



Recurso nº 1865/2021 C.A. Cantabria 64/2021

Resolución nº 82/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 20 de enero de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.A.B., en nombre y representación de PROSEÑAL, S.L.U., contra la resolución de exclusión de dicha entidad del procedimiento de contratación tramitado por la Comunidad Autónoma de Cantabria-Consejería de Obras Públicas, Ordenación del Territorio y Urbanismo y que tiene por objeto la obra de *“Repintado de marcas viales en diversas carreteras autonómicas dependientes de la Consejería de Obras Públicas, Ordenación del Territorio y Urbanismo. Zonas Centro, Occidental, Oriental y Sur”*, Expte. 4.1.88/21, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Consta en el expediente resolución aprobatoria del expediente de contratación de la Consejería de Obras Públicas, Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 21 de julio de 2021.

El valor estimado del contrato es de 4.619.673,36 euros.

Segundo. Del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) es preciso resaltar las siguientes partes de su clausulado:

La letra N) del Cuadro de características específicas del contrato (concretamente, en la página nº 15), al referirse al sobre “B”, en cuanto indica textualmente que:

“[...] se excluirá del procedimiento a aquellos licitadores que incluyan documentación correspondiente a fases posteriores en la fase precedente, debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases tal como se determina en la Ley 09/2017 de 08 de noviembre de Contratos del Sector Público”.



Posteriormente, la misma letra, al describir el contenido del Sobre “C” dispone lo siguiente:

“Sobre (C) que deberá contener los criterios evaluables mediante la exclusiva aplicación de fórmulas matemáticas (> 50%) 73%:

Deberá contener la documentación correspondiente a los criterios que exclusivamente se determinarán mediante la aplicación de fórmulas matemáticas.

Debe incluirse en el sobre “C” la siguiente documentación (0-73 puntos): (...)

f.) Sistemas de Gestión de los que dispone el licitador para mejorar la calidad de la ejecución del contrato; ISO 9.001, ISO 14.001, ISO 45.001 e ISO 50.001 (0-8 puntos). Solamente serán valorables los sistemas de gestión indicados en este apartado, los cuales están directamente relacionados con la mejora de la calidad final de la ejecución del contrato, esto es, con la garantía de una correcta trazabilidad en la ejecución de los trabajos de pintura avalándose ésta mediante el sello de calidad solicitado, el cual es acreditado y certificado por un ente homologado independiente, igual que el relativo a la gestión medioambiental de todos los productos de pintura empleados en la ejecución de las obras, y la correcta gestión de los desechos y sobrantes empleados en la ejecución del contrato.

El correcto control de la trazabilidad de los procesos de seguridad y salud de la empresa adjudicataria del contrato, redundará, sin duda, en el resultado final de las obras, de la salud de los trabajadores y de la calidad final de estas, ya que todos los procesos relacionados con la ley de prevención de riesgos laborales se encontrarán normalizados y protocolizados durante el proceso de producción de los trabajos.”

Finalmente, en la letra O) del citado Cuadro de características se contienen los criterios de adjudicación al respecto de los cuales prevé –en lo que aquí interesa– que:

“CRITERIO 2.e.): Sistemas de GESTIÓN de los que dispone el licitador para mejorar la calidad de la ejecución del contrato (ISO 9.001, ISO 14.001, ISO 45.001 e ISO 50.001). (Hasta 8 puntos).

Solamente son valorables los sistemas indicados entre paréntesis en este criterio 2.e.



Se valorará este criterio de acuerdo a los sistemas de calidad indicados en este apartado, cuantificable por la mera aplicación de fórmulas matemáticas. Se valorará con dos (2) puntos al licitador que acredite un sistema de mejora de la calidad de la ejecución del contrato, y con ocho (8) puntos el que tenga los cuatro indicados en este apartado, cuantificable mediante la mera aplicación de la fórmula matemática que se detalla a continuación; ...”.

Tercero. El 23 de julio de 2021 fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato.

Cuarto. En sesión celebrada el día 11 de noviembre de 2021, la Mesa de contratación (en el “acta de valoración de criterios juicio de valor y apertura de criterios objetivos”), ha acordado excluir a la empresa PROSEÑAL, S.L.U, del procedimiento de licitación, de conformidad con lo establecido en la letra N) del Cuadro de características específicas del contrato, al haber incluido en el sobre B “criterios dependientes de juicio de valor”, datos cuya valoración procede en la siguiente fase de la licitación al tratarse de criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas.

