo que determina la desestimación del primer motivo de recurso.

Décimo. Partiendo de la anterior premisa, procede examinar si los defectos concurrentes en los sobres presentados por la empresa recurrente eran, como ésta sostiene, susceptibles de subsanación, o debían determinar su exclusión automática de la licitación, como acordó la Administración contratante.

Tal y como señalan el órgano de contratación y la empresa DOCOUT, S.L.U., los requisitos formales exigidos en cuanto a la forma de presentar los sobres con la documentación de cada uno de los aspectos exigidos para concurrir a las licitaciones públicas responden no a un mero criterio formalista o caprichoso de los órganos de contratación, sino a la necesidad de garantizar el estricto seguimiento del *iter* procedimental legalmente previsto y la salvaguarda del secreto de las proposiciones.

Así, ya en la Resolución 76/2013, de 14 de febrero, este Tribunal indicaba lo siguiente:

“Entre las normas citadas en la resolución que se impugna, el artículo 145 del TRLCSP establece que:



‘1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, ...

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, ...’.

En el mismo sentido, el artículo 80 del RGLCAP, relativo a la forma de presentación de la documentación señala que:

‘1. La documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa...’.

La cláusula 11 del PCAP también indica que:

‘Los sobres, cerrados y firmados por el propio licitador o persona que lo represente, deberán indicar en su exterior el número del sobre, la licitación a la que se concurre y nombre y apellidos o razón social de la empresa...’.

Las disposiciones anteriores no son sino una garantía de la tradicional exigencia en nuestras leyes de contratos públicos de la publicidad en la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores, tal como se establece al final del primer párrafo del artículo 160.1 del TRLCSP: ‘En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos’.

Cualquier hecho que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones antes de que se celebre el acto público para su apertura es contrario al mandato legal transcrito. (...).

Como hemos destacado en casos similares (valga como referencia la Resolución 067/2012, de 14 de marzo), en las disposiciones transcritas y en los restantes que regulan el proceso de apertura de las proposiciones ‘se establece, además, una diferencia esencial entre la apertura y calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los



requisitos previos para la contratación... y la correspondiente a la proposición de cada licitador... En efecto, la intención del legislador al regular en la forma que lo hizo los procedimientos de adjudicación de los contratos y, en particular, la forma en que debía procederse a la apertura de los distintos sobres conteniendo la documentación y la proposición presentadas por los licitadores no es otra que garantizar, por una parte, el trato no discriminatorio y en igualdad de todos los licitadores y, de otra, la transparencia, garantía, a su vez, de la autenticidad de los datos que reflejan los documentos que contienen la oferta...’.”

En suma, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación los no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto, en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, garantizar la máxima objetividad posible en la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento anticipado de los que son aplicados mediante fórmulas puede afectar al resultado de dicha valoración, y cuando es conocida solamente la de una parte de los licitadores, ello implica desigualdad en el trato de éstos, postura que se mantiene de forma unánime por la JCCA (informes 43/02, de 17 de diciembre de 2002, 20/07, de 26 de marzo y 62/08, de 2 de diciembre), por este Tribunal (Resoluciones 146 y 147/2011, 67/2012, 27/2013, 634/2013 y 326/2014, entre otras muchas), y por los restantes Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (v.g., resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía números 50, 51, 52 y 59/2012, y resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León números 8, 34 y 38/2013, 34 y 47/2014).

En concreto, el Tribunal ha declarado reiteradamente que la inclusión de documentación relativa a criterios de valoración evaluables de forma automática en el sobre relativo a la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia (como sería el caso que podría plantearse en el presente recurso), vulnera el secreto de las proposiciones y constituye causa de exclusión de la oferta. Así, en la Resolución 67/2012, de 14 de marzo, se afirmó lo siguiente: *“Igualmente en nuestra resolución 147/2011 de 25 de mayo, pusimos de manifiesto que la documentación conteniendo los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas no debían incluirse en el sobre de la documentación a que se refiere el artículo 130 de la LCSP (artículo 146 del TRLCSP) pues ello supone la infracción los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley de*



Contratos del Sector Público, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella". Y en la Resolución 22/2013, de 17 de enero, se indicaba que "este Tribunal, en sus resoluciones, 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 evaluables mediante fórmula) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), ..."

De lo expuesto se desprende que la inclusión de información relativa a la oferta en el sobre correspondiente a la documentación administrativa (acreditación de los requisitos de capacidad y de la solvencia exigidas) vulnera el secreto de las proposiciones y ha de dar lugar a la exclusión de la oferta así presentada, sin posibilidad alguna de subsanación.

