



Recurso nº 1223/2023 C. Valenciana 278/2023

Resolución nº1369/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 20 de octubre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.A.C., en representación de GRUPO TODMIR GESTIÓN, S.L., contra la resolución, de 8 de agosto de 2023, del Gerente del Departamento de Salud de Torrevieja, por la que se excluye a la recurrente y en la que, también, se adjudica la licitación convocada por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana, para contratar el *“servicio de transporte, mensajería, correspondencia y distribución para el Departamento de Salud de Torrevieja”* (Expediente PA 208/2023), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 5 de abril de 2023, a las 12:42 horas, en el perfil del contratante, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), y el 7 de abril, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), se publica el anuncio de la licitación del contrato de *“servicio de transporte, mensajería, correspondencia y distribución para el Departamento de Salud de Torrevieja”*, expediente PA 208/2023, licitado por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana.

El contrato, calificado como de servicios, clasificación CPV 60100000, servicios de transporte por carretera, 60160000, transporte de correspondencia por carretera, 60161000, servicios de transporte de paquetes, 64120000, servicios de correo rápido, 64121200, servicios de distribución de paquetes, y 64122000, servicios de correo interno, tiene un valor estimado de 628.551,27 euros, licitándose por procedimiento abierto,

tramitación ordinaria, y con presentación de ofertas electrónica. El contrato está sujeto a regulación armonizada.

En el Anexo I, cuadro de características, del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares (PCAP), que es un pliego modelo tipo, por lo que aquí importa, se señala lo siguiente:

“APARTADO D

Nº DE SOBRES O ARCHIVOS ELECTRÓNICOS A PRESENTAR POR LOS LICITADORES:

(...) Sobre o Archivo Electrónico nº 2: documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables mediante un juicio de valor: documentación correspondiente a la Oferta Técnica (memoria descriptiva con los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor y justificativa del cumplimiento del PPT) y Cláusula de Confidencialidad (esta última sólo si procede).

(...) Sobre o Archivo Electrónico nº 3: Proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas o aritméticas.

En este sobre se incluirá la oferta económica que deberá ser redactada según modelo Anexo VIII del presente pliego, y conllevará la aceptación incondicional de las cláusulas del presente pliego.

Aquellas ofertas cuyo precio supere el indicado en el Presupuesto Base de Licitación serán excluidas.

Deberá formularse la oferta económica para cada uno de los servicios ordinarios, por el importe de las dos anualidades del contrato, expresando cantidad con IVA y sin IVA. Para los servicios a demanda, se deberá aportar oferta por los dos ítems en que se divide, esto es, precio kilómetro y precio parada, así como el precio de las dos anualidades del contrato,

tomando como referencia de paradas y kilómetros los indicados en este anexo. La oferta económica deberá presentarse como archivo/documento “3.2”.

La oferta económica, en ningún caso, podrá tener carácter de confidencial.

En este sobre se incluirá en un documento independiente (como archivo/documento “3.1”) también toda la documentación técnica relativa a criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas o aritméticas, y que se señalan en el apartado LL de este Anexo. Esta documentación deberá presentarse de manera independiente a la oferta económica, de forma que permita acceder a su contenido sin necesidad de abrir el contenido de la oferta económica.

Presentar en un mismo documento oferta económica y el resto de criterios cuantificables mediante criterios automáticos será motivo de exclusión directa del licitador

(...) APARTADO LL

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

(...) 2. Criterios de Valoración ponderables mediante un Juicio de Valor: incluir en sobre 2.

