



Recurso nº 396/2019

Resolución nº 574/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por R. S. R., en su propio nombre y derecho, contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de "*Explotación del servicio de cafeterías en los establecimientos del MADOC*", con expediente 2 0252 19 0001 00, convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ministerio de Defensa, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado por mayoría de miembros la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ministerio de Defensa convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 8 de marzo de 2019, la contratación del servicio de explotación de cafeterías en los establecimientos del MADOC con un valor estimado de 253.800 euros. El contrato no está sujeto a regulación armonizada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). La publicación en el Boletín Oficial del Estado, se realizó el 14 de marzo de 2019. Se fijó como plazo máximo para recepción de ofertas, el día 27 de marzo de 2019 a las 08:00 horas.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de acuerdo con los preceptos de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. El contrato se califica como contrato administrativo especial de acuerdo con el artículo 25 de la LCSP. De conformidad con el artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante RGLCAP, la licitación se realizará por lotes:



- LOTE 1: Acuartelamiento Capitanía General.
- LOTE 2: Acuartelamiento La Merced.

Para su adjudicación se prevé la utilización de un procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, todos ellos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas: el precio (49%) y las mejoras en la prestación del servicio (51%).

Tercero. En la Sesión de 27 de marzo de 2019, reunido el Órgano de Asistencia del Órgano de Contratación de la Jefatura de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa a fin de proceder al examen de la documentación administrativa presentada para la licitación en el procedimiento abierto, se acordó mediante Acta nº 4/2019, en cuanto a la licitadora R. S. R. lo siguiente:

«El licitador ha incluido dentro del sobre nº 1 (DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA), parte de la oferta sujeta a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas o automáticas. Concretamente, incluye las dos últimas páginas del Anexo 1, donde se incluyen las mejoras en la prestación del servicio, (51 % de ponderación, sobre el total de la oferta) que deberían haberse incluido en el sobre nº 2. De acuerdo al artículo 157 de la LCSP, la mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140 de la LCSP (Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos), que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición. Además, de acuerdo al artículo 139.2 de la citada LCSP, se establece que las proposiciones serán secretas, y se garantizarán los medios hasta el momento de apertura de las proposiciones.

La exclusión del procedimiento se ha llevado a efecto una vez que los componentes de la mesa de contratación con derecho a voto, han emitido el mismo, siendo el resultado el siguiente:

PRESIDENTE: A favor de no excluir.

VOCAL INTERVENTOR: A favor de excluir.

VOCAL JURÍDICO: A favor de excluir.



VOCAL TÉCNICO: A favor de excluir.

A la vista de la votación anterior, por 3 votos frente a 1, la mesa acuerda la exclusión del licitador 24237095-V R. S. R., por los motivos detallados anteriormente».

Cuarto. El 17 de abril de 2019 fue presentado por la licitadora excluida Recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento “*Explotación del servicio de cafeterías en los establecimientos del MADOC.*” en el Registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales el Recurso especial en materia de contratación frente a la decisión de exclusión antes transcrita. En el escrito de interposición fue solicitada la adopción de medidas provisionales consistentes en suspender el procedimiento de contratación.

Quinto. Tras dar el oportuno traslado al órgano de contratación, se emite por el Presidente de la Mesa de Contratación de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Adiestramiento y Doctrina, informe en el que tras considerar y valorar las argumentaciones esgrimidas por la licitadora y recurrente R. S. R., entiende que su exclusión es correcta y que procede la desestimación del recurso y declarar como ajustado a derecho el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación, al ser conforme a las normas y principios que rigen la contratación del sector público.

Sexto. El 25 de abril de 2019, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido.

Séptimo. Mediante acuerdo de fecha 29 de abril de 2019, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resuelve la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. La recurrente, D^a R. S. R., está legitimada al haber participado en la licitación de la que trae causa la resolución de exclusión impugnada, y haber quedado excluida. Dado que su recurso se dirige a conseguir su admisión y la valoración de su proposición, debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. En cuanto al objeto del recurso lo constituye el acuerdo de exclusión de la licitadora, adoptado en sesión de fecha 27 de marzo de 2019 por el órgano de asistencia al órgano de contratación, mediante Acta 4/2019.

En dicho acuerdo se pone de manifiesto que se excluye a la licitadora porque ha incluido dentro del sobre nº 1 (documentación administrativa), parte de la oferta sujeta a criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas establecidas o automáticas. Concretamente, incluye las dos últimas páginas del Anexo 1, donde se incluyen las mejoras en la prestación del servicio, (51 % de ponderación, sobre el total de la oferta) que deberían haberse incluido en el sobre nº 2.

Dicho acuerdo de exclusión se adopta en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios que supera el umbral fijado en el artículo 44.1 a) de la LCSP en 100.000 euros. Por tanto, según lo establecido en el artículo 44.2.b) de la LCSP, en relación con el citado 44.1 a), estamos ante una actuación susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. En relación con el plazo de interposición, el recurso se ha interpuesto ante este Tribunal en plazo ya que el acuerdo de exclusión fue notificado el 29 de marzo de 2019. Habiéndose interpuesto el recurso el día 17 de abril del mismo año, no han transcurrido 15 días hábiles desde el día siguiente a la fecha de notificación y la interposición del recurso. Igualmente se ha cumplido el requisito formal de la representación.



