



Recurso nº 1399/2018 C. Valenciana 308/2018

Resolución nº 130/2019

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

En Madrid, a 18 de febrero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. A. A. O. en representación de la mercantil RESIDUOS SÓLIDOS ÁLVAREZ S.L.U. contra el acuerdo de exclusión de la recurrente dictado en el procedimiento de contratación del “*servicio de recogida de residuos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes públicas del municipio de Rafal*”, convocado por el Ayuntamiento de Rafal, expediente 480/2018-1, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano de contratación, el Ayuntamiento de Rafal, ha tramitado el procedimiento de contratación del “*servicio de recogida de residuos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes públicas del municipio de Rafal*”, expediente 480/2018-1. El valor estimado del contrato es de 2.240.000,01 euros, IVA excluido.

Segundo. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el perfil del contratante y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de octubre de 2018 y en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante el 15 de octubre de 2018.

Tercero. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto 817/2009) y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).



Cuarto. En el plazo de presentación de ofertas, fueron cuatro los licitadores que concurrieron al procedimiento, entre ellos, RESIDUOS SÓLIDOS ÁLVAREZ, S.L.U. Constituida la Mesa de Contratación, con fecha de 5 de diciembre de 2018 adoptó el siguiente acuerdo: *“La Mesa de Contratación, tras la deliberación de la posibilidad de excluir la oferta presentada por la mercantil Residuos Sólidos Álvarez, S.L., puesto que la renovación del parque de contenedores y la propuesta de bolsa de horas se trata de dos criterios evaluables mediante fórmula matemática y la inclusión de esta información en el sobre 2 iría contra lo establecido en los pliegos de condiciones y en la normativa de aplicación, acuerda, por UNANIMIDAD de sus miembros, excluir la oferta presentada por Residuos Sólidos Álvarez, S.L., por lo que no procederá su valoración”.*

Quinto. Disconforme con tal acuerdo de exclusión, la recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación, al entender que la información que incluyó en el sobre número 2 (*“Criterios no valorables en cifras o porcentajes”*, con arreglo al artículo 29 del Pliego de Cláusulas Administrativas) no permitía establecer ni condicionar la puntuación del sobre número 3 (*“Criterios valorables en cifras o porcentajes”*, según el artículo 30 del mismo Pliego).

Sexto. El órgano de contratación emitió informe con fecha de 4 de enero de 2019 en el que indicaba que, habiéndose incluido indebidamente datos del sobre número 3 en el sobre número 2, habían resultado desveladas cuestiones que debían permanecer secretas en el momento de la apertura del segundo sobre, con lo que concluía que el proceder de la Mesa era correcto.

Séptimo. Notificado el recurso interpuesto a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, fueron formuladas por la mercantil adjudicataria, TÉCNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., con fecha de 17 de enero de 2019, solicitando la desestimación del recurso interpuesto.

Octavo. Con fecha 18-01-2019 la Secretaria del Tribunal, en el ejercicio de competencias delegadas, acuerda 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, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 LCSP y la Cláusula Tercera del Convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Valenciana el 22 de marzo de 2013 (BOE 17 de abril de 2013).

Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2.b) LCSP, los actos de la mesa por lo que se acuerda la exclusión de ofertas son susceptibles de recurso especial.

Tercero. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1.c) LCSP.

Cuarto. Con relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*

Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la ahora recurrente concurrió a la licitación. Por tanto, se trata de un licitador que no ha resultado adjudicatario del procedimiento de licitación, con lo que es titular de un interés legítimo (la eventual adjudicación del contrato) que se ve afectado por el acuerdo de exclusión recurrido.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso, la mercantil recurrente considera improcedente su exclusión, acordada por la Mesa de Contratación al entender que el sobre 2 contenía información reservada al sobre 3, y que por lo tanto debería haber sido revelada con posterioridad. La recurrente, aunque parece admitir la indebida inclusión de información en el segundo sobre (*“extremos estos que, si bien se ajustan a la realidad”*, señala), sostiene



que en ningún caso indicó datos económicos o criterios valorables en cifras o porcentajes para su cuantificación, por lo que, a su juicio, la oferta debió ser admitida.

Pues bien, la cuestión aquí debatida no es novedosa, habiendo resuelto ya este Tribunal supuestos similares. Valga citar como ejemplos las Resoluciones 784/2018, de 7 de septiembre y 691/2017, de 27 de julio; remitiéndose ambas a la Resolución 890/2014, de 5 de diciembre, la cual, a su vez, recogía diferentes pronunciamientos previos. En la Resolución 890/2014 ya dijimos:

“Así 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".

Efectivamente, de manera análoga a lo dispuesto en el TRLCSP, el art. 139.2 LCSP dispone hoy que *"las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones"*, mientras el art. 157.4 LCSP señala que *"la apertura de la oferta económica se realizará en acto público"*.

Por su parte, el art. 146.2 LCSP determina en su párrafo cuarto que *"la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello"* y, a fin de garantizar el secreto de tales proposiciones, el art. 26 del Real Decreto 817/2009 dispone 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"*, indicándose igualmente en el art. 30.2 del mismo Real Decreto que *"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"*.



