



Recurso nº 779/2021 C.A. de Illes Balears 44/2021

Resolución nº 1120/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 9 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso presentado por D. A.M.M., en representación de MELCHOR MASCARÓ, S.A.U., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Banyalbufar para contratar el *“Servicio de recogida de los residuos domésticos y de los asimilables a residuos domésticos, así como su transporte hasta las plantas de tratamiento autorizadas”*, expediente 447/2020-2; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La convocatoria de la licitación que nos ocupa fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 2 de febrero de 2021, con un valor estimado de 585.000,00 euros.

Segundo. En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) consta:

“9.4 Contingut de les proposicions

Les proposicions per prendre part en la licitació es presentaran en dues arxius electrònics, signats pel licitador, en els quals es farà constar la denominació del arxiu electrònic i la llegenda «Proposició per licitar a la contractació del servei de prestació del servei de recollida domiciliària de residus urbans del terme municipal de Banyalbufar»>. La denominació dels sobres és la següent:

— Arxivo electrònic «A»: Documentació Administrativa.

— Arxivo electrònic «B»: Proposició Econòmica i Documentació Quantificable de Forma Automàtica.

— *Arxivo electrònic «C»: Documentació la Ponderació de la qual Depèn d'un Judici de Valor.*

(...)

ARXIVO ELECTRÒNIC «B»

PROPOSICIÓ ECONÒMICA I DOCUMENTACIÓ QUANTIFICABLE DE FORMA AUTOMÀTICA.

a) Proposició econòmica.

(...)

b) Documents relatius a l'oferta, diferents del preu, que s'hagin de quantificar de forma automàtica.

(...)

<i>CRITERI</i>	<i>Compromís</i>
<i>Subministrament de contenidors de 120 litres als grans generadors (100 unitats)</i>	<i>SI/NO</i>
<i>Subministrament de contenidors de 240 litres als grans generadors (50 unitats)</i>	<i>SI/NO</i>

ARXIVO ELECTRÒNIC «C»

DOCUMENTACIÓ PONDERABLE A través DE JUDICIS DE VALOR

Inclourà aquells documents que siguin precisos per a la valoració dels criteris que depenguin d'un judici de valor.

(...)

CLÀUSULA ONZENA. Criteris d'Adjudicació

Per a la valoració de les proposicions i la determinació de la millor oferta s'atendrà a una pluralitat de criteris d'adjudicació sobre la base de la millor relació qualitat-preu.

Els criteris ponderats que s'aplicaran per a l'adjudicació del contracte seran els següents:

CRITERIS	PONDERACIÓ
A. Criteri avaluable mitjançant judici de valor	
A1.- Millor oferta tècnica	Fins a 45 punts
B. Criteri avaluable mitjançant fórmula matemàtica	
B1.- Millor oferta econòmica	Fins a 45 punts
B2.- Objectius	Fins a 10 punts
TOTAL	100 punts

(...)

A.- Criteris avaluables mitjançant judici de valor (fins a un màxim de 45 punts)

A1.-Millor oferta tècnica

Es valorarà el contingut de cada un dels següents apartats:

SERVEI	PUNTUACIÓ MÀXIMA
<i>Servei de recollida amb àrees d'aportació mòbils</i>	<i>Fins a 13 punts</i>
<i>Servei de recollida de generadors singulars</i>	<i>Fins a 12 punts</i>
<i>Servei de transport de caixes</i>	<i>Fins a 10 punts</i>
<i>Servei de neteja viària</i>	<i>Fins a 6 punts</i>
<i>Proposta tècnica global</i>	<i>Fins a 4 punts</i>
	<i>Fins a 45 punts</i>

(Y se expresan los subcriterios)

(...)

B. Criteris Avaluables mitjançant fórmula (fins a un màxim de 55 punts)

B1. Millor oferta econòmica (fins a 45 punts)

(...)