En la documentación aportada por el licitador en dicho sobre, en la totalidad de las páginas de su oferta, y en particular en las páginas 64, 65, 67 y 68, de cada uno de los cuatro (4) lotes, que “*dispone de un Sistema de Gestión de Calidad ISO 9001:2015, Certificados de seguridad y salud conforme OHSAS 18001:2007, Certificado de Conformidad CE conforma a la Norma Europea UNE EN 12899-1:2007 y para fabricación de señales, Certificado de Gestión Medioambiental ISO 14001:2015*”.

Quinto. En fecha 2 de diciembre de 2021, a las 12:55 horas, se le notifica el acta de exclusión al correo electrónico de la empresa PROSEÑAL, S.L.U, desde la Plataforma de Contratación del Sector Público, según información obrante en el expediente.

Sexto. Frente a la resolución anterior, el 10 de diciembre de 2021, se interpone el presente recurso especial. En fecha 14 de diciembre de 2021, por parte de la Jefa del Servicio de Contratación y Compras de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia, Interior, Justicia y Acción Exterior del Gobierno de Cantabria, se da traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto por la empresa PROSEÑAL, S.L.U., para su conocimiento y efectos.



Séptimo. Con fecha de 16 de diciembre de 2021 se emite informe técnico sobre el motivo de exclusión de la licitación de referencia por parte del Ingeniero Coordinador de Conservación y Explotación de la Dirección General de Obras Públicas.

Octavo. El 20 de diciembre se subsana el recurso ante el presente Tribunal y en esa misma fecha se da traslado a los demás licitadores para que formulen alegaciones, sin que conste que hayan sido presentadas.

Noveno. Conforme a lo dispuesto en el artículo 56.3 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), se acuerda por la Secretaria General del Tribunal –por delegación de éste– suspender cautelarmente la tramitación del procedimiento el día 05 de enero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que, de darse los demás requisitos de procedibilidad, es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. Se recurre el acto de trámite consistente en la exclusión del recurrente de un contrato de obras con un valor estimado superior a 3.000.000,00 euros lo que permite la interposición de este recurso especial al amparo de lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP. En efecto, aquel precepto establece:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros...*



2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

En consecuencia, se trata de un acto recurrible.

Tercero. Establece el artículo 48 de la LCSP que: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.*

En el presente caso, la parte actora es uno de los licitadores excluidos del procedimiento de licitación, por lo que dispone de legitimación al ser interesada en la revocación del acuerdo impugnado conforme al precepto recién transcrito.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal de 15 días del artículo 50.1.c) de la LCSP.

Quinto. Entrando ya en el fondo del asunto, en el recurso se viene a afirmar lo siguiente:

“Que no estamos en absoluto de acuerdo con la desclasificación de nuestra oferta, debido a que lo impreso en la parte inferior de cada hoja en letra pequeña no significa que aportamos estos certificados, ni que les demos ninguna clase de autenticidad ya que no están firmados ni refrendados por ninguna persona de la empresa, más bien se entiende como una información de carácter general, la cual en el sobre procedente se aporta toda la información al respecto debidamente firmada, que es lo que hay que valorar y puntuar.



PROSEÑAL, S.L.U. desde hace 20 años en la parte inferior de los papeles de la empresa siempre ha puesto datos generales respecto a la calidad de los productos, y hasta el día de hoy no habíamos tenido ningún problema con ello, en las hojas también ponemos igualmente en letra pequeña el capital social, la dirección, antigüedad de la empresa y demás datos que creemos pueden ser de interés general”.

Es decir, la parte actora no discute –y del cotejo del expediente administrativo se comprueba que en su oferta– el extremo de que ésta ha sido confeccionada de modo íntegro en un modelo de archivo de texto que, además del membrete de la empresa, incluye otra información a pie de página entre la que se encuentra la referencia a varios certificados de calidad de que dispone, cuando conforme al sobre C son valorables cuatro certificados ISO, a razón de dos puntos cada uno (ISO 9.001, ISO 14.001, ISO 45.001 e ISO 50.001), y la recurrente –en el sobre B, al igual que en el resto de su proposición cabe insistir– hace constante alusión a que cuenta con los dos primeros en los términos ya descritos, lo que podría entrañar una eventual vulneración del secreto de la oferta, al haber podido anticipar en este Sobre aspectos que –únicamente– debían recogerse en aquél.