Por su parte, y, en línea con lo anterior, el art. 29 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares expresamente recogía que “[e]l sobre número dos incluirá toda la información necesaria para la valoración de los criterios que sirven de base a la adjudicación contenidos en el presente pliego y que dependen de un juicio de valor, debiendo contener todos los datos que se establecen en el PPTP al definir el contenido mínimo de la oferta técnica a presentar por los licitadores. En este sobre no podrán incorporarse datos económicos relativos a la propuesta económica, que ha de ser contenido propio del sobre tres” [el subrayado es nuestro].

Como ha tenido ocasión de indicar este Tribunal en anteriores ocasiones, 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. Y, precisamente, con relación al mencionado art. 26 del Real Decreto 817/2009, ya señalamos en nuestra Resolución 191/2011, de 20 de julio, que la prohibición en él contenida “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”.

Lo anterior, sin embargo, no implica que la inclusión de cualesquiera datos en un sobre indebido suponga una exclusión automática del procedimiento de licitación, pues 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. Resume la cuestión la mencionada Resolución 890/2014:

“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 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'.

Pues bien, la traslación de la doctrina expuesta a nuestro caso concreto nos lleva a desestimar el recurso. Examinado el expediente administrativo, se constata efectivamente cómo la recurrente incluyó, en el Proyecto de Gestión (uno de los criterios que dependían de juicios de valor, con arreglo a los arts. 22 y 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), información referente a la renovación de contenedores y a la bolsa de horas de libre disposición (ambos, criterios de valoración automática, conforme a los arts. 22 y



24 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a los que corresponden 20 y 21 puntos, respectivamente).

Concretamente, respecto de la renovación de contenedores, en el apartado 6.1.4 (*Renovación de Contenedores*) del mencionado Proyecto de Gestión (pág. 183), la recurrente indicó que proponía “*la renovación del 100% del parque de contenedores existentes actualmente en el municipio. Lo detallamos a continuación (...)*”. La revelación de tal información suponía anticipar unos datos que podían influir decisivamente en la valoración de la proposición. Tal indicación, por sí misma, implicaba revelar que la mercantil obtendría, de ser admitida, la puntuación máxima asignada a la *renovación de contenedores*, pues, con arreglo al artículo 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (*Desarrollo de los aspectos cuantificables de forma automática*), “*se puntuará la propuesta de renovación de los contenedores existentes actualmente en el municipio con un máximo de 25 puntos, otorgando el total de los puntos al licitador que proponga la renovación de todo el parque de contenedores y proporcionalmente, de acuerdo al volumen sustituido, al resto de licitadores*” [el subrayado es nuestro]. No es cierto, por lo tanto, como afirma la recurrente con respecto a tal criterio, que no figure “*ningún dato económico ni criterio valorable en cifras o porcentajes para su cuantificación*”.

Con relación al criterio referente a la bolsa de horas de libre disposición, se observa de nuevo cómo, al folio 190 (apartado 7.1. *Bolsa de horas consumibles de libre disposición*) se indica de manera expresa que “*las 2.092,00 horas, podrán ser utilizadas para lo detallado en la tabla anterior u otros servicios a considerar por el Ayuntamiento de Rafal*”, en contra de lo sostenido por la recurrente, quien afirma que “*en dicho apartado no se contenían datos económicos ni criterios valorables en cifras o porcentajes para su cuantificación*”. Se trata, de nuevo, de un elemento indebidamente anticipado que podría contaminar el juicio de la Administración a la hora de valorar las ofertas, pues dicha cifra se correspondía con un criterio cuya valoración aparecía sujeta a juicio de valor.

La inclusión de los datos mencionados, en consecuencia, permitían al órgano de contratación conocer que la recurrente iba a obtener el máximo evaluable en uno los de los criterios sujetos a juicio de valor, y conocer igualmente la cifra ofrecida en otro de tales criterios, cuando del resto de licitadores nada sabía al respecto. Nótese, en tal sentido, que



la suma de la puntuación máxima correspondiente a ambos criterios alcanzaría 41 puntos (20 puntos en el caso de la renovación de contenedores y 21 en el supuesto de la bolsa de horas de libre disposición), lo que en modo alguno supone una cifra baladí, si se tiene en cuenta el total de los criterios de valoración automática ascendía a 51 puntos (correspondiendo los 10 puntos restantes a la baja económica).

La conclusión es que debe entenderse que la inclusión de esa información en el sobre que no corresponde es sustancial y por tanto los argumentos invocados en este recurso por la recurrente no pueden prosperar.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. A. A. O. en representación de la mercantil RESIDUOS SÓLIDOS ÁLVAREZ S.L.U. contra el acuerdo de exclusión de la recurrente dictado en el procedimiento de contratación del “*servicio de recogida de residuos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes públicas del municipio de Rafal*”, convocado por el Ayuntamiento de Rafal, expediente 480/2018-1.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo



dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.