



Recursos nº 242, 244 y 245/2021 C. Valenciana 52, 53 y 54/2021

Resolución nº 864/2021

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

En Madrid, a 9 de julio de 2021.

VISTO los recursos interpuestos por D. I.L.D.A.M., en representación de SACYR FACILITIES, S.A. (en adelante, SACYR); D. V.J.P.S., en representación de EULEN, S.A. (en adelante, EULEN); y por D. P.D.M.O., en representación de SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L. (en adelante, SAMYL); contra la adjudicación de la licitación convocada por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana para contratar el "*Servicio de limpieza, servicios complementarios, suministro de consumibles y accesorios y su auditoría*", expediente 10/2020.bis; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública ha tramitado el procedimiento de contratación del "*Servicio de limpieza, servicios complementarios, suministro de consumibles y accesorios y su auditoría*", expediente 10/2020.bis. El valor estimado del contrato es de 474.402.222,08 euros, IVA excluido.

Segundo. El anuncio de licitación rectificado del citado procedimiento fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 7 de septiembre de 2020 y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de septiembre de 2020.

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, 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), 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 veintisiete los licitadores que concurrieron al procedimiento.

Quinto. Constituida la Mesa de Contratación con fecha de 7 de octubre de 2020, resolvió admitir a veinte de los licitadores presentados y requerir la subsanación de las ofertas presentadas por los restantes siete.

Sexto. Con fecha de 13 de octubre de 2020 fue constituida de nuevo la Mesa de Contratación, aceptando la subsanación efectuada por siete de los licitadores y, en consecuencia, admitiendo las ofertas presentadas por éstos. Asimismo, la Mesa procedió a la apertura de los criterios basados en juicio de valor y acordó dar traslado de la documentación aportada a los técnicos para su correspondiente valoración.

Séptimo. Constituida de nuevo la Mesa de Contratación con fecha de 9 de noviembre de 2020, acordó aceptar el informe técnico de valoración, proceder a la apertura de los criterios evaluables automáticamente y, a la vista de la documentación presentada, y al amparo del artículo 140.3 de la LCSP, requerir a los licitadores L'OPEROSA, OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. y ZAINZEN, S.A. para aportar la documentación acreditativa de estar en posesión de las ecoetiquetas ofertadas para el papel higiénico y papel secamanos en sus propuestas.

Octavo. Con fecha de 11 de noviembre de 2020 la Mesa de Contratación admitió la documentación requerida a los licitadores L'OPEROSA, OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. y ZAINZEN, S.A., procedió a la valoración de los criterios valorables de forma automática y, finalmente, requirió a las mercantiles EULEN, S.A. y OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. para que en el plazo de diez días aportaran la documentación justificativa de la viabilidad de las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas respecto de los lotes 1, 9, 18 y 20 en el caso de EULEN y respecto de lote 5, en el caso de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.



Noveno. Constituida de nuevo la Mesa de Contratación con fecha de 20 de noviembre de 2020, corrigió un error cometido en la valoración de los criterios evaluables automáticamente y propuso la adjudicación de los lotes 1, 2, 9 y 18 a EULEN, S.A., de los lotes 6, 7, 15, 19 y 22 a CLECE, S.A., de los lotes 3, 5, 8, 12, 20 y 21 a OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., del lote 4 a OPTIMA FACILITY SERVICES, S.L., de los lotes 10, 11, 13, 14, 16 y 17 a FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. y del lote 23 a GESMAN, INGENIERÍA DE GESTIÓN, S.L.

Décimo. Con fecha de 3 de febrero de 2021 la Subsecretaría de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública acordó adjudicar el contrato a las mercantiles propuestas por la Mesa de Contratación.

Undécimo. Disconforme con dicho acuerdo de adjudicación, con fecha de 25 de febrero de 2021 la mercantil SACYR interpuso recurso especial en materia de contratación (Recurso nº 242/2021), contra la adjudicación de los lotes 2 a 16, 18 y 20 a 22, en el que sostiene, en síntesis, (i) que solamente se le ha permitido un acceso limitado al expediente que, a su juicio, ha vulnerado su derecho de defensa; (ii) que la valoración de los criterios no evaluables automáticamente ha partido de informe que comete un error “*garrafal*” y que resulta arbitrario; y (iii) que la oferta presentada por la mercantil EULEN debió ser excluida, por incluir indebidamente información correspondiente al tercer sobre en el segundo sobre de su proposición y que, de igual forma, debieron haber sido excluidas las mercantiles CLECE, S.A., MULTISERVEIS NDAVANT, S.L. y ZAINZEN S.A.U. por haber actuado, según afirma, concertadamente para manipular el procedimiento de contratación.

Duodécimo. De igual forma, con fecha de 25 de febrero de 2021 la mercantil EULEN interpuso recurso especial en materia de contratación (Recurso nº 244/2021), contra la adjudicación de los lotes 3, 6, 7, 15, 17, 20 y 22, en el que afirma, en síntesis, que (i) procede aplicar analógicamente el artículo 86 del RD 1098/2001 en la valoración de las ofertas presentadas por CLECE, S.A., MULTISERVEIS NDAVANT, S.L. y ZAINZEN S.A.U., por tratarse de empresas pertenecientes a un mismo grupo; (ii) que, de igual forma, la aplicación de los principios de libre concurrencia e igualdad de trato imponen la exclusión de tales mercantiles, por haber actuado de forma coordinada y (iii) que, asimismo, procede



la exclusión de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., al haber presentado documentación en un momento posterior a la apertura de los sobres del resto de licitadores.

Decimotercero. Finalmente, con fecha de 25 de febrero de 2021 la mercantil SAMYL interpuso asimismo recurso especial en materia de contratación (Recurso nº 245/2021), contra la adjudicación de los lotes 8, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 18 y 19, en el que alega que resulta nula de pleno derecho la resolución de adjudicación por haberse clasificado las ofertas presentadas por los licitadores utilizando *“un único estudio teórico que se aplica indistintamente a los 23 lotes”* lo que determina, según sostiene, que no se esté valorando *“cada oferta por su concreto valor calidad-precio oferta”*, sino *“con base en un estudio genérico de corte teórico”*, en vulneración del artículo 145 de la LCSP.

