



Recurso nº: 1689/2019 C. Valenciana 351/2019

Resolución nº 273/2020

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

En Madrid a 27 de febrero de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. R.M.B., en representación de MUÑOZ BOSCH S.L.U, contra el acuerdo de “*adjudicación*” de la licitación convocada por la entidad Gestión y Servicios de Paterna S.L.U. (GESPA), para contratar el “*suministro de materiales y productos químicos de limpieza*”, Expediente LI07-19, este tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 16 de agosto tuvo lugar el anuncio en el DOUE, del procedimiento de adjudicación para la contratación del suministro de materiales y productos químicos de limpieza convocado por la entidad Gestión y Servicios de Paterna S.L.U. (GESPA), procediéndose igualmente a su publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Segundo. La mercantil recurrente, MUÑOZ BOSCH, S.L.U., participó en la licitación presentando los tres sobres exigidos (administrativo, técnico y económico) en fecha 12 de septiembre de 2019. Según consta en el acta de la mesa de contratación de 23 de septiembre de 2019 la mercantil MUÑOZ BOSCH, S.L.U., fue admitida como licitador.

Tercero. Revisada la documentación contenida en el sobre técnico aportado, por parte de los técnicos de GESPA, se indicó según consta en la referida acta que MUÑOZ BOSCH, S.L.U., debía subsanar determinada documentación, al existir una discrepancia en las descripciones y fichas de una serie de productos. Lo que se comunicó a la recurrente el 3 de octubre de 2019.



Cuarto. Mediante correo electrónico de fecha 7 de octubre de 2019, se adjuntó por parte de la mercantil MUÑOZ BOSCH, S.L.U., distinta documentación para subsanar la incidencia detectada en la documentación integrante del sobre técnico.

Así se recogió en el mismo:

“Adjunto varios documentos para la resolución de la incidencia:

- *La propuesta económica, mandada en su momento, con los artículos marcados en amarillo como guía.*
- *Fichas técnicas y de seguridad de los diez artículos por separador para su mejor localización.*
- *Cuadro abajo con los comentarios siguiendo los pasos de la propuesta lanzada, hemos detectado que sólo uno de ellos estaba en erróneo formato. El artículo genérico es el mismo, pero de diferente formato. El resto hemos especificado descripciones acordes a las fichas técnicas que mandamos en su día de los artículos que se presupuestaron.”*

Examinada la documentación presentada por MUÑOZ BOSCH, S.L., para subsanar la documentación presentada en el sobre técnico se acordó la exclusión de la recurrente de la licitación, por cuanto se había incorporado la oferta económica junto a la documentación técnica aportada en la subsanación. Así se recogió en el acta de la mesa de contratación de 7 de octubre de 2019. No consta en el expediente la notificación ni publicación del acuerdo de exclusión en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Quinto. Valoradas por el equipo técnico las proposiciones técnicas presentadas por los licitadores no excluidos de la licitación y previa propuesta de adjudicación por parte de la mesa de contratación se procedió a adjudicar el concurso a la mercantil SANIKEY REPRESENTATIVES, S.L., por presentar la mejor de las ofertas. La adjudicación fue publicada el día 5 de diciembre de 2019 en la Plataforma de Contratación del Sector Público.



Sexto. El 26 de diciembre de 2019, MUÑOZ BOSCH S.L.U, presenta recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Iniciado el procedimiento, el Tribunal solicita alegaciones a los posibles interesados el 15 de enero de 2020, habiéndose presentado el día 21 del mismo mes y año por parte de RACRISA, S.L.

Séptimo. El 28 de enero de 2020, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo dispuesto en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación de todos los organismos, entes y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, integrados en la Comunidad Autónoma de Valencia, según el Convenio de colaboración suscrito entre el entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (actualmente Ministerio de Hacienda) y la Comunidad Autónoma, sobre atribución de competencias de recursos contractuales.

Dicho Convenio ha sido objeto de prórroga por Resolución de 3 de marzo de 2016, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Función Pública y publicada en el BOE del 21 de marzo del mismo año.