B2. Criteris objectius (fins a 10 punts)

Els criteris avaluables són els següents:

Adquisició i subministrament de contenidors de 120 i 240 l (150 unitats), per a grans generadors. Els nous contenidors (de nova adquisició) es podran repartir als generadors singulars en cas de necessitat, sense que suposi cap modificació en l'organització i execució del servei que determina el Plec de Prescripcions Tècniques. La puntuació obtinguda per cada licitador vindrà donada per la següents distribució de puntuació: (Fins a 10 punts)

- Compromís de subministrament de contenidors de 120 litres als grans generadors (100 unitats): 5 punts.*
- Compromís de Subministrament de contenidors de 240 litres als grans generadors (50 unitats): 5 punts.*

(...)

CLÀUSULA SETZENA. Obertura de Proposicions

La Mesa de Contractació es constituirà dins la setmana següent després de la finalització del termini de presentació de les proposicions, i procedirà a l'obertura dels arxius electrònics «A» qualificarà la documentació administrativa continguda en aquests.

Si fos necessari, la Mesa concedirà un termini no superior a tres dies naturals perquè el licitador corregeixi els defectes o les omissions esmenables observats en la documentació presentada.

Posteriorment, procedirà a l'obertura i examen dels arxius electrònics «C», que contenen els criteris la ponderació dels quals depenen d'un judici de valor.

Després de la lectura d'aquestes proposicions, la Mesa podrà sol·licitar quants informes tècnics consideri precisos, per a la valoració d'aquestes conformement als criteris i a les ponderacions establertes en aquest Plec.

Reunida de nou la Mesa de Contractació, es donarà a conèixer la ponderació assignada als criteris dependents d'un judici de valor. A continuació es procedirà a l'obertura dels arxius electrònics «B».

A la vista de la valoració dels criteris la ponderació dels quals és automàtica («B»), la Mesa de Contractació proposarà a l'adjudicatari del contracte.”

Tercero. Presentadas y admitidas dos empresas, consta en el expediente que en el Sobre C presentado por FCC MEDIO AMBIENTE, S.A., en el documento titulado “MEMORIA TÈCNICA DEL SERVEI DE RECOLLIDA DOMICILIÀRIA DE RSU AL TERME MUNICIPAL DE BANYALBUFAR”, figura en la página 33:

“2.2. SERVEI DE RECOLLIDA GENERADORS SINGULARS

2.2.1 Metodologia i pla de treball proposat

(...)

El procediment/pla de treball es detalla a continuació:

Abans de començar el servei, i tal i com indiquen els plecs, es dotarà com millora al servei de 100 i 50 contenidors de 120 i 240l respectivament, de nova adquisició i per als grans generadors, que tal i com indica, es repartiran en cas necessari.

No obstant això, per part de FCC Medio Ambiente proposem que aquesta dotació de contenidors es reparteixin a tots els generadors singulars al inici del servei amb el objectiu de unificar el sistema de recollida i per una millor imatge del servei.”

Asimismo, consta en el expediente que en el “INFORME DE VALORACIÓ AMB RELACIÓ ALS ASPECTES TÈCNICS DE LES PLIQUES PRESENTADES AL CONCURS PER A LA CONTRACTACIÓ, MITJANÇANT PROCEDIMENT OBERT, DE LA CONCESSIÓ DEL SERVEI DE RECOLLIDA DOMICILIÀRIA DE RESIDUS URBANS DEL

TERME MUNICIPAL DE BANYALBUFAR” se indica, en la valoración de la oferta de FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.:

“FCC Medio Ambiente

· Metodologia i pla de treball proposat en funció dels objectius fixats en els plecs de condicions. Aplicació adequada de les diferents operacions a implantar respecte de les característiques de les zones objecte del plec.

L'empresa FCC Medio Ambiente fa un disseny del servei en funció dels objectius, zonificació i sistema proposat al Plec de Prescripcions Tècniques (d'ara endavant PPT). D'aquesta manera en determina els procediments del desenvolupament del servei.