Decimocuarto. Con fecha de 9 de marzo de 2021 el órgano de contratación emitió sendos informes en los que solicitaba la desestimación de los recursos interpuestos y en los que alega, respecto del recurso interpuesto por la mercantil EULEN y, en primer lugar, que no hay ninguna restricción a que las empresas pertenecientes a un mismo grupo de empresas se presenten a la misma licitación pública y, en segundo término, que en el procedimiento de referencia el órgano de contratación aplicó la Guía contra el Fraude en la Licitación Pública, de la Comisión Nacional de la Competencia, a fin de determinar si existían indicios de prácticas colusorias, concluyendo que no cabía apreciar indicios suficientemente plausibles de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada. Finalmente, y por lo que respecta al requerimiento efectuado a OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. a fin de aclarar su oferta, el órgano de contratación insiste en que se trata de una aclaración suplementaria formulada a requerimiento del órgano de contratación, lo que, según indica, se atiene a las exigencias de la normativa en materia de contratación y a la jurisprudencia comunitaria.

Decimoquinto. Con respecto al recurso interpuesto por la mercantil SACYR, el órgano de contratación, en informe de 9 de marzo de 2021, solicita igualmente su desestimación, indicando que se ha efectuado la ponderación requerida al limitar el acceso al expediente, para lo cual recuerda, con cita de nuestra doctrina, que no es éste un derecho absoluto sino que debe entenderse modulado también por el carácter confidencial de parte de las proposiciones presentadas, y sostiene, en línea con lo explicado en el informe al recurso



de EULEN, que la aplicación de la Guía contra el Fraude en la Licitación Pública de la Comisión Nacional de la Competencia por parte del órgano de contratación condujo a concluir que no se habían detectado prácticas colusorias. En último lugar, defiende que en modo alguno ha tenido lugar una valoración arbitraria de las proposiciones, recordando, en cualquier caso, la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en la valoración de las mismas.

Decimosexto. Respecto del recurso interpuesto por la mercantil SAMYL, el órgano de contratación, en informe de 9 de marzo de 2021, solicita también su desestimación. El órgano de contratación destaca que el criterio del estudio teórico fue avalado por este Tribunal en el anterior recurso interpuesto contra los pliegos, señala que la valoración efectuada se ha atendido en todo caso a las exigencias del artículo 1.1 de la LCSP y, respecto de la sospecha de prácticas colusorias, advierte que la recurrente *“no identifica mercantiles ni aporta datos para que el órgano de contratación pueda entrar a valorar dichas prácticas”*.

Decimoséptimo. En fecha 15 de marzo de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos interpuestos a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones.

Frente al recurso interpuesto por EULEN, se han presentado alegaciones por ZAINZEN, S.A.U., por CLECE, S.A., por MULTISERVEIS NDAVANT, S.L. y por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., solicitando, todos ellos, la desestimación de los recursos interpuestos.

ZAINZEN, S.A.U. sostiene en sus alegaciones que resulta irrelevante que varios de los licitadores pertenecieran a un mismo grupo de empresas, para lo cual acude en su apoyo al artículo 138.3 de la LCSP y a la consulta efectuada al órgano de contratación, cuya respuesta, conforme al Apartado D del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, resultaría vinculante una vez publicada. Además, niega haberse concertado con las otras mercantiles para manipular el procedimiento de contratación, insistiendo que tales *“afirmaciones no se sostienen por, entre otros motivos, una mera reducción al absurdo”*.



CLECE, S.A., por su parte, recuerda que resulta válida la presentación de varias ofertas por parte de empresas pertenecientes a un mismo grupo, para lo cual (i) acude también a la consulta efectuada a través de la Plataforma de Contratación a que se ha hecho referencia más arriba; (ii) sostiene que la licitación anterior, que fue anulada como consecuencia de la estimación de un recurso especial en materia de contratación, resulta irrelevante a los efectos del presente recurso; (iii) niega la existencia de patrón homogéneo y (iv) reitera que el recurso de EULEN S.A. carece de todo elemento probatorio. Idénticos alegatos a los de CLECE, S.A. se presentan por MULTISERVEIS NDAVANT, S.L.

Finalmente, OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. indica (i) que EULEN confunde y mezcla *“el concepto de excluir a una empresa para el cálculo de la baja media con el fin de obtener la desproporcionada, con la baja media para obtener una puntuación, que en este caso son distintos”*; (ii) alega que el pretendido control de CLECE resulta incompatible con el resultado de determinados lotes y particularmente, con el resultado del lote 1 (donde la propia EULEN es la única que recibe la puntuación máxima); y (iii) en último término, afirma que al presentar la declaración responsable de la Ecoetiqueta tipo I OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. ya detallaba la marca comercial, por lo que resultó pertinente la aclaración del órgano de contratación.

Decimoctavo. Frente al recurso interpuesto por SACYR, se han presentado alegaciones por ZAINZEN, S.A.U., por CLECE, S.A., por MULTISERVEIS NDAVANT, S.L, por FERROVIAL SERVICIOS, S.A., por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. y por EULEN, S.A.

ZAINZEN, S.A.U. reitera las alegaciones formuladas al recurso interpuesto por EULEN y que han sido recogidas más arriba, si bien añade que la mercantil afirma que SACYR no tiene posibilidades de ser adjudicatario de ninguno de los lotes, con lo que carecería de legitimación.

MULTISERVEIS NDAVANT, S.L., por su parte, rechaza los alegatos de SACYR con relación al acceso al expediente, destacando que la recurrente no concreta *“qué aspectos de la información denegada le han impedido la formulación de un recurso eficaz y útil”* y, de igual forma, niega que la valoración de las memorias efectuada por el órgano de contratación sea arbitraria, afirmando que las *“discrepancias lo son de apreciación por*



parte de SACYR, y que no existe error patente o arbitrariedad invalidante en la valoración” y refuta asimismo que se haya producido ningún tipo de “manipulación de la media aritmética”.

De otro lado, CLECE, S.A. presenta alegaciones en las que solicita, asimismo, la desestimación del recurso interpuesto, destacando (i) que no ha tenido lugar una valoración arbitraria de las proposiciones, como sostiene la recurrente; (ii) que nada impide en la normativa de contratación la presentación de proposiciones por empresas pertenecientes a un mismo grupo; y (iii) que el derecho de acceso al expediente tiene un carácter instrumental del derecho de defensa que supone que, en su opinión, ninguna vulneración haya tenido lugar en el presente caso.