Sin embargo, en este supuesto lo que la recurrente discute es que se haya producido, pese al incumplimiento de las exigencias formales previstas en las cláusulas 14.2.1 y 14.2.3 del PCAP, una efectiva vulneración del secreto de las proposiciones, y ello porque afirma que se limitó a agrupar los sobres nº 1 y nº 3 de cada uno de los dos lotes a los que licita en un sobre general o único para cada uno de esos dos lotes, en cuyo interior figuran, debidamente cerrados e identificados, los correspondientes sobres nº 1 y nº 3.

El Tribunal ha asumido en numerosas resoluciones el criterio jurisprudencial conforme al cual una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984, 19 de enero de 1995 y 21 de septiembre de 2004, entre otras). Con arreglo a esta doctrina, no parece admisible excluir de la licitación una oferta que sólo formalmente incumple los requisitos de identificación de los sobres exigidos en el PCAP, pero que, desde un punto de vista material, respete escrupulosamente el secreto de las proposiciones. Y tal es lo que sucedería de resultar acreditadas las alegaciones de la recurrente, en la medida en que los sobres nº 1 y nº 3 de cada uno de los dos lotes a los que licita ADEA estarían, según afirma, perfectamente identificados y cerrados dentro de sendos sobres presentados para cada uno de esos dos lotes.

La Administración contratante parece aducir que le estaba vedada la apertura de los sobres y la comprobación de su contenido porque, en caso de encontrarse, en el trámite de examen de la documentación administrativa del sobre nº 1, con documentación relativa a la oferta (sobre nº 3), con dicha apertura se habría vulnerado el secreto de las proposiciones con la inevitable e indefectible consecuencia de la nulidad de todo el procedimiento contratación, cuando la consecuencia, en tal supuesto, no sería otra que la que ya se ha acordado *ad cautelam*, esto es, la exclusión de esa concreta oferta de la licitación, exclusión que será procedente, se insiste, si se acredita que, por no separar adecuadamente la documentación de cada uno de los sobres, ADEA incurrió en una vulneración efectiva del secreto de las proposiciones.

En el presente caso el Tribunal constata las siguientes circunstancias:

- Las cláusulas 14.2.1 y 14.2.3 del PCAP, si bien exigen que el exterior del sobre exprese, en forma bien visible y sin que sea preciso abrirlo para su lectura, su concreto contenido (sobre nº 1 o sobre nº 3), también disponen que *“cuando en el punto 4 del Cuadro Resumen se indique que el contrato está dividido en lotes, se presentará un sobre por cada uno de los lotes a los que se presente oferta, especificando el lote al que licita cada sobre”*. Esta expresión, correctamente interpretada (al figurar, con idéntica redacción, en ambas cláusulas 14.2.1 y 14.2.3), insta a los licitadores que concurren a más de un lote a agrupar en un solo sobre, por un lado, los sobres nº 1 (cláusula 14.2.1) y, por otro, los sobres nº 3 (cláusula 14.2.3) de cada lote al que se licite; pero su lectura aislada o apresurada puede explicar (que no justificar) una actuación como la seguida por la empresa recurrente.
- La empresa recurrente adjunta con su recurso una solicitud de subsanación fechada el 11 de diciembre de 2017, no desvirtuada de contrario por el órgano de contratación en su informe al recurso, en la que, frente a la decisión de exclusión notificada por la Junta de Contratación, ADEA explicaba que no ha vulnerado el secreto de las proposiciones sino que ha procedido a agrupar el sobre nº 1 y el sobre nº 3 de cada uno de los dos lotes a los que concurre en sendos sobres generales o globales, con el exclusivo fin de facilitar la labor de calificación de la documentación presentada.



- El primero de los sobres aportados por ADEA (que según manifiesta la empresa DOCOUT, S.L.U., es la actual adjudicataria del contrato), alude a un expediente y contrato (*"RASE-322, Servicio de custodia, archivo y gestión de los fondos documentales generados por los órganos judiciales adscritos a diversas Gerencias Territoriales"*) que, según los datos que obran en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se corresponden con un contrato anterior licitado por el mismo órgano de contratación (anuncio de licitación publicado en el BOE el 11 de septiembre de 2013). Ello suscita razonablemente la duda de si tal sobre contiene documentación relativa a la presente licitación o relacionada con el anterior contrato.