Préviament a l'inici del servei, FCC Medio Ambiente estableix dues accions: el repartiment de poalets pel transport de FORM a cada habitatge del nucli de Banyalbufar, i la retirada dels contenidors actuals (aquesta darrera acció afirma que s'aplicarà el dia anterior a l'inici del nou servei).

(...)

· Justificació tècnica dels treballs i equips proposats sobre la base de mesuraments, rendiments, quantitat de treball, etc.

(...)

· La relació de material, mitjans i personal, correcte dimensionament i logística d'explotació dels diferents equips

(...)

A l'oferta, l'empresa presenta els detalls i il·lustracions del material que es preveu incloure en el servei, tal com l'equipament de l'operari, dels 2 vehicles elèctrics, de les 2 AAM i dels contenidors.”

Cuarto. Tras los trámites oportunos, se adjudica el contrato a FCC MEDIO AMBIENTE, S.A., resultando la aquí recurrente la segunda licitadora mejor posicionada; en base a la siguiente puntuación:

- FCC: Criterios dependientes de juicio de valor, 38,75 puntos; criterios automáticos, 55 puntos; total: 93,75 puntos.
- Recurrente: Criterios dependientes de juicio de valor, 35,5 puntos; criterios automáticos, 53,33 puntos; total: 88,83 puntos.

La adjudicación que se produce el 26 de abril de 2021, publicándose en la Plataforma de Contratación el 29 de abril de 2021.

Quinto. El 19 de mayo de 2021 se interpone este recurso ante el órgano de contratación, en que se alega vulneración del secreto de las ofertas, pues *“la adjudicataria del presente contrato de servicios incluyó de forma totalmente contraria a lo establecido en el PCAP y en la LCSP la información relativa al sobre B en el sobre C, indicando que se comprometía al suministro de contenedores de 120 litros y de 240 litros tal y como se solicitaba en el sobre relativo a los criterios que se debían cuantificar de forma automática.”*; con infracción del artículo 139 de la LCSP, citando abundante doctrina al efecto; suplicando *“dicte resolución por la que estimando el presente recurso anule el acuerdo impugnado y en consecuencia, declare la exclusión de la mercantil FCC MEDIO AMBIENTE SAU, del presente procedimiento de licitación.”*

Sexto. El informe que remite el órgano de contratación, suscrito por el técnico competente, señala:

“Vist l'al·legació presentada i atès la jurisprudència que es pronuncia en aquest sentit: “La incorrecta inclusió de la documentació sobre los criterios de valoración de las ofertas en los sobres, incumpliendo lo previsto en el pliego, afectando al procedimiento de selección de los licitadores y en particular al principio de igualdad de trato entre los candidatos que exige el artículo 1 de la LCSP, al permitir conocer información con respecto a uno de ellos en un momento procedimental inadecuado, justificaría su exclusión por la Mesa de contratación”.

Es proposa retrotreure el procediment de contractació en el moment d'obertura del sobre C de proposició tècnica, i excloure l'empresa FCC MEDIO AMBIENTE SAU del procediment de licitació.

No obstant això, aquesta és la visió del tècnic que subscriu, si més no, aquest informe està subjecte a altres criteris més ben fonamentats per part de la mesa de contractació.”

Séptimo. En fecha 11 de junio de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 18 de junio de 2021 se presentan alegaciones por la entidad FCC MEDIO AMBIENTE, S.A., que alega:

“Pero estos contenedores que FCCMA ofrece como mejora al servicio no son los mismos contenedores cuyo compromiso de suministro y adquisición se requiere aportar en el sobre B (Proposición Económica y Documentación Cuantificable de Forma Automática). Dichos contenedores a que se refiere el sobre B no son una mejora (como erróneamente dice la recurrente) sino que su compromiso de adquisición es un criterio de valoración objetiva, previsto expresamente en la cláusula 11, apartado B.2 del PCAP.