Quinto. Satisfaciendo, por lo tanto, el recurso interpuesto los requisitos de admisión, se hace necesario atender al fondo del mismo.

El recurso impugna el razonamiento aducido por la mesa en el acuerdo de exclusión aduciendo, en síntesis: 1º) el principio anti formalista que debe presidir el procedimiento de licitación en la contratación pública; 2º) la inexistencia de vulneración de la imparcialidad al haberse conocido anticipadamente una parte de la oferta económica, teniendo en cuenta que ninguno de los criterios depende de la realización de un juicio de valor, siendo todos de cuantificación automática; 3º) la exclusión de la oferta a consecuencia de incluir información en un sobre distinto al que corresponde exige que contravenga los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, ninguno de los cuales se ve vulnerado en el presente caso.

Frente a tales alegaciones el órgano de contratación, en su informe, entiende que la exclusión de la licitadora recurrente es conforme a derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el pliego y en la Ley, así como con arreglo al principio de confidencialidad de las ofertas, equidad, libre concurrencia y transparencia del proceso de contratación.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas del presente procedimiento de licitación se indica en la cláusula 16 que *«Las proposiciones que presenten los licitadores se ajustarán al modelo que se adjunta a este pliego como Anexo 1, siendo su forma de presentación electrónica»*. En la cláusula 18 se hace constar que la documentación a presentar por el licitador debe quedar distribuida en dos sobres electrónicos, detallándose el contenido de uno y otro:

«La presentación de proposiciones presume por parte del licitador la aceptación incondicionada de las cláusulas de este Pliego y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para poder contratar con la Administración.»

Los datos empleados para la evaluación de las documentaciones, proposiciones u ofertas serán únicamente los contenidos en ellas, de forma que la ausencia de información será considerada como “requisito no acreditado” o como puntuación nula en el criterio de valoración correspondiente, sin perjuicio de que pueda considerarse globalmente como



inconsistente y rechazada en su totalidad, calificándola, en su caso, como retirada injustificada de la proposición u oferta según los artículos 62.2 y 84 RGLCAP. (...):

- Sobre Nº1: *DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA;*
- Sobre Nº2: *OFERTA».*

En el Anexo 1 se acompaña el modelo de oferta para cada uno de los Lotes. Los Anexos 2 a 4 los modelos de declaraciones responsables que integran la documentación administrativa.

Para determinar si la decisión de la mesa de excluir al licitador fue o no conforme a derecho, debemos partir del artículo 139 de la LCSP, en el que se manifiesta 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, 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. (...).».

Al haber incluido la licitadora en el sobre 1 (relativo a la documentación administrativa) información relativa a las mejoras en la prestación del servicio (que debería constar en el sobre 2) su admisión incurriría en una infracción del artículo 139 de la LCSP en un doble sentido: en primer lugar, al no respetar la forma de presentación de las proposiciones que exige el pliego en la cláusula 18 y en los anexos, y, en segundo lugar, al anticipar información a la mesa de contratación y vulnerar el principio del secreto de las proposiciones hasta su apertura.



Ahora bien, tiene razón la recurrente al mencionar la doctrina del Tribunal en la que la exclusión automática del licitador que yerra en la inclusión de documentos en los sobres o archivos requeridos se ha considerado en algunas ocasiones contraria al principio antiformalista que rige la contratación administrativa, y merecedora de la oportuna subsanación, por lo que, en supuestos como el presente, deben analizarse las circunstancias de cada caso concreto.

En efecto, la Resolución 890/2014, de 5 de diciembre, recogiendo diferentes pronunciamientos previos, señaló que *«se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011).*

En nuestra Resolución 095/2012, trajimos a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expone que "el Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes".

De este modo, en el proceso de adjudicación de un contrato, en una primera fase se analizan los requisitos de capacidad y solvencia de las personas físicas o jurídicas que han presentado oferta (características de la empresa), y una vez que se entienden cumplidos estos requisitos, se declara la admisión de los licitadores en el procedimiento; siendo el trámite siguiente el que consiste en el análisis de los criterios de adjudicación



(características de la oferta), que concluye, en términos generales, con la resolución de adjudicación del contrato a uno de los licitadores.

Pues bien, en este sentido, tal y como este Tribunal ha señalado en su Resolución 67/2012 de 14 de marzo, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones (características de la oferta) antes de que se celebre el acto público de apertura, rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario tanto a lo previsto en el artículo 160 TRLCSP, que dispone, "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", como a lo señalado en el artículo 145 TRLCSP de conformidad con el cual "las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública".

Así concluíamos que "debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate".

En lo referente a la inclusión de los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas en el sobre de acreditación del cumplimiento de requisitos previos al que se refiere el artículo 146 TRLCSP, en nuestra Resolución 147/2011 de 25 de mayo, pusimos de manifiesto que tal inclusión supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella. Ya en esa resolución dijimos que la situación descrita hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas.

En fin, en nuestra Resolución 62/2013, y respecto del supuesto de inclusión de documentación de criterios evaluables mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor, señalamos que lo que



el TRLCSP pretende al disponer que "la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia (...)" (artículo 150.2 in fine), no es otra cosa sino garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de estos criterios no influye en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se haya atribuido por razón de los criterios evaluables mediante fórmulas.

La pretensión del legislador tiene como fundamento el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Tal pretensión se materializa en el artículo 150.2 del TRLCSP disponiendo que "las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada", y estableciendo por ello el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que "la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos".