Finalmente, FERROVIAL SERVICIOS, S.A. sostiene (i) que resulta ajustado a derecho que no se le haya permitido a SACYR acceder a la información declarada confidencial de los licitadores; (ii) que los alegatos de tal recurrente obvian la discrecionalidad técnica reconocida a los técnicos al valorar las ofertas; (iii) que en cualquier caso, FERROVIAL S.A. se ha atendido en su proposición a los requisitos formales para la presentación de ofertas, incluyendo el tamaño de la letra; y (iv) que la recurrente pretende sustituir la valoración de los técnicos por su propia valoración interesada.

Asimismo, OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. solicita la desestimación del recurso al negar que exista arbitrariedad alguna en el informe técnico de valoración y destaca (i) que las únicas diferencias entre los apartados valorados globalmente no aluden a datos relevantes; (ii) que el sistema de valoración se ha atendido a los requisitos de los pliegos y (iii) alega, en síntesis, que no han sido rebasados los límites de la discrecionalidad técnica que debe ser reconocida al órgano de contratación. Además, afirma que no se ha producido vulneración alguna de los requisitos formales en lo que a tamaño y forma de la letra se refiera y concluye que, aunque se trata de un aspecto que no le atañe, el recurso no justifica con pruebas la pretendida concertación entre empresas de un mismo grupo.

En último término, se han presentado también alegaciones al recurso por parte de EULEN, en las que sostiene, en síntesis, que el recurso debe ser inadmitido por carecer la recurrente por falta de interés legítimo, por no poder resultar nunca adjudicataria del



contrario y que, en cualquier caso, que la resolución impugnada satisface el requisito de motivación, al venir acompañada de una explicación detallada y haberse ofrecido a la recurrente acceso suficiente al expediente para hacer efectivo su derecho de defensa. Además, EULEN destaca que el informe técnico no incurre en arbitrariedad de ningún tipo, subrayando que la recurrente no acompaña no prueba alguna que evidencie el error de los técnicos y que tampoco resulta arbitrario valorar globalmente determinados elementos, pues, a su parecer, *“es perfectamente lógico que las empresas presenten unos proyectos técnicos muy similares en los apartados de estructura y medios personales, protocolos de emergencia y niveles de servicio”*. EULEN refuta también el resto de alegatos: insiste en que su oferta cumple con los requisitos de extensión y letra fijados en los pliegos, pero reitera, en la línea de su recurso, que las proposiciones de CLECE, S.A., ZAINZTEN, S.A.U. y MULTISERVEIS NDAVANT, S.L. debieron ser excluidas.

Decimonoveno. Frente al recurso interpuesto por SAMYL, se han presentado alegaciones por ZAINZTEN, S.A.U., por CLECE, S.A., por MULTISERVEIS NDAVANT, S.L., por FERROVIAL SERVICIOS, S.A., por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. y por EULEN, S.A., solicitando todos ellos su desestimación.

CLECE, S.A., sostiene que nos hallamos ante una impugnación extemporánea de los pliegos, acudiendo, en su apoyo, a la Resolución 776/2020, de 20 de julio de este Tribunal e invocando la existencia de cosa juzgada administrativa, y en similares términos solicita la desestimación del recurso MULTISERVEIS NDAVANT, S.L.

ZAINZTEN, S.A.U., por su parte, alega que los pliegos del procedimiento son consentidos y firmes, por lo que todos los licitadores deben acatar su contenido; niega que SAMYL disfrute de legitimación, al tener posibilidades de ser adjudicatario de ninguno de los lotes del contrato y refuta, *ad cautelam* y *“por una cuestión reputacional”* la existencia de prácticas concertadas.

FERROVIAL SERVICIOS, S.A., igualmente, sostiene que nos hallamos ante una impugnación indirecta de los pliegos que no tiene cabida en nuestro Derecho y, con cita en anteriores resoluciones de este Tribunal, solicita también la desestimación del recurso interpuesto.



Finalmente, OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. señala, en línea con los alegatos anteriores, que la recurrente pretende revisar unos pliegos a cuyo contenido se ha aquietado mediante la presentación de la proposición, lo que resulta inadmisibile, advierte que la recurrente yerra al calificar como *cuantitativo* lo que en puridad es un criterio *cualitativo* y afirma que, en todo caso, el criterio controvertido está vinculado al objeto del contrato, ha sido formulado de forma objetiva, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada y permite que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Vigésimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 23 de marzo de 2021 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la 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. Los recursos han sido debidamente interpuestos ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2.c) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación. Se trata, además, de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000,00 euros.

El recurso de SACYR se dice dirigido también frente a la “*actuación de la Mesa*”. Evidentemente, se trataría de un recurso, en tal caso, dirigido frente a un acto de trámite no cualificado y, como tal, no susceptible de recurso. En la medida, sin embargo, en que el recurso se dirige, asimismo e indistintamente, frente al acuerdo de adjudicación, se entenderán los alegatos dirigidos frente a dicha actuación.

Tercero. Los recursos se han presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1.c) de la 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 los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello, pues las recurrentes concurrieron a la licitación.

No se colige, en este sentido, con ZAINZEN, S.A.U. y con EULEN que sostienen que SACYR (y SAMYL, según afirma también ZAINZEN, S.A.U.) carecerían de legitimación para interponer el recurso. Y es que, de acogerse los alegatos presentados por tales mercantiles, sería necesario retrotraer las actuaciones al momento en que las infracciones denunciadas se produjeron, lo que podría resultar en una nueva valoración de las proposiciones y resultar aquéllas beneficiadas de los recursos interpuestos.

Quinto. Tal y como establece el artículo 13 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), *“podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*. De acuerdo con ello, el Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de los tres recursos arriba indicados por aparecer dirigidos a un mismo acto administrativo y estar estrechamente vinculados entre sí.