Contrariamente, en la memoria técnica incluida en el sobre C (Documentación la Ponderación de la cual Depende de un Juicio de Valor) no se hace referencia al compromiso suministro y adquisición a valorar en el sobre C, sino que se ofrecen otros contenedores adicionales, que se consideran necesarios la prestación del servicio.

En otras palabras, mi representada no hace referencia en el sobre C al contenido del sobre B, tal y como expone el recurso especial, sino que se limita a ofrecer una mejora técnica adicional al servicio completamente independiente al compromiso requerido en el sobre B.

(...)

En este sentido, el compromiso de adscripción del sobre B establece que se suministrarán los contenedores sólo en caso necesario. En cambio, la mejora técnica ofertada por parte de FCCMA en el sobre C, ofrece el SUMINISTRO DE OTROS CONTENEDORES, el cual se ya realizará al inicio del servicio, con el

objetivo de unificar el sistema de recogida y mejorar la imagen del servicio desde el inicio.

(...)

En todo caso debe tenerse en cuenta que la información incluida en la memoria técnica presentada en el sobre C (Documentación la Ponderación de la cual Depende de un Juicio de Valor) era la requerida en los Pliegos, además no adelantaba ningún dato relevante que “contaminara” la mesa de contratación y pudiera viciar el procedimiento de contratación.

(...)

Como es de ver, la Cláusula 11ª del PCA exigía la “justificación técnica de los trabajos y equipos propuestos...” y “la relación de material, medios y personal, correcto dimensionamiento y logística de explotación de los diferentes equipos”.

Efectivamente, para describir la metodología y plan de trabajo conforme lo exigido en los Pliegos era necesario referirse a los trabajos y equipos propuestos y a los medios materiales. Y del mismo modo se valoraba la adecuación de las operaciones a las características de las zonas, así como el dimensionamiento y la logística de la explotación. Por tanto, es evidente que, para cumplir con lo anterior, necesariamente había que referirse a los contenedores que se aportarían al servicio, para cumplir con la obligación de efectuar la “relación de material”.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 11 de junio de 2021 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso constituye un recurso especial en materia de contratación de competencia de este Tribunal, de conformidad con el artículo 46.4 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. Se recurre la adjudicación en un contrato de servicios, cuyo valor estimado excede de 100.000,00 euros, y sometido a legislación armonizada. Se trata pues de un acto recurrible, conforme a los artículos 44.1.a) de la LCSP y 2.c) de la LCSP, y 22 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Tercero. En cuanto al plazo de interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 50 de la LCSP, el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello.

Cuarto. La recurrente está legitimada para recurrir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, que señala en su primer párrafo lo siguiente:

“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.”

Al tratarse de licitador que podría resultar adjudicatario si procediera la exclusión que pretende.

Quinto. En cuanto al fondo, y de modo similar a lo sucedido, por ejemplo en la Resolución nº 437/2016, entre otras muchas, el informe remitido por el órgano de contratación, cuyo parecer se entiende que asume, señala la procedencia de la estimación de las alegaciones de la recurrente, por lo que debemos analizar en esta Resolución las consecuencias del pronunciamiento del órgano de contratación.

Y, como hemos dicho en ocasiones análogas, este tipo de alegaciones equivalen a un allanamiento, en tanto que el recurrido no se opone a los motivos esgrimidos por la recurrente ni, consecuentemente, a la estimación de este recurso.

Por ello, como decíamos ya en la Resolución nº 233/2016, de 1 de abril, con cita de otras, aunque esta forma de terminación del procedimiento no se contemplaba expresamente en el TRLCSP ni ahora en la LCSP, resulta aplicable, por su similitud con el supuesto analizado, la regulación del allanamiento en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que en su artículo 75 prevé expresamente tal posibilidad y añade en su párrafo segundo que:

“Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, (...)”

Por tanto, la manifestación del órgano de contratación sobre la resolución impugnada debe llevar a estimar el recurso, salvo que el allanamiento de la entidad pudiera suponer infracción “*manifiesta*” del ordenamiento legal vigente.