Segundo. En cuanto al objeto del recurso, lo constituye un contrato de suministro que supera el umbral vigente para la interposición. Esto es, el valor estimado es superior a cien mil euros por lo que, según lo establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP, estamos ante un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación. El objeto del



contrato lo constituye el acuerdo de adjudicación, acto al que se refiere expresamente el artículo 44.2.c) de la LCSP.

Tercero. El recurrente en su condición de licitador, se entiende que está legitimado al amparo del artículo 48 de la LCSP dado que aunque ha sido excluido del procedimiento de adjudicación interpone el recurso contra la adjudicación, precisamente porque no ha conocido previamente el acuerdo de exclusión, por lo que tiene un interés legítimo en la resolución que pudiera dictarse. Igualmente acredita que el recurso se interpone por representante con poder bastante para ello.

Cuarto. El recurso se ha presentado ante el registro telemático del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 26 de diciembre de 2019. No consta la notificación de la exclusión al recurrente ni su publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Es por ello, que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 50.1c) de la LCSP: *“c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”, debe considerarse que el plazo para interponer el recurso se cuenta desde el día siguiente a la publicación de la adjudicación (acto que además se recurre) no habiendo transcurrido 15 días hábiles desde esa fecha y su interposición.”*

Quinto En cuanto al fondo del recurso, el recurrente alega que después de la subsanación de la documentación técnica que se le solicita por correo electrónico, la entidad no les comunica nada más y directamente se recibe aviso en la plataforma con el anuncio de la adjudicación. Revisado el informe de adjudicación se dice que la Mesa de Contratación realizó la apertura de los requerimientos de subsanación relativos a los Sobres B, verificando que únicamente realizan correctamente la subsanación las siguientes empresas:

- 1.- RACRISA S.L.
- 2.- SANIKEY S.L.



MUÑOZ BOSCH S.L.U, pese haber subsanado correctamente lo requerido, no se encuentra en la lista y por tanto no pasa a la siguiente fase y apertura del SOBRE C, impidiendo la valoración de su oferta, y por tanto su no acceso a ser baremado en la licitación.

Añade, que no se le ha comunicado por escrito, cuál ha sido el motivo de no tener por subsanado el requerimiento. Verbalmente se les indicó que el motivo fue que en el correo de fecha de 7 de octubre de 2019 se incluyó, junto con las fichas técnicas subsanadas, un cuadro de proposición económica, pero esto solo se hizo a los efectos de una mejor identificación de los productos subsanados y con los artículos marcados en amarillo como guía, pero no formaba parte en ningún caso del sobre técnico. Los sobres administrativos, técnicos y económicos por separado fueron en su día correctamente presentados por MUÑOZ BOSCH SLU a la licitación a través de la plataforma digital habilitada al efecto. En ninguno de los sobres administrativo ni técnico se ha hecho referencia alguna a la documentación correspondiente al sobre económico que pueda suponer rechazo de la plica, y entiende por tanto que el contenido del mail de 7 de octubre de 2019 al que hace referencia GESPA, como motivo de rechazo, no incumple en ningún caso las instrucciones de la oferta.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe incorporado al expediente pone de manifiesto que, examinada la documentación presentada por MUÑOZ BOSCH, S.L., para subsanar la documentación presentada en el sobre técnico, se acordó la exclusión del recurrente de la licitación, por cuanto se había incorporado la oferta económica junto a la documentación técnica aportada en la subsanación, toda la cual, formaba parte del sobre técnico y así se recogió en el acta de la mesa de contratación.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas que rige la licitación del expediente se establece en el apartado 10.2., relativo a la “forma de presentación de las proposiciones”:

“Cualquier referencia a la documentación correspondiente al sobre económico Proposición económica) en el sobre técnico o administrativo supondrá el rechazo de la plica.”

Por su parte, en el apartado 12.1., relativo a la “desestimación de proposiciones” se recoge en su epígrafe “j.” que serán desestimadas las proposiciones que incurran: *“en alguna de*



las circunstancias previstas en las cláusulas relativas a la apertura de las plicas o en otras que establezcan legalmente la exclusión del licitador.”