Sexto. Se ha explicado más arriba que uno de los alegatos formulados por las recurrentes son coincidentes: tanto SACYR como EULEN denuncian una supuesta práctica colusoria entre las mercantiles CLECE, S.A., MULTISERVEIS NDAVANT, S.L. y ZAINZEN S.A.U. Por su parte, SAMYL advierte del riesgo *“de prácticas colusorias”* que acarrea la fórmula escogida en los pliegos, pero subraya que *“en ningún caso se atribuye estas prácticas a las empresas dominantes del sector”*. A fin de facilitar la sistemática de la presente resolución, se abordará, en primer lugar, dicho argumento, por ser común a dos de los recursos, para después tomar en consideración los alegatos que han sido planteados exclusivamente por alguna de las recurrentes.

Y así, se ha dicho ya que dos de las recurrentes denuncian una concertación entre CLECE, S.A., MULTISERVEIS NDAVANT, S.L. y ZAJINTZEN S.A.U. para manipular el procedimiento de contratación. A este respecto, lo primero que cabe advertir es que en modo alguno procede, como alega EULEN, la aplicación del artículo 86 del RD 1098/2001, por tratarse de una “*situación análoga*”. Los términos del mencionado artículo son claros y aparecen circunscritos, exclusivamente, a la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, sin que se observen motivos que justifiquen, como solicita EULEN, que deban extenderse a supuestos tales como la valoración de los criterios automáticos.

Huelga decir, respecto de la aplicación analógica de normas, que a estos efectos el artículo 4.1 del Código Civil dispone que “*procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*”. Son, por lo tanto, requisitos necesarios para la aplicación analógica de las normas: 1) ausencia de regulación expresa, esto es, existencia de una laguna legal; 2) apreciación de semejanza o identidad de razón entre el supuesto regulado y el que carece de regulación. Cabe añadir que la analogía, como instrumento lógico de integración, no será aplicable en ámbitos expresamente prohibidos por el legislador, disponiendo el artículo 4.2 del Código Civil, a estos efectos, que “*las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”.

Pues bien, en el presente caso no observa el Tribunal laguna legal alguna que determine la aplicación de tal precepto. Hay que entender que el legislador, al regular la cuestión en un texto normativo tan extenso y prolijo como es la LCSP, no ha querido incluir una fórmula específica de valoración de las proposiciones presentadas por las empresas vinculadas, sin que sea lógico asumir en este caso que la falta de regulación pueda obedecer a un descuido u olvido involuntario del legislador, sobre todo tomando en consideración que sí lo ha hecho en el artículo 145.3 de la LCSP para apreciar la anormalidad de las ofertas. A la ausencia de una “*laguna legal*” se une la circunstancia de que las normas que establecen incompatibilidades para licitar, en tanto son normas prohibitivas y limitativas de derechos, han de considerarse normas “*excepcionales*”, en el sentido del artículo 4.2 del Código Civil, lo que excluye su aplicación extensiva por analogía (en tal sentido, Resolución nº 233/2017, de 3 de marzo, de este Tribunal).



No ocurre lo mismo con las prácticas colusorias que, a continuación, se denuncian por EULEN, y que se relatan asimismo por SACYR y que sí se contemplan expresamente en la LCSP como causa de exclusión. En este caso es evidente que la normativa en materia de contratación impone al órgano de contratación una específica obligación de abordar con cautela tales situaciones y de evitar conductas por parte de los licitadores que pretendan falsear la competencia en el seno del procedimiento de contratación. La resolución de la cuestión exige una referencia, siquiera de manera somera, al marco normativo aplicable, que ya abordáramos en la Resolución nº 60/2021, de 22 de enero, de este Tribunal.

De conformidad con los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), las Directivas de contratación atienden a que en la adjudicación de los contratos públicos se respeten los principios, que derivan de aquellas libertades, de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, asegurando que tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia.

Es por ello que la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante la Directiva), a lo largo de su articulado y en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establece medidas cuyo fin se dirige a garantizar la libre competencia. Entre ellas está la establecida en su artículo 57.4.d), que incluye entre las causas de posible exclusión de los operadores económicos en la participación en un procedimiento de contratación, *“cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”*.

También establece el apartado 6 del citado artículo 57 de la Directiva que *“todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación”*.



En trasposición de la Directiva, varios son los preceptos de la LCSP que, en esta controversia, hemos de tener en cuenta. En primer lugar, el artículo 132.1 y 3 de la LCSP, que bajo la rúbrica *“principios de igualdad, transparencia y libre competencia”*, establece:

“1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta. (...) 3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

En segundo término, el artículo 139.3 de la LCSP, que preceptúa:

“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.



Y, en tercer lugar, el artículo 150.1, párrafo tercero, de la LCSP que establece lo siguiente:

“(…) Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo”.

Es de señalar que, como advierte acertadamente el órgano de contratación en sus informes y conforme a lo previsto en la Disposición Final Decimosexta de la LCSP, el tercer párrafo, transcrito, del citado artículo 150.1 de la LCSP entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria que en él se refiere, disposición reglamentaria que, a día de hoy, no se ha dictado, por lo que el citado precepto no está vigente.

De igual forma, cabe referirse al artículo 167.e) de la LCSP, que, al señalar como supuesto de aplicación del procedimiento de licitación con negociación, el de los casos en que en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables, indica expresamente que se considerarán irregulares en dichos procedimientos, en particular, las ofertas *“que muestren indicios de colusión”* y al artículo 96.4 de la LCSP, que en la adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, califica expresamente de irregulares las ofertas que muestren indicios de colusión. En último lugar, habrá también que estar, a la hora de calificar una oferta como colusoria, a lo establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), a sus normas de aplicación y desarrollo, que, aunque no son normas de contratación permiten integrar a efectos interpretativos la LCSP y a sus normas de desarrollo.



Pues bien, habiendo considerado los preceptos que arriba se indican, en particular, lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LCSP y las concretas circunstancias del caso que nos ocupa, considera este Tribunal que procede confirmar la actuación del órgano de contratación y desestimar en este punto los recursos especiales en materia de contratación interpuestos.

En efecto, ante un supuesto de hecho subsumible en el artículo 139.3 de la LCSP y ante la falta de vigencia de lo dispuesto en el artículo 150.1 de la LCSP, el órgano de contratación detalla prolijamente en sus informes el procedimiento seguido, al observar que varios licitadores pertenecían a un mismo grupo de empresas y cómo acudió a tal fin los criterios de la Guía contra el Fraude en la Licitación Pública, de la Comisión Nacional de la Competencia, en un examen concienzudo y detallado que las recurrentes no son capaces de rebatir.