En fin, el razonamiento del legislador queda complementado con lo dispuesto en el artículo 30.2 del mismo Real Decreto a cuyo tenor "en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor".

También señalamos en nuestra Resolución 191/2011 que "la norma cuando se refiere a "documentación" no hace 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, 22 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 en la referida Resolución 191/2011 que la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, “es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre 2º resulta ratificada en el sobre 3º, 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”.

Esto no obstante la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal" (Resolución 233/2011).

En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplieran las prescripciones técnicas.

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al



principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo:

“Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato”».

Como concluye la Resolución nº 784/2018, sólo en aquellos casos en los que sea patente que los datos revelados no tienen influencia en el secreto debido de las proposiciones y la objetividad de los órganos de contratación, no afectando a la igualdad entre licitadores, será procedente admitir las proposiciones; de ahí la casuística existente en este tipo de supuestos.



En el presente caso, se han incluido documentos relativos a la proposición de la licitadora en el sobre correspondiente a la documentación para el análisis de los requisitos previos.

Para determinar la relevancia del error en el que incurrió la licitadora al incluir, debemos tener en cuenta que los criterios de valoración de las ofertas incluidos en el presente pliego de cláusulas administrativas tienen un carácter estrictamente automático, disponiendo la cláusula 14:

«Los criterios para la valoración de las ofertas que servirán de base para la adjudicación del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 131 y 145 de la LCSP, serán los siguientes:

1. PRECIO (49%)

2. MEJORAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO (51%)

CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE LA MERA APLICACIÓN DE FÓRMULAS

ESTABLECIDAS O AUTOMÁTICOS

1.1. TARIFA LISTA DE PRECIOS CAFETERÍA (49%)

En el Anexo II del PPT, se encuentra el listado de artículos del bar/cafetería, por el que los oferentes deberán ofertar. Así mismo, en el Anexo 1 del presente PCAP, se encuentra el modelo de oferta. Este modelo contiene el mismo listado de artículos, con el precio máximo (IVA INCLUIDO) que los licitadores ofertarán. Se comprobará en primer lugar que ningún artículo supera el precio máximo reflejado en el citado Anexo 1 del PCAP. Toda oferta en que el precio ofertado de algún artículo supere el precio máximo, será desestimada. Cada artículo tiene una ponderación entre 1 y 4 en función de la demanda estimada del mismo, que se multiplicará por el precio con IVA ofertado por el oferente.

La suma de todos los precios, multiplicados por su correspondiente ponderación, dará lugar a una cantidad, que será la que se tendrá en cuenta a la hora de valorar el presente criterio.



Si algún artículo quedase sin valorar en la oferta presentada, se tomará como referencia para la valoración el valor máximo expuesto en la lista de precios del Anexo 1 del PCAP.

Aquella oferta cuya suma de precios sea la menor, (menor importe de la suma de precios ofertados, por su correspondiente ponderación) se le asignarán 49 puntos. Al resto de ofertas se le asignará la puntuación según la siguiente fórmula:

Suma precios oferta más ventajosa: POV

Suma precios Ofertada: Po

Puntuación precios: PP

Fórmula: $PP = POV / Po \times 49$

2. MEJORA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO (51%)

2.1. PREPARACIÓN BOLSAS PARA LLEVAR (5%)

Se asignarán 5 PUNTOS a aquellos licitadores que oferten la posibilidad de preparar bolsas de desayunos y almuerzos para llevar, para el personal que lo solicite con una antelación mínima de 2 horas.

2.2. PREPARACIÓN Y ATENCIÓN DE EVENTOS DE LUNES A VIERNES (12%)

Se asignarán 12 PUNTOS a aquellos licitadores que oferten la posibilidad de preparar y atender eventos, fuera de las horas estipuladas en el PPT del servicio de cafetería, de lunes a viernes.

2.3. PREPARACIÓN Y ATENCIÓN DE EVENTOS FINES DE SEMANA Y FESTIVOS (12%)

Se asignarán 12 PUNTOS a aquellos licitadores que oferten la posibilidad de preparar y atender eventos, fuera de las horas estipuladas en el PPT del servicio de cafetería, los fines de semana y festivos.



2.4. AMPLIACIÓN DEL HORARIO PREVISTO EN EL PPT (6%)

La ampliación del horario base de atención al público del servicio de bar/cafetería, de acuerdo al siguiente detalle (horario base de lunes a jueves: mañanas de 07:45 a 15:45, horario base viernes: mañanas de 07:45 a 15:30):

□ Apertura 15 minutos antes de la hora establecida en el PPT de lunes a viernes: 3 PUNTOS

□ Cierre 15 minutos después de la hora establecida en el PPT de lunes a viernes: 3 PUNTOS

2.5. DISPONER DE CAFETERA PORTATIL Y AUTOMÁTICA (5%)

Se asignarán 5 PUNTOS a aquellos licitadores que oferten la capacidad de disponer de maquinaria propia de café, portátil y automática, para el uso en otros locales diferentes de la cafetería, como salas de reuniones y conferencias.

2.6. AUMENTO DEL GRAMAJE EN UN 10 % (11%)

Se asignarán 11 PUNTOS a aquellos licitadores que oferten un aumento del 10% del gramaje en todos los artículos correspondientes a las familias “BOCADILLOS Y SANDWICHES”, “PLATOS COMBINADOS”, “RACIONES”, “MONTADITOS” Y “TAPAS” sin variación del precio ofertado.