Resulta indiscutido que el recurrente adjuntó a la documentación presentada ante el requerimiento de subsanación de la documentación técnica presentada en el sobre técnico, su oferta económica, incumpliendo lo expresamente recogido en el Pliego de Cláusulas Administrativas, e incurriendo en causa de exclusión de la licitación por imperativo legal. Es así por cuanto que la documentación presentada en contestación del requerimiento de subsanación formaba parte del sobre técnico.

Sexto. El recurrente alega un vicio de nulidad de la resolución de adjudicación como consecuencia de que no ha habido notificación del acuerdo de exclusión, y nada dice la resolución de adjudicación al respecto y por el hecho de que solo conoce verbalmente cual fue el motivo de la citada exclusión: la incorporación de datos económicos en la subsanación efectuada a la propuesta técnica, tras el requerimiento de la mesa de contratación. Además, entiende que no hay motivo de exclusión dado que ha presentado la documentación técnica y económica en los sobres que corresponde.

Lo primero que alega el recurrente es la falta de motivación del acuerdo de adjudicación en lo que a su exclusión se refiere.

Como pone de relieve la Resolución 1499/2019 de este Tribunal: *“Es, en relación con la motivación, criterio de este Tribunal que la misma debe constar en la notificación del acuerdo de adjudicación, y se entiende que también de exclusión. Ello, no obstante, se asume también la posibilidad de la notificación “in aliunde”, pero siempre que se cumplan los requisitos del artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, precepto que establece que “La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.”*

Así, debemos recordar, que el Tribunal Constitucional ha declarado (S.31/89, de 13 de febrero) que no todo vicio procesal que afecta a las posibilidades de defensa ha de calificarse, sin más, como atentatorio en términos reales y efectivos al derecho de defensa, pues, en ocasiones, en el seno del mismo proceso y en una fase posterior del mismo



aparecen (y deben aprovecharse) posibilidades de reparar la indefensión inicial. A mayor abundamiento debe recordarse que nuestro Alto Tribunal ha venido a considerar que la indefensión que puede dar lugar a anulabilidad queda paliada cuando se ha podido reparar la repetida indefensión en sede de recurso de reposición, en definitiva, en el seno del mismo procedimiento o en una fase posterior (Sentencia de 18 mayo 2004). En el mismo sentido, ha reconocido el TS en Sentencia de 15 de noviembre de 2017, recaída en el Recurso 3040/2016 (Sección segunda) que la indefensión que pueda producir un vicio procedimental, como es la falta de motivación, puede quedar reparada en una fase posterior del procedimiento”.

El recurrente en su escrito, pone de manifiesto que verbalmente se le ha indicado la causa de exclusión, y precisamente en el recurso que interpone puede tener acceso al expediente de contratación donde consta el acta en el que se acuerda su exclusión y los motivos de la misma. Por tanto, aplicando la doctrina señalada, al caso que nos ocupa se puede decir que el recurrente ha podido interponer este recurso especial en plazo y se ha podido defender, dado que de hecho todos sus argumentos estriban en negar que ha remitido la oferta económica entre la documentación que contesta al requerimiento de subsanación y que los sobres en su día presentados lo fueron correctamente, por lo que la indefensión de facto no se ha producido, a pesar de esa falta de motivación.

Octavo. Como se ha puesto de relieve el motivo de la exclusión y el relevante a la hora de determinar si su exclusión ha sido realizada conforme a derecho, es el haber incorporado en el momento de la subsanación de defectos técnicos, elementos que forman parte de la propuesta económica. El recurrente afirma que el correo electrónico que envió a la mesa de contratación aporta un cuadro de proposición económica, pero éste solo se incluyó a los efectos de una mejor identificación de los productos subsanados y con los artículos marcados en amarillo como guía, pero no formaba parte en ningún caso del sobre técnico. Los sobres administrativos, técnicos y económicos por separado fueron en su día correctamente presentados por MUÑOZ BOSCH S.L.U., a la licitación.