Así, y, en primer lugar, es obligado recordar que, como señala el órgano de contratación, no existe restricción a que las empresas pertenecientes a un grupo de empresas se presenten a la misma licitación pública. Las recurrentes otorgan gran importancia a dicha circunstancia, pero, como señaláramos en nuestra Resolución nº 659/2019, de 20 de enero, *“en nuestro Derecho no existe obstáculo legal para que empresas de un mismo grupo concurren a una misma licitación”*. La clave aquí, por lo tanto, no reside en concretar si hay o no un grupo de empresas, sino en verificar si se ha producido una vulneración de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LCSP. Como señalábamos, de igual forma, en nuestra Resolución nº 1278/2019, de 11 de noviembre, *“el mero hecho de que concurren dos empresas vinculadas a un procedimiento de licitación no puede identificarse con la vulneración del principio de proposición única, ni tampoco por el solo hecho de que quien licita como empresario individual sea administrador de una persona jurídica y como tal suscriba la oferta presentada por ésta en la misma licitación”*.

Partiendo, por lo tanto, de tal premisa básica, habrá que ver si las empresas concernidas han incurrido en una práctica contraria a lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LCSP. Básicamente, son dos los indicios que apunta EULEN. Primero y, de una parte, compara la actuación de CLECE, S.A., MULTISERVEIS NDAVANT, S.L. y ZAINZEN S.A.U. en un procedimiento anterior, anulado, con las proposiciones presentadas en el procedimiento



actual. Sin embargo, y como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en anteriores ocasiones (por todas, Resolución nº 60/2021, de 22 de enero), el examen de tales prácticas (...) debe realizarse atendiendo, exclusivamente, a las concretas circunstancias del procedimiento de contratación vigente: *“la actuación de la mesa y del órgano de contratación ha de ceñirse exclusivamente a lo que es su competencia, el desarrollo del procedimiento de licitación con arreglo a la LCSP y el PCAP, y en modo alguno puede extenderse a hechos ajenos a aquella licitación, aun cuando pudieran tener conexión con ella desde la perspectiva de la defensa de la competencia, pues el deber de velar por su defensa que pesa sobre el órgano de contratación se ciñe exclusivamente al procedimiento de licitación”*. De poco, por lo tanto, puede servir la conducta seguida en un anterior procedimiento, anulado, por las mismas mercantiles implicadas.

En segundo lugar, EULEN sostiene que se observa una *“desviación mínima”* entre las proposiciones presentadas por los tres licitadores con respecto a los rendimientos por metro cuadrado de limpieza y los precios de los lotes 7, 15 y 22. Sin embargo, resulta obvio que una desviación pequeña no puede justificar, por sí sola, la exclusión de los licitadores del procedimiento, siendo, como destaca el órgano de contratación, que los márgenes de desviación observados se hallan dentro de los límites contemplados en el pliego y que tampoco se observa elemento alguno que permita inferir que se trata de ofertas no competitivas.

Por su parte, SACYR alega también la existencia de dicha práctica colusoria, que sitúa, en primer lugar, en una pretendida concertación en los *“estudios teóricos de cada una de las empresas”*, que compara para acabar concluyendo que la *“manipulación”* ha beneficiado a CLECE, S.A., por cuanto ha presentado, junto con las empresas de su grupo *“valores muy parecidos con el único objetivo de acercar la media a su valoración y así obtener mejores puntuaciones”*. De igual forma, la recurrente afirma que tal manipulación se habría producido en la proposición económica.

Pues bien, lo primero que se hace necesario destacar con respecto a los alegatos de SACYR es que los cálculos que ofrece la recurrente, que incluyen un gráfico y una reclasificación de las ofertas, no vienen acompañados de prueba documental o pericial que los sustente, con lo que difícilmente pueden servir de base para la estimación del recurso

(más cuando la propia recurrente reprocha al órgano de contratación no haberle facilitado documentación auxiliar que la recurrente quería hacer servir para sus cálculos).

El Tribunal, desde luego, acepta que, en general, se observa la tendencia apuntada por la recurrente (particularmente, cuando señalan que los valores del Estudio Teórico se mueven en rangos próximos en las tres empresas) pero, en ausencia de otros indicios y sin mayores elementos de prueba, no puede determinar sin más la exclusión de los licitadores implicados, como pretenden las recurrentes.

En tal tesitura, y en ausencia de evidencia que demuestre lo contrario, los recursos interpuestos deben ser desestimados en lo que atañe a la vulneración del principio de proposición única por parte de la mercantil CLECE, S.A. y de dos empresas de su grupo, desestimándose, por lo tanto, los alegatos de SACYR y de EULEN en este aspecto.

Séptimo. Una vez desestimado el alegato considerado en el apartado anterior, se analizarán el resto de argumentos planteados por las recurrentes, comenzando para ello con el recurso de EULEN. Y es que amén de denunciar la supuesta práctica colusoria que ha sido analizada más arriba, EULEN sostiene que procede también la exclusión de la mercantil OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., a quien la Mesa de Contratación ofreció un trámite de subsanación al amparo del artículo 140.3 de la LCSP para *“aportar la documentación acreditativa de estar en posesión de las ecoetiquetas ofertadas para el papel higiénico y papel seca manos en sus propuestas”* (pág. 8/9 del doc. 16 del expediente administrativo). Entiende la recurrente que dicho trámite resulta *“contrario al principio de inmutabilidad de las ofertas y al de igualdad de trato”* y que *“en ningún caso debió admitirse que en un momento posterior a la apertura de los sobres del resto de licitadores OHL INGESAN concretara el producto ofrecido”*. Se observa, por lo tanto, que la cuestión esencial estriba en determinar si la no justificación por parte de unos licitadores de las condiciones de su oferta en los estrictos términos que los pliegos establecen ha de conllevar su exclusión, como pretende la mercantil recurrente, o si por el contrario sería lícito conceder un trámite de subsanación.

El artículo 81 del RD 1098/2001 contempla la posibilidad de conceder un trámite de subsanación de tres días a aquellos licitadores cuya documentación administrativa



presente errores o defectos subsanables. Ahora bien, en el caso que nos ocupa el defecto u omisión no se ha apreciado en la documentación administrativa, sino en la documentación constitutiva de la oferta. Sobre la posibilidad de subsanar los defectos que se aprecian en la documentación presentada por los licitadores se ha pronunciado tanto el Tribunal Supremo, como este Tribunal. La Resolución nº 929/2019, de 14 de octubre, resume la doctrina sobre esta materia, señalando lo siguiente:

“Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-)

Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.:



Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-).

Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12-y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T195/08-).

En definitiva, si los defectos u omisiones en la documentación presentada se advierten en la segunda fase del procedimiento, que comprende la valoración de las ofertas -como ocurre en el caso que nos ocupa-, la posibilidad de subsanación ha de abordarse con cautela, a fin de garantizar la libre concurrencia y el principio de igualdad de trato entre los



licitadores. Así, se vienen permitiendo ciertas aclaraciones o correcciones de los errores materiales apreciados en la documentación que constituye la oferta, siempre y cuando ésta permanezca inalterable. Lo mismo cabe afirmar respecto de los errores puramente formales, tal y como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, acogiendo el principio antiformalista. Cabe citar, por todas, la Resolución nº 651/2018, de 6 de julio, que establece lo siguiente:

“Pero, este principio antiformalista se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta. Así resulta de lo dispuesto por este Tribunal en diversas resoluciones, como son, entre otras, la Resolución número 831/2017, de 15 de septiembre de 2017, en la que se relaciona el principio antiformalista con un verdadero derecho de subsanación atribuible al licitador, pero solo respecto de defectos puramente formales de su proposición. Así, podemos leer allí lo siguiente (Fundamento de derecho sexto): “(...) derecho de subsanación que corresponde a ese licitador, so pena de infringir el principio “pro actione” que ha de presidir todo contrato público y de la aplicación en todo contrato de un criterio favorable a la admisión de las ofertas presentadas, lo que va en línea con una interpretación antiformalista del art. 151 del TRLCSP y del 81 de su Reglamento de desarrollo. Es decir, en un contrato público deben ser cumplidas unas exigencias de forma, que todo licitador ha de respetar, para acreditar la validez de las ofertas presentadas, así como para asegurar la aplicación al caso del principio de igualdad entre todos los licitadores que concurran a un contrato. Pero estas exigencias formales no deben ser tan estrictas que constituyan barreras de acceso a las licitaciones, haciendo que la falta de subsanación de una deficiencia formal, limite un derecho de los licitadores. Y todo ello, en el bien entendido de que se trate de una deficiencia meramente formal, esto es, en ningún caso este criterio antiformalista que se propugna puede atentar contra la acreditación de los requisitos más básicos de personalidad o representación de las empresas licitadoras, lo que ocurriría en casos como en los supuestos en que



no se hubiera presentado la escritura de constitución de una sociedad, o la de apoderamiento de un representante, etc”.

En el presente supuesto, la mercantil requerida, OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. no justificaba que los productos incluidos dispusieran de las ecoetiquetas necesarias, a cuyo fin fue expresamente requerida, junto a otros licitadores, L'OPEROSA y ZAJINTZEN, pero es evidente que ofertaba los dos productos con una determinada ecoetiqueta y que la declaración presentada se ajustó al modelo recogido en el Anexo II. BIS del PCAP (*“Oferta Modelo de Criterios Valorables de forma automática a introducir en el sobre 3.1”*), en éste a diferencia de lo exigido para la ropa de trabajo -respecto de la cual se hacía expresa mención a la obligatoriedad de adjuntar dicha ecoetiqueta- únicamente indicaba que los licitadores debían marcar con un aspa la casilla correspondiente, sin hacer mención a otra documentación adicional a adjuntar, en desajuste con lo establecido en el apartado D del Anexo I al PCAP. En el trámite de subsanación concedido se aportó por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. la información omitida, pero es manifiesto que la oferta permaneció inmutable, pues no se modificaron los productos en cuestión, sino que la mercantil se limitó a efectuar aclaraciones y justificaciones sobre este extremo de la oferta. El trámite de subsanación tiene como presupuesto, para ser ajustado a Derecho, la inalterabilidad de la oferta, y en este caso la oferta permanece inmutable, estando dirigido el trámite de subsanación a permitir acreditar una circunstancia que ya existía en el momento de presentarse la oferta, de forma que no se está generando ventaja alguna para el licitador requerido.

Por consiguiente, este Tribunal entiende que el trámite de subsanación concedido es ajustado a Derecho y que tampoco en este extremo puede prosperar el recurso.

Octavo. Una vez desestimado el recurso de EULEN, procede analizar a continuación el resto de argumentos formulados por SACYR. Tal recurrente denuncia, en primer lugar, que la falta de acceso al expediente completo ha conllevado su indefensión (págs. 10-13 del recurso de SACYR). En concreto, la recurrente critica que no se le haya permitido el acceso a determinada documentación o que tal acceso se haya permitido eliminando datos que, a su parecer, podrían resultar relevantes, pues, a su juicio, resultaba *“primordial poder acceder a la totalidad de la información de las ofertas, de los Informes Técnicos de*



Valoración y de toda la información auxiliar que sustenta las decisiones en este expediente de contratación".

Para la resolución de la cuestión hemos de partir una vez más del contenido del artículo 133 de la LCSP, sobre cuyo alcance ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en varias ocasiones. Así, en la Resolución nº 487/2020, de 2 de abril, indicábamos:

"ni el principio de confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente, que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificado por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad".

El Tribunal, por lo tanto, viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario. En este sentido, cabe recordar que, al ocuparse del alcance del artículo 133 de la LCSP, la jurisprudencia ha concretado el concepto de secretos técnicos o comerciales como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación.

Pues bien, en el presente caso, y en contra de lo alegado por la recurrente, se observa que el órgano de contratación ha motivado correctamente su decisión sobre confidencialidad, una vez efectuada la ponderación de intereses aludida, y que se refleja expresamente en la Resolución de Acceso al Expediente de 18 de enero de 2021 (doc. 25 del expediente administrativo) y en la Resolución de Acceso al Expediente de 18 de febrero de 2021 (doc. 26 del expediente administrativo). En contra de lo señalado por la recurrente, el órgano de contratación razona motivadamente las razones en virtud de las cuales no puede conceder



el acceso a determinados documentos, sin que la recurrente se esfuerce siquiera en rebatirlos, limitándose a insistir en un supuesto derecho a tener *“tenido acceso al Expediente de contratación en su plenitud”* (lo cual, según se ha dicho, no es un derecho amparado por la normativa en materia de contratación).