Para el cálculo de la puntuación final de cada licitador, se sumarán los puntos obtenidos en cada uno de los apartados anteriores (PRECIO Y MEJORAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO), siendo la máxima puntuación que se puede obtener de 100 PUNTOS.

El empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato, se resolverá de acuerdo con lo establecido en el artículo 147.2 de la LCSP. La documentación acreditativa de los criterios de desempate a que se refiere el presente apartado será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate,



y no con carácter previo y estarán referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas.

(...)).

El carácter automático de los criterios de adjudicación utilizados determina que en ningún caso deba realizarse por el órgano de contratación una valoración subjetiva alguna, limitándose la labor de la mesa de contratación a la “suma” de los puntos:

- En el caso de la oferta económica, se determinará la puntuación mediante la aplicación de la fórmula transcrita sobre los precios ofertados;
- En cuanto a las mejoras, se opta por un criterio dicotómico, de tal forma que el licitador puede cumplir o no cumplir las mejoras mencionadas, obteniendo determinados puntos en un caso o en el otro, sin apreciaciones de valor que incrementen o disminuyan dicha puntuación.

La inclusión de las dos últimas páginas del Anexo 1 en el Sobre 1, de forma equivocada por la licitadora, da lugar a que, con carácter previo al momento legal y contractualmente previsto, la mesa tenga conocimiento de las mejoras ofertadas por uno de los licitadores concurrentes: Sin embargo, dicho conocimiento no ha podido comprometer en modo alguno el principio de igualdad entre licitadores, puesto que la puntuación que obtenga cada uno de ellos es ajena a la valoración subjetiva de la mesa, cuya función se va a limitar a la aplicación de la fórmula y a la suma de los puntos a que dé lugar el cumplimiento de los factores considerados como mejoras. Por tanto, no se considera vulnerado el principio de igualdad entre los licitadores, puesto que en ningún caso puede el órgano de contratación verse afectado en el procedimiento de valoración de las ofertas por este conocimiento previo de las mejoras ofertadas por una de las licitadoras concurrentes.

Por otro lado, en cuanto a la garantía de conocimiento sucesivo de la documentación a que alude el órgano de contratación, es un principio deseable cuyo cumplimiento deben garantizar los pliegos: ahora bien, su vulneración no puede suponer que en todo caso proceda la exclusión automática del licitador.



La Resolución 287/2019, de 25 de marzo de 2019 se pronuncia en este sentido y recoge el principio anti formalista, en lo relativo a la vulneración del conocimiento sucesivo de la información por parte del órgano de contratación, considerando el carácter no absoluto del mismo, como expresa la Resolución 848/2018:

«Sexto. En cuanto a la posible anticipación de la oferta a incluir en el último sobre en el inmediatamente anterior, hemos dicho reiteradamente que el suministro de información por parte de un contratista en la licitación, sea ya por su inclusión en un sobre improcedente, sea 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 evaluable automáticamente o mediante fórmula, vulnera expresamente los preceptos del TRLCSP y los principios que rigen la contratación administrativa.

(...)

Esto no obstante la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal" (Resolución 233/2011). En efecto, la jurisprudencia ha declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas (STS de 20 de noviembre de 2009, SAN de 6 de noviembre de 2012), por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión, pues ha de acreditarse que tal actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula».

En la Resolución 490/2017, 8 de junio, dictada en el recurso 349/2017 señalaba este Tribunal que *«como ha puesto de relieve este Tribunal, entre otras, en la resolución que cita el órgano de contratación, Resolución 067/2012 : "En consecuencia debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el*



conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate”.

No obstante, también debe tenerse en cuenta cómo ha tratado este Tribunal la diferente casuística que se produce cuando se incorporan datos en un sobre diferente al que corresponde. En concreto, la Resolución 771/2016, de 30 de septiembre, es suficientemente ilustrativa al indicar: “Pues bien, este Tribunal ha abordado en diversas ocasiones la problemática objeto de este recurso. Así, en la Resolución 417/2016, de 15 de julio, ha afirmado que “Sexto. A.-Como es sabido, este Tribunal ha venido declarando que la inclusión de información sobre la oferta económica o sobre los criterios de adjudicación evaluables de manera automática o mediante fórmulas en los sobres destinados a recoger la documentación administrativa o los criterios dependientes de un juicio de valor puede constituir causa de exclusión del licitador que así actúa (cfr.: Resoluciones 67/2012, 62/2013, 688/2014, 890/2014, 661/2015 y 8/2016 entre otras). Ello es así porque, con tal proceder, se infringe el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública (cfr.: artículos 145.2 y 160 TRLCSP) y hace imposible la aplicación de la regla fundamental en nuestro Ordenamiento (cfr.: artículos 150.2 TRLCSP y 26 y 30.2 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; Resolución 110/2014) que impone que la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor se haga antes que la de los objetivos, a fin de salvaguardar la imparcialidad de aquella tarea. Precisamente por ser ésta la razón de ser de tan drástica medida, ésta no puede acordarse de manera automática, prescindiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 –Rj SAN 5035/2012-), y, así, hemos venido negando su pertinencia en los casos en los que no se haya comprometido la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos por ser la información suministrada a destiempo intrascendente (cfr.: Resolución 89/2015), además de en los supuestos – obvios– en los que los interesados se han limitado a cumplir lo exigido en los Pliegos (cfr.: Resolución 1108/2015) o éstos, por su ambigüedad, han propiciado la indebida revelación de la oferta (cfr.: Resolución 254/2012)”».



Analizadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, entendemos que no se ha comprometido en ningún caso la objetividad del órgano de contratación en la evaluación de los criterios de adjudicación, cuya aplicación es absolutamente automática, por lo que el conocimiento previo de las mejoras ofertadas por la licitadora ahora recurrente puede ser calificado como “intrascendente” a estos efectos.

El error cometido puede subsanarse sin necesidad de alterar la oferta ni obligar a la recurrente a presentar una nueva proposición, sino manteniendo la documentación que ya había presentado y que obra en poder del órgano de contratación, por lo que se considera como error “vencible” a los efectos pretendidos.

La Resolución nº 408/2018, recoge la doctrina del Tribunal sobre los errores subsanables en la oferta, mencionando en concreto la Resolución nº 137/2017, en la que se indica:

«parece razonable pensar que es posible que el licitador que ha cometido un error en la formulación de su oferta pueda ser admitido a la licitación si el error cometido es vencible sin alterar aquella, de modo que el órgano de contratación pueda realmente ejecutar el contrato conforme a lo establecido en los pliegos. La cuestión que lógicamente sigue a esta posibilidad es si es posible modificar la lectura que pueda hacer el órgano de contratación de alguno de los parámetros literales de la oferta sin que ello afecte al resto de los licitadores. Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de su Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) alude concretamente a la posibilidad de que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. (...)

Sin embargo, como ha reiterado este Tribunal en diversas ocasiones, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar una controversia como la que nos atañe debiendo, asimismo, considerar el principio de concurrencia del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento, proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables. Por ello,



hemos declarado que las consecuencias excluyentes del artículo 84 RGLCAP deben limitarse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe. Ésta ha sido la línea seguida de manera constante por este Tribunal que, si con carácter general ha negado la posibilidad de subsanar o aclarar los términos de las ofertas (Resoluciones 164/2011, 246/2011, 104/2012, 268/2012, 16/2013, 117/2013, 151/2013, 779/2014, 472/2015), ha rechazado la exclusión de aquéllas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada (Resoluciones 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012, 1097/2015, 362/2016) pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012)».

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^a R. S. R., en su propio nombre y derecho, contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “*Explotación del servicio de cafeterías en los establecimientos del MADOC*”, convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ministerio de Defensa y, en consecuencia, ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la exclusión, que anulamos por ser contraria a derecho, y que se tenga en cuenta la oferta del recurrente, resolviendo lo que proceda respecto de la determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con el artículo 57.3 de la LCSP.

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 sanción prevista en el artículo 58 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 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Voto particular que formula Fernando Javier Hidalgo Abia, Presidente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, respecto de la Resolución n.º 574/2019, de fecha 23 de mayo de 2019, estimatoria del recurso n.º 396/2019, adoptada por la mayoría del Tribunal en su reunión de la misma fecha.

Con el máximo respeto al criterio de la mayoría, discrepo del acuerdo aprobatorio y del contenido de la Resolución n.º 574/2019, estimatoria del recurso n.º 396/2019.

El recurso se interpuso por D^a R. S. R., en su propio nombre y derecho, contra el acuerdo de su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “*Explotación del servicio de cafeterías en los establecimientos del MADOC*”, con expediente 2 0252 19 0001 00, convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ministerio de Defensa, adoptado por el Órgano de Asistencia del Órgano de Contratación de la Jefatura de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa en la sesión de 27 de marzo de 2019, reunido a fin de proceder al examen de la documentación administrativa presentada para la licitación el citado procedimiento.

En dicha acta consta lo siguiente:

«El licitador ha incluido dentro del sobre n.º 1 (DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA), parte de la oferta sujeta a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas o automáticas. Concretamente, incluye las dos últimas páginas del Anexo 1, donde se incluyen las mejoras en la prestación del servicio, (51 % de ponderación, sobre el total de la oferta) que deberían haberse incluido en el sobre n.º 2. De acuerdo al artículo 157 de la LCSP, la mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el



artículo 140 de la LCSP (Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos), que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición. Además, de acuerdo al artículo 139.2 de la citada LCSP, se establece que las proposiciones serán secretas, y se garantizarán los medios hasta el momento de apertura de las proposiciones.

(...)

...la mesa acuerda la exclusión del licitador 24237095-V R. S. R., por los motivos detallados anteriormente».

Considero que el Recurso 396/2019 que estima la mayoría del Tribunal debió ser desestimado exactamente por las mismas razones que aquéllos con números 138 y 180, ambos de 2019, que han sido desestimados, pues en el uno y en los otros concurre el mismo motivo de exclusión de la oferta, que es que *“la licitadora ha incluido en el SOBRE nº DOS, referido a la documentación acreditativa del cumplimiento de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa, cuantificables mediante juicio de valor, información correspondiente al SOBRE nº TRES en el que según el PCAP deben los licitadores incluir la información relativa a los criterios cualitativos cuantificables mediante cifras o porcentajes”.*

La infracción que dio lugar a la exclusión de la recurrente consiste en haber incluido la oferta relativa a las mejoras que debían incluirse en el sobre 2 (ofertas), valorada con hasta el 51% del total de la puntuación, en el sobre nº 1 relativo a la documentación administrativa referida a los requisitos previos. Se ha producido por tanto un anticipación de la información relativa a la oferta, se ha quebrantado el pliego y la norma legal referida a la información, datos y documentos que deben incluirse en cada sobre; se ha infringido la norma sobre separación de actos de apertura de sobres y se ha quebrantado, por ello, el secreto de la oferta, que solo debe conocerse por apertura de todos los sobres de los licitadores con las ofertas en acto público después de haber concluido la fase primera, inicial o de apertura de sobres 1, y, en fin, se han quebrantado los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia, así como los de igualdad y no discriminación de licitadores., así como la jurisprudencia sobre esta materia.