A este respecto, debe traerse a colación la Resolución 766/2019, de 11 de julio, de este Tribunal, en la que viene a extractarse su doctrina acerca de la revelación de parte de la oferta con anterioridad a la apertura de los sobres o archivos en los que se contienen las proposiciones relativas a los criterios evaluables automáticamente. Así, en la misma se afirma que: “[...] en nuestra Resolución nº 691/2017, con cita de la Resolución 890/2014, de 5 de diciembre, resumimos nuestra doctrina, la cual debe mantenerse bajo la vigencia de la LCSP, a cuyos preceptos haremos aquí referencia siguiendo las consideraciones reflejadas en dicha previa Resolución. Así, y como entonces señalábamos, hemos de partir de que el suministro de información por parte de un contratista en la licitación, sea ya por su inclusión en un sobre improcedente, sea ya por la evacuación de cualquier otro trámite del procedimiento, que anticipe el conocimiento de la información incluida bien en el sobre correspondiente a la oferta relativa a los criterios dependientes de un juicio de valor, bien al que contiene dicha oferta, en lo atinente a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula, vulnera expresamente los preceptos de la vigente Ley de Contratos del Sector Público y los principios que rigen la contratación administrativa. Así, el artículo 1 de la LCSP establece, entre sus fines, el garantizar el principio de “no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores”. En el mismo sentido, el artículo 132 de la citada Ley señala que “los órganos de contratación



darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio". El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros). Asimismo, el artículo 139 de la LCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, señala 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. (...) Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la apertura de las proposiciones, (...)". Establece el artículo 157 para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones, que: "1. La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición. Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario. 2. Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas». Ello significa que las proposiciones de los interesados, conteniendo tanto las características técnicas como económicas, además de cumplir las exigencias del PCAP, deben mantenerse secretas hasta el momento en que, de conformidad con el PCAP, deban ser abiertas, debiendo presentarse en sobres o archivos independientes la documentación a que se refiere el artículo 140 de la LCSP, de la que contiene la oferta. Finalmente, el artículo 146.2 de la LCSP, al regular la aplicación de los



criterios de adjudicación, dispone que: “En todo caso, 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”. También señalamos en nuestra Resolución 191/2011 que “la norma cuando se refiere a ‘documentación’ no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene (escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo, en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, RAE, 22 edición) pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores”. Igualmente señalamos en la referida Resolución 191/2011 que la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, “es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre 2º resulta ratificada en el sobre 3º, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión– por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aún, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada”. Esto no obstante la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, “siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal” (Resolución 233/2011). En efecto, los Tribunales de justicia 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”. En esta misma línea de razonamiento, en nuestra Resolución nº 1063/2017, citando lo resuelto en la antes citada sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señalábamos que el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se establece para evitar que el conocimiento de la oferta económica pueda incluir influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Por ello lo relevante no es el error en la documentación, sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores. Todo ello exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas”.



Bajo tales parámetros interpretativos, en el supuesto aquí analizado, se comprueba que la posible revelación de parte de la oferta, no es tal, al figurar dentro de la publicidad de la empresa.

Este Tribunal considera que la oferta es un acto singular y ajustado a los parámetros de la licitación que se presenta y que, como tal, se firma y asume por los representantes de la licitadora. Con ello, la información estandarizada, logotipos, nombre comercial que figuren en el papel utilizado por el licitador ni forman parte de la oferta ni, lo que es más importante, pueden prevalecer frente a ésta o frente a la documentación aportada a la licitación.

Sostener lo contrario, conllevaría, por ejemplo y llevado al extremo, hacer prevalecer la denominación o el capital social que figuren con carácter estereotipado frente a la documentación presentada en la licitación.

A mayor abundamiento, supondría considerar que la información obrante en la oferta presentada en el Sobre 2 prevalece e incluso subsana la que ha de aportarse en el Sobre 3. Es decir, que ello –en el presente caso– conduciría a entender que la información en cuestión, los certificados, por su mera mención en el pie del folio utilizado para presentar la oferta y dentro de la documentación comercial de la compañía que la misma ya se encuentra aportada y ni necesita ni puede ser mejorada con la aportación de los correspondientes certificados en el Sobre 3.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.A.B., en nombre y representación de PROSEÑAL, S.L.U., contra la resolución de exclusión de dicha entidad del procedimiento de contratación tramitado por la Consejería de Obras Públicas, Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y que tiene por objeto la obra de *“Repintado de marcas viales en diversas carreteras autonómicas dependientes de la Consejería de Obras Públicas, Ordenación del Territorio y Urbanismo. Zonas Centro,*



Occidental, Oriental y Sur”, retrotrayendo el expediente –con la readmisión de la recurrente– al momento de la valoración de los Sobres B.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 Cantabria en el plazo de 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.