En definitiva, resulta acertada la justificación del órgano de contratación que, lejos de aceptar acríticamente las declaraciones de confidencialidad de las mercantiles licitadoras, como sugiere la recurrente, limitó el acceso a determinada información muy concreta e íntimamente vinculada con la experiencia y los conocimientos alcanzados por cada una de las mercantiles.

Noveno. Además, afirma también SACYR que el informe técnico de valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor en el que se apoya la decisión de la Mesa de Contratación incurre en *“arbitrariedad”* por cuanto comete un *“cúmulo de errores de valoración y de juicios arbitrarios”* (págs. 13-16 del recurso de SACYR). A tal fin, la recurrente destaca que el informe incurre en un *“error garrafal”* por asumir que las empresas *“salvo por las estimaciones de la CARGA DE TRABAJO, MEDIOS MATERIALES y CONSUMIBLES presentan la misma oferta a todos los lotes”*. En concreto, la recurrente acompaña, como documento número 4 (si bien el recurso indica erróneamente que se trata del documento número 3), recortes de las memorias técnicas presentadas que, a su juicio, evidencian notables diferencias que no habrían sido tomadas en consideración en tal informe técnico, insistiendo en que las *“veinte memorias técnicas no eran idénticas”*.

Lo cierto, sin embargo, es que tampoco en este punto asiste la razón a la recurrente. La prueba acompañada por la recurrente detecta algunas diferencias ciertamente menores y que en modo alguno desvirtúan la valoración efectuada por los técnicos. Dicha prueba, de hecho, incorpora recortes correspondientes a los *medios materiales* (pág. 1/6) y a los *consumibles previstos* (pág. 6/6), respecto no de los cuales ni siquiera se discute por la recurrente que fueran objeto de evaluación individualizada, con lo de poco pueden servir a su alegato. Además, la recurrente pone de manifiesto algunas supuestas diferencias en la *Propuesta de Protocolos de Actuación en situación de emergencia* (consistentes, básicamente, en alguna distinción en cuanto a los medios personales necesarios para la



ejecución de tal protocolo), pero no justifica que la inclusión de dichos datos puntuales debiera haberle merecido mejor puntuación.

Y en dicha línea, es obligado señalar que la valoración efectuada por los técnicos no responde a una comparación superficial de las proposiciones, sino que el propio expediente incorpora unos documentos específicamente referidos a comparar el contenido de unas y otras memorias (doc. 23 del expediente administrativo) de los que se infiere cómo, efectivamente, y salvo algún término puntual, las proposiciones son literalmente idénticas.

En definitiva, no se comparte que sea arbitraria la decisión de los técnicos de valorar conjuntamente aquellos bloques idénticos de las memorias presentadas, para realizar, en cambio, un análisis individualizado de las secciones de las mismas en las que sí se observan diferencias relevantes, con lo que debe decaer en este punto el recurso interpuesto por SACYR.

Décimo. A continuación, sostiene SACYR que el órgano de contratación ha incurrido en “*arbitrariedad*” al valorar las memorias técnicas, siendo varias las críticas que realiza a este respecto (págs. 16-27 del recurso de SACYR). En primer lugar, apunta la recurrente al incumplimiento de los pliegos, que imponían expresamente un tipo y tamaño de la fuente en la Memoria Técnica (pág. 21/74 del doc. 7 del expediente administrativo). A juicio de la recurrente, un total de once licitadores habría incluido letras de tamaño distinto, lo que, a su parecer, debería determinar la exclusión de tales proposiciones.

Pues bien, con ocasión de alegatos similares, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar que “*este tipo de prescripciones puramente formales de los Pliegos que no afectan para nada a la naturaleza y calidad de las ofertas presentadas deben interpretarse con cierta flexibilidad evitando que un insignificante incumplimiento de los mismos pueda derivar en la exclusión automática de ofertas que pueden ser plenamente aceptables en todos los demás aspectos*”, y limitando, por lo tanto, la exclusión de dichas ofertas a aquellos supuestos en que tenga lugar “*un incumplimiento flagrante de un Pliego que ha sido incondicionalmente aceptado*” (por todas, Resolución nº 1038/2016, de 16 de diciembre).

En el presente caso, es evidente que tal vulneración (de haberse producido) no sería en ningún caso “*flagrante*”, pues el uso de una letra menor aparece exclusivamente referido,



según admite la propia recurrente, a imágenes, tablas y cuadros que se incorporan como parte de la memoria, advirtiéndose también en su informe por el órgano de contratación que el aparente menor tamaño en algunos casos podría resultar de la conversión de formato del documento. No se observa, en definitiva, que deba ser excluida por tal motivo ninguna de las licitadoras a que apunta la recurrente.

En segundo término, critica la recurrente que el Informe Técnico de Valoración, al puntuar el criterio de adjudicación *Organización del Servicio*, divida la puntuación correspondiente en cuatro criterios diferenciados: detalle, personalización, justificación y suficiencia, lo que, a su juicio *“desvirtúa completamente el sentido de la valoración y lo lleva al absurdo”*. No se comparte, tampoco en este punto, el alegato de la recurrente, pues dichos subcriterios aparecen expresamente recogidos en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (pág. 52/74 del doc. 7 del expediente administrativo). No se antoja, en consecuencia, excesivo ni absurdo que el informe técnico de valoración, partiendo de los concretos parámetros recogidos en los pliegos, divida su puntuación atendiendo a cada uno de tales elementos.

Y de igual modo, deben rechazarse los alegatos vertidos por la recurrente con respecto al criterio de adjudicación *“Organización del Servicio”*. La recurrente procede a comparar prolijamente algunas de las puntuaciones asignadas a su Memoria, en lo que considera un trato injusto con relación al ofrecido a otros licitadores cuyas memorias merecieron, en algunos subapartados, mejor valoración. Lo cierto, sin embargo, es que los alegatos de la recurrente en este punto, aunque evidencian una obvia disconformidad con la valoración efectuada de su proposición, no rebaten ni cuestionan el dictamen técnico controvertido. Y huelga decir, en este sentido, que la labor de este Tribunal, en cuanto a la revisión de la valoración técnica, que es el asunto que aquí nos ocupa, sufre importantes limitaciones. Así, en la Resolución nº 939/2014, de 18 de diciembre, señalábamos que:

“este Tribunal ha manifestado reiteradamente las limitaciones relativas al análisis de cuestiones vinculadas a la discrecionalidad técnica que debe predicarse de los órganos de contratación cuando valoran cuestiones de esta índole, en las que no cabe entrar sino en tanto en cuanto esa valoración adolezca de una defectuosa



motivación o de una manifiesta infracción del ordenamiento (Cfr. entre otras, la reciente Resolución nº 905/2014, de 5 de diciembre)".