La información incluida en el sobre nº 1 (documentación administrativa general) que debía incluirse en el sobre nº 2 (oferta), en la oferta de mejoras en la prestación del servicio (51%):

«MEJORAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO (51%)»

g. Preparación bolsas para llevar (5 %)

- *SI (5 PUNTOS)*
- *NO (0 PUNTOS)*

h. Preparación y atención eventos de lunes a viernes, fuera de las horas estipuladas en el PPT del servicio de cafetería (12 %)

- *SI (12 PUNTOS)*
- *NO (0 PUNTOS)*

i. Preparación y atención eventos fines de semana y festivos, fuera de las horas estipuladas en el PPT del servicio de cafetería (12 %)

- *SI (12 PUNTOS)*
- *NO (0 PUNTOS)*

j. Ampliación del horario previsto en el PPT (6 %)

- *Apertura 15 minutos antes de la hora establecida en PPT (3 PUNTOS)*
- *Cierre 15 minutos después de la hora establecida en PPT (3 PUNTOS)*
- *No oferta ninguna ampliación de horario (0 PUNTOS)*

k. Disponer cafetera portátil y automática para eventos fuera de cafetería (5 %)

- *SI (5 PUNTOS)*
- *NO (0 PUNTOS)*

i. Aumento del gramaje en un 10 % de todos los artículos correspondientes a las familias



“BOCADILLOS Y SANDWICHES” “PLATOS COMBINADOS”, “RACIONES”

“MONTADITOS” Y “TAPAS” sin variación del precio (11 %)

- *SI (11 PUNTOS)*
- *NO (0 PUNTOS)».*

Los argumentos de la mayoría se limitan a repetir el criterio mantenido por ellos en otras resoluciones en las que, pese a reconocer que existen anticipación de información y quebrantamiento del secreto de las proposiciones, mantienen que ello no determina la exclusión del licitador infractor porque no estaríamos en el caso en que se anticipa información relativa a criterios automáticos en el sobre relativo a criterios subjetivos, o en el sobre relativo a la documentación administrativa general, caos en los que sí, en su opinión, quebrarían y se verían afectados los principios de objetividad e imparcialidad del órgano que deba efectuar su valoración, lo que lleva a concluir que tal cosa no ocurre también en el caso que nos ocupa.

Tales argumentos no desvirtúan el hecho de que la recurrente ha anticipado en el Sobre 1 gran parte de la oferta económica, la relativa a las mejoras, con una puntuación máxima del 51%, que debía incluirse en el Sobre 2 habiéndose incumplido con ello las determinaciones del PCAP sobre presentación de proposiciones, sobres que la integran, fases y forma de apertura de los dos sobres, una primera privada relativa a los requisitos previos y otra segunda, pública, relativa a las ofertas., como tampoco que se ha quebrantado el principio de riguroso secreto de las ofertas, con clara afectación de los principios más arriba citados, amén de los de objetividad e imparcialidad y transparencia, que por el solo hecho de la anticipación de la información se ven afectados.

En el fundamento sexto de la Resolución 805/2018, de 14 de septiembre se recoge la doctrina del Tribunal que interesa traer a este recurso:

«Sexto. Ha sido constante la doctrina de este Tribunal en el sentido de que el conocimiento anticipado de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la licitación, al crear una situación de desigualdad entre los licitadores.



En este sentido ya se pronunció el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) 62/08, en el que se señala: “Pues bien, precisamente las cautelas que, habitualmente se establecen en los pliegos de cara a la valoración de los criterios técnicos (se entiende que en los casos en que los mismos no son susceptibles de valoración mediante la simple aplicación de una fórmula) tienen por objeto como ya se ha dicho mantener la máxima objetividad posible en la valoración. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de parte de los licitadores solamente, a desigualdad en el trato de los mismos. Frente a ello la única solución es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas en forma que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto al secreto de las mismas.

Por su parte, este Tribunal se ha pronunciado sobre estas cuestiones en diversas resoluciones. Así, en la Resolución 146/2011 señala: “(...) En efecto, la razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influenciar 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. Así, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no hayan cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la general, la técnica y la económica, la documentación en este caso a incluir en el sobre nº 3 (oferta económica) y referida al equipo de trabajo que se ha incluido en el sobre nº 1 (documentación general), hacen que los técnicos al realizar su valoración dispongan de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino solo de aquellos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley de Contratos del Sector Público. Ello supone también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 129.2 de la Ley citada, pues documentación que debiera de estar incorporada en el sobre nº 3 se conoce con anterioridad a la apertura del mismo».