Orden 2: PLAN DE TRABAJO (Hasta un máximo de 40 puntos): Mediante juicio de valor, se asignará hasta un máximo de 40 puntos. El licitador realizará una Memoria técnica con el Plan de trabajo en la que exponga la organización del servicio en relación a las prescripciones mínimas del Pliego de Prescripciones Técnicas de este expediente, donde se especificará el programa de trabajo (de obligado cumplimiento); detalle de la rutas y tiempos estimados, controles, resolución de incidencias e imprevistos, tiempos de respuesta, atención al cliente y horario de la misma, y demás aspectos necesarios para la prestación del servicio; así como, los medios materiales (carretillas, envases, número de neveras con homologación CE, etc.) y humanos adscritos a la prestación del servicio. Las ofertas se calificarán y puntuarán según los siguientes criterios:

EXCELENTE: 40 PUNTOS

MUY BUENA: DE 25 a 39 PUNTOS

BUENA: DE 10 a 24 PUNTOS

REGULAR: DE 0 a 9 PUNTOS

3. 3. Criterios cualitativos cuantificables de carácter automático: incluir en sobre 3, en un sobre independiente al que recoja la oferta económica (Si se incluye la oferta de “mejora” conforme a los parámetros establecidos a continuación en el mismo sobre que la oferta económica el licitador será excluido directamente del concurso sin que su oferta sea valorada)

Orden 3: MEJORAS, (Hasta un máximo de 5 puntos), con el siguiente desglose:

3.1. - Bolsa de kilómetros: mejoras en alcance de la misma (Hasta un máximo de 5 puntos).

Para el cálculo de los servicios a demanda, se ha estimado de manera aproximada la cantidad de 120.000 kilómetros anuales (240.000 kms las dos anualidades). Se valorará la oferta que ponga a disposición de la Administración, a coste cero, una bolsa de kilómetros para la realización de estos servicios.

- De 240.001 a 240.899 kms: 1 puntos*
- De 240.900 a 241.799 kms: 2 puntos*
- De 241.800 a 242.699 kms: 3 puntos*
- De 242.700 a 243.599 kms: 4 puntos*
- De 243.600 a 244.499 kms: 5 puntos”*

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en lo sucesivo, PPT) señala lo siguiente.

“2.2.5. Servicios urgentes.

(...) Para el cálculo de los servicios a demanda, se ha estimado de manera aproximada la cantidad de 120.000 kilómetros anuales (240.000 km. a lo largo de las dos anualidades). Se valorará la oferta que ponga a disposición de la Administración, a coste cero, una bolsa de kilómetros para la realización de estos servicios.

La empresa deberá identificar convenientemente los “Servicios a demanda” en un documento específico diferenciado y distinto de aquel donde se describan los servicios calificados como ordinarios”.

Segundo. Llegado el termino de presentación de ofertas, entre los licitadores se encuentra GRUPO TODMIR GESTIÓN, S.L.

El 25 de mayo de 2023, la mesa de contratación procede al examen de la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia, siendo admitidos todos los licitadores.

El 31 de mayo de 2023, se procede a la apertura de los archivos de la parte de las ofertas evaluables mediante criterios sujetos a juicio de valor, dando traslado a los servicios técnicos para la elaboración del correspondiente informe de valoración.

El informe de valoración se emite el 8 de junio de 2023, y el 12 de junio de 2023, es examinado por la mesa que lo hace suyo.

Se asignan las siguientes valoraciones.

GRUPO TODMIR GESTIÓN, S.L, 36 puntos.

KHAVAEVA REYES S.L.U., 32 puntos.

LOGISLAND S.A., 30 puntos.

KANBANLOG, S.L., 24 puntos.

ANDANZA EMPLEA S.L., 9 puntos.

MARQUEZ MATIC, S.L., 7 puntos.

A continuación, se procede a la apertura de la parte de las ofertas relativa a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula, asignando la siguiente puntuación, que es remitido a los servicios técnicos para informe de valoración.

En el informe técnico, de 15 de junio de 2023, se hace constar lo siguiente respecto de la oferta de GRUPO TODMIR GESTIÓN, S.L.;

“La licitadora presenta documento denominado “3.1. Sobre 3 Criterios_Automaticos signed”, donde se establece que la información relativa a este criterio de valoración se encuentra en “Oferta técnica - Plan de trabajo – pág, 22 y 23”.