Y es que este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones (por todas, Resolución nº 1292/2019, de 11 de diciembre) sobre la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en la valoración de criterios eminentemente técnicos. Efectivamente, *“como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

En el presente caso, no se observa tal infracción del ordenamiento jurídico en la valoración efectuada por el órgano de contratación, según se ha explicado. El dictamen en cuestión (docs. 19-20 del expediente administrativo) aparece suscrito por tres empleados públicos, técnicos del Servicio de Coordinación y Planificación de Suministros y Servicios Generales, quienes, además, motivan suficientemente su decisión. En definitiva, no se observa que la valoración técnica efectuada, posteriormente asumida por el órgano de contratación, exceda de los límites de lo razonable o carezca de motivación suficiente, debiendo el recurso ser desestimado también en este punto.

Undécimo. Restaría por examinar, exclusivamente, un alegato por parte de SACYR. Afirma la mercantil que EULEN debió haber sido excluida del Lote núm. 9 por incluir *“información del Sobre 3 en el Sobre 2”* y, concretamente, por señalar en el apartado 1.5 de la Memoria Técnica *“la marca concreta de papel tisú ‘HOSTESS ROLLO NATURE KIMBERLY CLARK’*”, marca que ostenta la certificación *Blue Angel*. SACYR destaca, a este respecto, que los pliegos del contrato atribuyen un total de 4 puntos por el uso de



papel que disponga de tal certificación (pág. 50/74 del doc. 7 del expediente administrativo), pero que, tratándose de un criterio cuantificable mediante la aplicación de fórmulas, no debió haberse desvelado anticipadamente.

Efectivamente, y de manera análoga a lo dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP, el artículo 139.2 de la 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 artículo 157.4 de la LCSP señala que *“la apertura de la oferta económica se realizará en acto público”*.

Por su parte, y en relación con lo anterior, el artículo 146.2 de la 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 artículo 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 artículo 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”*.

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 artículo 26 del Real Decreto 817/2009, ya señalamos en nuestra Resolución nº 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 nº 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 también en este punto. Y es que no parece que la revelación de dicho dato deba acarrear la inadmisibilidad de la proposición presentada, como reclama la recurrente. Así, lo cierto es que EULEN no reveló como tal que disponía de la certificación requerida, sino que se limitó a consignar la marca de papel, sin indicar en la Memoria Técnica si ésta disponía o no de tal certificado.

Pero es que, además, el hecho de disponer de tal certificado no se antoja decisivo. Con la excepción de dos licitadores, todas las demás proposiciones valoradas por la Mesa de Contratación presentaban tal certificado (doc. 17 del expediente administrativo) y siendo la diferencia entre el primer y el segundo clasificado de dicho lote de más de doce puntos (pág. 12/20 del doc. 18 del expediente administrativo), resulta obvio que no nos hallamos ante un criterio determinante de la propuesta de adjudicación.

Duodécimo. Finalmente, SAMYL solicita la anulación del acuerdo de adjudicación por cuanto, según se ha avanzado, la recurrente entiende que aplicar un estudio teórico común para los veintitrés lotes infringe el artículo 145 de la LCSP. Y es que, a juicio de la recurrente, tal sistema no valora *“la mejor calidad-precio de la oferta presentada para cada lote, la cual ya se ha valorado de forma concreta respecto a los juicios de valor subjetivos, sino una suerte de porcentaje entre el genérico estudio teórico que ofrece una licitadora y las restantes que optan a cada lote, lo que puede dar lugar a criterios incongruentes”*.



El análisis de la cuestión debe partir, como no puede ser de otra forma, del tenor literal de los pliegos, que contempla tal *estudio teórico* en su Anexo I. En concreto, son 30 los puntos que se asignan a tal criterio para los Lotes 1 a 22 (pág. 47/74 del doc. 7 del expediente administrativo), definiéndose en el subapartado 1.2 como “*un estudio teórico que valora, sobre un supuesto práctico tasado, la capacidad de la empresa para evaluar la carga de trabajo necesaria para la realización de los trabajos exigidos en pliegos*” (pág. 48/74 del doc. 7 del expediente administrativo).

Resulta evidente, por lo tanto, que lo que la recurrente critica ahora no es otra cosa que el propio contenido de los pliegos a los que se aquietó a través de la presentación de la oferta. Y es que huelga decir que, con arreglo al artículo 139 la presentación de proposiciones “*supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones*” y que, en consecuencia, es reiteradísima la doctrina de este Tribunal que recuerda que la falta de impugnación en plazo de los pliegos obliga a los licitadores, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical (Resolución nº 1386/2019, de 2 de diciembre), lo que tampoco se ha justificado, en este caso, por la recurrente.

En dichas circunstancias es evidente que la recurrente no puede cuestionar ahora los pliegos que ha aceptado incondicionalmente a través de la presentación de su proposición, como han señalado el resto de licitadores y el órgano de contratación y que, en consecuencia, el recurso de SAMYL debe ser desestimado. En cualquier caso, y a mayor abundamiento, es obligado añadir que, de ser admisible la revisión de los pliegos en esta fase, tampoco se compartirían los alegatos de SAMYL: el criterio en cuestión se antoja formulado de forma objetiva y, en contra de lo alegado por SAMYL, aparece vinculado al objeto del contrato.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D. I.L.D.A.M., en representación de SACYR FACILITIES, S.A.; D. V.J.P.S., en representación de EULEN, S.A.; y por D. P.D.M.O., en representación de SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L.; contra la adjudicación de la licitación convocada por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana para contratar el “*Servicio de limpieza, servicios complementarios, suministro de consumibles y accesorios y su auditoría*”, expediente 10/2020.bis.

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 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.