De esa doctrina contenida en nuestras resoluciones citadas y en la expuesta de la JCCA resulta que la única solución ante esos incumplimientos es la exclusión de las ofertas en las que se produzca esa violación del secreto de las ofertas o se incumplan los requisitos establecidos sobre forma de presentación las proposiciones de manera que quiebre los requisitos establecidos y se rompa el secreto de la oferta.

En el mismo sentido, la Resolución 533/2014 señaló en un supuesto similar al objeto del presente recurso:

«Este Tribunal ha declarado en múltiples resoluciones (por ejemplo, resoluciones 628/2013, 47/2012 y 173/2012), que “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 del TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica)”, y que “a esta exigencia obedece que los artículos 145 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas”.

El Tribunal, siguiendo en este punto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 38/07, de 29 de octubre de 2007), ha señalado (Resolución 205/2011, de 7 de septiembre) que “la contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP). Lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites.

Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos. El principio de igualdad de trato justifica el mandato contenido en el artículo 145.2 del TRLCSP, con arreglo al cual “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”. Y, con la finalidad de garantizar este secreto, el artículo 80.1 del RGLCAP, dispone que “la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados,



identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurran y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa”, añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse “ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados” (apartado 2), articulándose medidas (apartado 3) para el caso en que “se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”. Como se indicó en la Resolución 205/2011, la citada normativa “persigue por tanto una doble garantía, por un lado, asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el período de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público, (...) y por otro, que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada”».

Esa normativa se contiene actualmente en los artículos 139 y 157 de la LCSP. El artículo 139. 1 y 2 determina:

«Artículo 139. Proposiciones 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».

Y el artículo 157 determina en lo que aquí importa



«Artículo 157. Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.»

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.

3. En todo caso la apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de veinte días contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las mismas.

Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se entenderá cumplido cuando se haya abierto, dentro del mismo, el primero de los sobres o archivos electrónicos que componen la proposición.

4. 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».

Tales determinaciones legales sobre presentación de las proposiciones en sobres distintos, según cual sea su contenido, y obligatoriedad de apertura de las ofertas económicas en todo caso en acto público, siempre después de haber superado la fase primera de apertura de sobres con la documentación administrativa y calificación de la



misma, se completan en su regulación con lo determinados en los artículos 81 a 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

De esa normativa se deduce que, en todo caso, si se infringen sus determinaciones, habida cuenta que son normas imperativas y/o prohibitivas y se quebranta el secreto de las ofertas, el efecto es la exclusión de la licitadora cuya oferta infrinja ese régimen normativo.

El criterio de la mayoría se aparta de esas consecuencias e inaplica el régimen legal citado sobre la base de que solo sería aplicable en caso de que existan, además, criterios no automáticos o subjetivos, supuesto en el que sí, en su opinión, se produciría lesión del principio de objetividad e imparcialidad del órgano de contratación, como si no ocurriese igual en el caso de inexistencia de criterios subjetivos, como el que nos ocupa, y no se infringiesen asimismo otras normas y principios que determina la citada consecuencia de exclusión del licitador infractor.

El criterio de la mayoría, por otra parte, se aparta y hace tabla rasa de la doctrina al respecto del Tribunal Supremo, que se concreta en que la anticipación de información sobre la oferta económica, incluso podría influir, en detrimento de los principios de objetividad e imparcialidad, en la valoración de los requisitos de capacidad de la empresa y en la resolución de las dudas que la misma pudiera suscitar a la Mesa de Contratación. Todo ello con el consiguiente riesgo de favorecimiento de una determinada oferta en razón a ese conocimiento previo, en perjuicio de las restantes ofertas, viéndose menoscabado el principio de igualdad de trato a los licitadores. La necesidad de preservar la imparcialidad y objetividad en el proceso de adjudicación exige la separación necesaria entre la apertura de la documentación administrativa y la toma de conocimiento de la proposición económica, e impone el carácter secreto de todas las proposiciones, cuyo incumplimiento ha de conllevar la nulidad del procedimiento.

En ese sentido, el TS en su sentencia de 2 de julio de 2004, Rec. nº. 3885/2000 determina:



«Adjudicación que tendrá lugar tras el más absoluto respeto de los principios de publicidad (art. 79 LCAP) competencia e igualdad de oportunidades (arts. 80, 81 y 83 LCAP) en la que la racionalidad invocada por la recurrente no desempeña papel alguno. Si, en cambio, es esencial el principio de legalidad que exige respetar el procedimiento legal y reglamentariamente establecido en las normas de contratación.

(...)

Ese automatismo en la adjudicación al que nos acabamos de referir exige que la LCAP determine de forma clara el procedimiento de selección del contratista, en el que la fase de calificación previa de los documentos a que se refiere el art. 80, en aras a acreditar la seriedad de la proposición económica y la capacidad para contratar del empresario (personalidad jurídica de la empresa, clasificación de la empresa o justificación de su solvencia económica, resguardo acreditativo de la garantía provisional, justificación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social, etc.) es absolutamente independiente y previa de la fase ulterior y pública de propuesta por la Mesa de contratación al órgano de contratación de la adjudicación al postor que oferte el precio más bajo.

Cabría que las sociedades de un mismo grupo presenten propuestas independientes, aunque no que cada sociedad presentase más de un pliego, salvo el específico supuesto a que se refiere el art. 80 LCAP, pero, además, en aras a evitar que los concurrentes conozcan las propuestas de los otros participantes en el procedimiento alterando así su naturaleza es consustancial al sistema la oferta en plica cerrada a fin de evitar cualquier tipo de maniobra en el procedimiento de selección del contratista.