Pues bien, en nuestro caso, deben ponderárseles intereses del licitador cuya exclusión se pretende, resultando obvio que, si se acordase la misma siendo improcedente, ello resultaría en infracción manifiesta del ordenamiento jurídico por contraria al principio de libre concurrencia e igualdad entre licitadores; por lo que, pese al allanamiento del órgano de contratación, habrá de examinarse si concurren los presupuestos para la estimación del recurso.

Sexto. Se alega en nuestro supuesto (y el órgano de contratación acepta), que, al haber incluido la licitadora después adjudicataria en el sobre C (relativo a la documentación relativa a criterios ponderables a través de un juicio de valor) información relativa a las mejoras en la prestación del servicio (que debería constar en el sobre B, referido a criterios objetivos) su admisión incurrió 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, y, en segundo lugar, al anticipar información a la mesa de contratación y vulnerar el principio del secreto de las proposiciones hasta su apertura.

Al respecto, y como dijimos por ejemplo en la Resolución nº 574/2019 en lo referido a la inclusión, dentro del sobre dedicado a la valoración de criterios susceptibles de un juicio de valor, de datos correspondientes a una evaluación objetiva, 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.”

En interpretación de este precepto y de su precedente, ya dijimos en la Resolución nº 890/2014, de 5 de diciembre, recogiendo diferentes pronunciamientos previos, 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 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 la legislación contractual pretende con el orden establecido para la apertura de las distintas partes de la oferta no es otra cosa sino garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios subjetivos 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 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que 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.”

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 nº 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.»

Pues bien, para tratar de excluir la aplicación de esta doctrina al caso, el adjudicatario alega (muy resumidamente) que no se produjo tal indebida inclusión, pues con la mención de los contenedores estaría ofreciendo mejoras adicionales o describiendo técnicamente su oferta para que pudiera ser evaluada conforme a los criterios y subcriterios dependientes de un juicio de valor. Pero lo cierto es que lo ofertado en el sobre C responde exactamente a la descripción de capacidad y cantidad de los contenedores que podían ofrecerse como un criterio evaluable automáticamente, según la “CLÀUSULA ONZENA. Criteris d'Adjudicació”, punto B.2, reflejada en nuestro Antecedente Segundo, tal y como resulta de la lectura de su oferta, página 33, transcrita en nuestro Antecedente Tercero. Por lo que hay que entender que, efectivamente, en el sobre dedicado a la evaluación dependiente de un juicio de valor se incluyeron datos que debían ser conocidos y evaluados con posterioridad, para no afectar la imparcialidad del órgano valorativo. Puede observarse, adicionalmente y como refleja también nuestro Antecedente Tercero, que el técnico encargado de la valoración contempló todos los medios ofertados, incluidos dichos contenedores, en su evaluación.

Ahora bien, ya dijimos en la Resolución nº 233/2011 que 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.

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 cumplían 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.

Pues bien, en nuestro supuesto la información adelantada es coincidente con lo que establece el criterio automático relativo a los contenedores, que otorga 10 puntos, por lo que ha podido influir en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

La consecuencia de lo expuesto es que debe aceptarse el allanamiento del órgano de contratación, pues la estimación de este recurso no contraviene manifiestamente el ordenamiento jurídico, ya que el análisis de los presupuestos de hecho y de la normativa y doctrina aplicable apuntan a la procedencia de la exclusión del licitador adjudicatario.

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 presentado por D. A.M.M., en representación de MELCHOR MASCARÓ, S.A.U., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Banyalbufar para contratar el “*Servicio de recogida de los residuos domésticos y de los asimilables a residuos domésticos, así como su transporte hasta las plantas de tratamiento autorizadas*”, expediente 447/2020-2, anular la resolución de adjudicación, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la clasificación de las ofertas, siendo procedente la exclusión del actual adjudicatario, continuando el procedimiento por sus trámites.

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 Illes Balears, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.