- La cláusula 14 del PCAP contempla expresamente que *"la Administración podrá exigir a los licitadores aclaraciones sobre los datos, documentos y certificaciones aportados y, en su caso, requerirle a que presente otros complementarios, lo que se deberá cumplimentar en el plazo de tres días hábiles"*.

A la vista de las circunstancias concurrentes y, sobre todo, de cara a justificar la efectiva vulneración del secreto de las proposiciones por parte de la empresa ADEA, entiende el Tribunal que la Administración, antes de acordar su exclusión, debió solicitar aclaraciones sobre el contenido de los sobres, o admitir las explicaciones ofrecidas posteriormente por ADEA verificando, mediante la apertura de los sobres, su contenido. No estaríamos, propiamente, ante una subsanación de la forma de presentación de la oferta (que no cabe ya presentar de otro modo), sino ante la verificación de unas aclaraciones amparada por el PCAP y admisibles, siempre con el límite de inmodificabilidad de la oferta. En definitiva, la apertura de los sobres en cuestión permitía constatar si, tal y como afirma la recurrente, los sobres nº 1 y nº 3 de cada lote se encuentran debidamente identificados y cerrados, respetando el inexcusable secreto de las proposiciones.

Se insiste en que la apertura de los sobres por la Mesa de Contratación, y la eventual constatación de que ADEA incluyó indebidamente documentación relativa a la oferta en el sobre nº 1 (documentación administrativa), conllevaría la necesidad de acordar su exclusión de la licitación ante la acreditación de que concurre una vulneración efectiva (y no meramente posible o hipotética) del secreto de las proposiciones, pero no determinaría, *per se*, la nulidad del procedimiento de contratación, efecto que se produciría, distintamente, si constatada una vulneración del secreto de las proposiciones, la



Administración continuase el procedimiento hasta la adjudicación sin haber excluido la oferta que quedó contaminada por haberse desvelado su contenido antes del acto público de apertura. O también, como se indica en el informe de la JCCA 38/07, de 29 de octubre de 2007, cuando concurra negligencia o mala fe de la Administración en el deber de custodia de los sobres que contienen las proposiciones, y se advierta que alguno de ellos se encuentra abierto antes del acto público de apertura, en cuyo caso *“la simple exclusión de una proposición indebidamente abierta no sería acorde con un tratamiento equitativo, al hacer recaer sobre uno de los licitadores las consecuencias de la falta de la debida diligencia por parte de la propia Administración”*, motivo por el que, en tales supuestos (que nada tienen que ver con el que ahora se examina), lo procedente sería *“la declaración de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación del contrato”*.

Cabe añadir que la Resolución 28/2017, de 13 de enero de 2017, dictada en el recurso 1152/2016, y en la que se cita la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, Sala Sexta, de 30 de abril de 2014 (asunto T.637/11), -invocada por la empresa DOCOUT, S.L.U. en sus alegaciones-, abordaba un supuesto distinto (vulneración de la obligación de presentar la oferta en sobre cerrado) al que ahora se examina.

En consideración a lo expuesto, el Tribunal estima este segundo motivo de recurso y ordena retrotraer el procedimiento hasta el momento inmediatamente anterior a la decisión de exclusión de la empresa recurrente de la licitación, exclusión que, para poder acordarse, deberá fundarse no en un mero incumplimiento formal de los requisitos de identificación externa de los sobres, sino en la constatación de que la oferta de la recurrente incurre en una efectiva vulneración del secreto de las proposiciones.

Si, efectuada la apertura de los sobres de la empresa ADEA, se acreditase que la misma incurre en una vulneración efectiva del secreto de las proposiciones, procederá la exclusión de la recurrente de la licitación, con aplicación, en su caso, del principio de conservación de actuaciones (artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.^a M.R.H.G., en nombre y representación de la empresa ADMINISTRADORA DE ARCHIVOS, S.A. (ADEA), contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Justicia de 5 de diciembre de 2017, por la que se acordó excluir a dicha empresa de la licitación del *“Servicio de custodia, archivo y gestión de fondos documentales generados por los órganos judiciales adscritos a diversas Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia (2 lotes)”* (expediente ASE/2017/056), acordando la retrotracción del procedimiento hasta el momento inmediatamente anterior a la decisión de exclusión de la empresa recurrente de la licitación, de acuerdo con lo indicado en el Fundamento de Derecho Décimo de esta Resolución.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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.