Sienta, por ello, el citado art. 80 LCAP que "las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública". Aspecto en modo alguno alterado en la normativa actualmente en vigor. Licitación que, reiteramos, tendrá lugar mediante la oportuna propuesta de adjudicación del contrato al postor que oferte el precio más bajo en acto público con la apertura de las ofertas admitidas realizada por la mesa de contratación, conforme al art. 83 LCAP, tras la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma. Por ello el art. 99



del Reglamento de desarrollo de la Ley (RGC) determina que han de presentarse ensobre cerrado y separado, firmados por el licitador o la persona que lo represente, tanto las proposiciones económicas como los documentos acreditativos de los requisitos de capacidad y solvencia. Procedimiento del que hablamos en el que, insistimos, si bien la subasta constituye un acto público, la calificación previa de los documentos no ostenta tal carácter ya que debe realizarse a puerta cerrada, conforme se colige "a sensu contrario" del art. 101 del RGC al estatuir el acto público exclusivamente para la apertura de proposiciones admitidas.

Mediante la antedicha actuación se respeta plenamente el principio de competencia por cuanto los concurrentes no toman conocimiento hasta tal momento de las ofertas realizadas por los otros participantes sin que por ello padezca el principio de transparencia. Así el citado art. 101 RGC determina, en línea con lo dispuesto en el antedicho art. 83 LCAP , que, a efectos de la citada calificación, el Presidente de la Mesa ordenará la apertura de los sobres relativos al cumplimiento de la exigencia de acreditación de la antedicha capacidad financiera, económica y técnica así como de la necesaria solvencia de los solicitantes, con exclusión del relativo a la proposición económica, debiendo, por ello, proceder a la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma.

(...)

SEXTO.- De los pronunciamientos anteriores se concluye la absoluta subsanabilidad de deficiencias documentales mas no que tal rectificación debe llevarse a cabo en paralelo a la apertura de las proposiciones económicas por mucha urgencia que se invoque. No olvidemos que los contratos cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público se encuentran especialmente regulado en la LCAP (art. 72) con una drástica reducción de plazos, entre otras características, mas sin que por ello se altere el respeto a los principios esenciales del procedimiento.

Y si alguna duda existiese acerca de la absoluta separación entre lo actuado en una y otra fase, así como el carácter indiscutiblemente previo de la calificación de documentos, nos la resuelve el contenido del art. 104 RGC al decretar que "antes de la apertura de la primera proposición económica se invitará a los asistentes a que manifiesten las dudas



que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la Mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que este momento pueda aquella hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de subsanación de defectos a que se refiere el art. 101". De su lectura se infiere inequívocamente que el plazo de corrección de los defectos de la documentación administrativa es absolutamente anterior al de apertura de las proposiciones económicas lo que veda, en consecuencia, que puedan desarrollarse en paralelo.

La transparencia resulta básica y esencial en la fase de apertura de proposiciones económicas por lo que se lleva a efecto en acto público, pero ni es buscada ni deseada en la fase de apertura de las plicas administrativas a fin de no alterar el normal régimen de concurrencia competitiva e igualdad de oportunidades. Es esencial, en términos de la sentencia de 20 de febrero de 2001 citando otra anterior de 17 de febrero de 1992, evitar el surgimiento de favoritismos que desnaturalicen la esencia de la contratación».

La cita de la STS antes reseñada se efectúa en la Sentencia de la Audiencia nacional Sección Primera, de 18 de diciembre de 2013, recurso de apelación 23/2013, que se pronuncia, al igual que otros tribunales de justicia, sobre las consecuencias que tiene la incorrecta inclusión de la documentación a valorar en cada uno de los sobres, y que se cita precisamente en nuestra Resolución del recurso nº 421/2019, cuyo Fundamento de Derecho Sexto señala lo siguiente:

«En consecuencia, debe destacarse que se verían comprometidas la imparcialidad y la objetividad en el proceso de adjudicación si el Órgano de contratación o la Mesa de contratación tuviesen un conocimiento anticipado de la proposición económica del licitador, que por constituir un criterio evaluable automáticamente y no dependiente de un juicio de valor, podría influir en la posterior valoración de los criterios no evaluables automáticamente en cifras o porcentajes o dependientes de un juicio de valor».

Y añade, y esto es lo importante,



«Incluso podría influir, en detrimento de aquellos principios, en la valoración de los requisitos de capacidad de la empresa y en la resolución de las dudas que la misma pudiera suscitar a la Mesa de Contratación.

Todo ello con el consiguiente riesgo de favorecimiento de una determinada oferta en razón a ese conocimiento previo, en perjuicio de las restantes ofertas, viéndose menoscabado el principio de igualdad de trato a los licitadores. La necesidad de preservar la imparcialidad y objetividad en el proceso de adjudicación exige la separación necesaria entre la apertura de la documentación administrativa y la toma de conocimiento de la proposición económica, e impone el carácter secreto de todas las proposiciones, cuyo incumplimiento ha de conllevar la nulidad del procedimiento (STS de 2 de julio de 2004, rec. 3885/2000)».

En consecuencia, de acuerdo con dicha doctrina jurisprudencial, procedía la exclusión de la licitadora, por lo que el recurso debería haber sido desestimado.