Lo cierto es que en este momento del procedimiento de adjudicación (antes de la apertura del sobre que contiene la oferta económica), el órgano de contratación conoce todos y cada



uno de los precios de los productos que constituyen su oferta técnica, tal y como consta en el expediente en el que se incorpora el email que el licitador envía.

Es por tanto, de plena aplicación lo dispuesto por este Tribunal en reiteradas resoluciones. A saber en la reciente Resolución 1397/2019 de este Tribunal:

“Noveno: Así, 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 a –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)”»

En el Dictamen del Consejo de Estado 670/2013, de 11 de julio de 2013, se informa 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».

De lo expuesto, se desprende que en los procedimientos en los que se establezcan criterios de valoración objetiva o mediante la aplicación de fórmulas matemáticas, deberán cuantificarse con posterioridad a la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor. Y ello viene motivado por la necesidad de garantizar que los criterios sometidos a juicio de

valor no puedan verse condicionados por la previa valoración de los elementos objetivos. En tal caso se correría el riesgo de permitir al órgano de contratación otorgar una mayor o menor puntuación a estos criterios subjetivos para acomodar la puntuación total a la luz de la puntuación obtenida en la valoración de los criterios sujetos a fórmula matemática. De este modo, la ley separa sendos sobres, el sobre 2 y el sobre 3, para documentación a valorar según criterios objetivos o fórmulas matemáticas y documentación a valorar según un juicio de valor, respectivamente. La documentación de uno y otro sobre no puede estar mezclada y solo una vez emitida la valoración del sobre 3, se procede a la valoración del sobre 2. Las directivas comunitarias y, por ende, la Ley de Contratos del Sector Público, pretenden enervar precisamente este hecho, a saber: que conociendo la puntuación objetiva se pueda ver condicionada la puntuación subjetiva (con la dificultad que conlleva el control de este criterio), de tal suerte que pueda dirigirse la adjudicación en uno u otro sentido, en función del interés del órgano de contratación en que el contrato se adjudique a una empresa u otra. Ello comprometería gravemente la imparcialidad de éste y suscitaría reclamaciones fundamentadas esencialmente en haber otorgado mayor puntuación a estos criterios subjetivos para favorecer a unos u otros licitadores, y viéndose estos criterios subjetivos revestidos de mayor discrecionalidad técnica que los objetivos que, en puridad, son elementos reglados y más fácilmente fiscalizables por los órganos de control, dejaría indefensos a los licitadores que quisieran cuestionar esta valoración.”

En el presente recurso y tal y como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, la mesa de contratación como consecuencia de la documentación aportada por el licitador el 7 de octubre de 2019, en fase de subsanación, conoce los precios ofertados de todos y cada de los productos de su oferta técnica, por lo que con independencia de que la intención de presentar ese documento fuera otra, lo cierto es, que con la información aportada en fase previa a la apertura de ofertas económicas se compromete la imparcialidad del órgano de contratación, cuya mesa de contratación acordó por este motivo la exclusión del licitador.

Y ello es, con independencia que en el pliego se recoja expresamente como afirma el órgano de contratación en su informe, la exclusión de los licitadores que incluyan información económica en el sobre técnico. La doctrina señalada supone por una parte, que hay que estar al caso en concreto, dado que depende en definitiva de la incidencia que



el conocimiento previo de elementos económicos pueda tener en la objetividad de quien tiene que valorar técnicamente la oferta, y por otra, su aplicación con independencia de que en los sobres originales presentados esté correctamente incorporada la documentación, en los supuestos en que un licitador da a conocer de cualquier otra forma, elementos o datos que configuran la oferta económica antes de su apertura pública, puesto que la finalidad es garantizar la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación a la hora de valorar la oferta técnica.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. R.M.B., en representación de MUÑOZ BOSCH S.L.U, contra el acuerdo de “*adjudicación*” de la licitación convocada por la entidad Gestión y Servicios de Paterna S.L.U. (GESPA), para contratar el “*suministro de materiales y productos químicos de limpieza*”, Expediente LI07-19

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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia, 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.