Si acudimos al documento con esa denominación de la oferta técnica presentada por el licitador, nos encontramos en la página 22 con una referencia en la que se establece que la bolsa de kilómetros que ofrece es de “122.249,50 km. Anuales (244.499 km las dos anualidades)”.

El 20 de junio de 2023, en el acta de la mesa de contratación consta lo siguiente:

“El técnico designado por la mesa de contratación para la valoración de las ofertas técnicas, con motivo del análisis y valoración de la oferta técnica presentada por los licitadores en el sobre N°3, en relación con la “Mejora/Bolsa de Kilómetros” que proponen en sus ofertas, detecta que la licitadora “GRUPO TODMIR” hace referencia en la documentación presentada en el sobre N°2 a la parte de su oferta técnica sometida a criterios de valoración mediante la aplicación de fórmulas matemáticas o aritméticas, tal y como se hace constar en el informe técnico, y que según se establece en los pliegos deben incorporarse en el sobre N°3.

La mesa acuerda por unanimidad la EXCLUSIÓN de la licitadora GRUPO TODMIR GESTIÓN, S.L, con CIF nº B30574743, por haber incurrido en un incumplimiento del PCAP, con motivo de la presentación en el sobre N°2, de documentación que debería haberse incluido en el sobre N°3 (concretamente la documentación/información relativa a la “Bolsa de Kilómetros”, que conforme a lo previsto en el Apartado LL del Anexo I al PCAP, es objeto de valoración mediante criterios de valoración automática y debió incluirse en el sobre 3)”.

La exclusión no es notificada independientemente.

El 8 de agosto de 2023, se acuerda por el órgano de contratación la adjudicación, con expresión de la exclusión referida, con pie de recurso ante este Tribunal, acto que se notifica en debida forma y se publica en la PCSP el mismo día.

Tercero. El 25 de agosto de 2023, a las 12:43 horas, se presenta en el Registro Electrónico General de la Administración General del Estado, recurso especial en materia de contratación por GRUPO TODMIR GESTIÓN S.L., contra la resolución de exclusión, con el siguiente *petitum* que proceda “a anularla acordando; - 1º la retroacción del procedimiento al momento anterior a valoración mediante Criterios de Valoración ponderables mediante un Juicio de Valor, a efectos de que se valore la oferta presentada por mi representada conforme al motivo primero del presente recurso. - 2º de manera subsidiaria, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a valoración mediante Criterios de Valoración ponderables mediante un Juicio de Valor, a efectos de que se requiera al recurrente la aclaración de su oferta subsanándola en los términos establecidos en el motivo segundo del presente recurso. - 3º de manera subsidiaria, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a valoración mediante Criterios de Valoración automática, a efectos de que se valore la oferta de mi representada excluyendo la bolsa de kilometraje, conforme al motivo tercero del presente recurso. - 4º de manera subsidiaria, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior Resolución de Adjudicación y Reajuste de Anualidades, a efectos de que se motiven y concreten los documentos o información incluida incorrectamente en el sobre 2, así como para que se motiven los fundamentos de derecho que impiden su subsanación y conllevan la exclusión de la oferta, conforme al motivo cuarto del presente recurso”.

Asimismo, se solicita la suspensión del procedimiento.

Cuarto. En la tramitación del recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y por el Real Decreto 814/2015,

de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Quinto. El ente contratante remite a este Tribunal, el 29 de agosto de 2023, el expediente de contratación y su informe.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, el 30 de agosto de 2023, da traslado del escrito de recurso interpuesto a los demás licitador, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo hecho uso de tal derecho LOGISLAND S.A., mediante escrito de alegaciones presentado el 4 de septiembre a las 09:23 horas, interesando la desestimación del recurso.

Séptimo. El 6 de septiembre de 2023, la Secretaria acuerda, por delegación del Tribunal, mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal que, de concurrir los demás requisitos de procedibilidad, es competente para inadmitirlo o resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.4 de la LCSP, y 22.1.1º del RPERMC, y la cláusula tercera del Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 25 de mayo de 2021, y publicado en el BOE de 2 de junio de 2021, al ser el contratante una entidad local de dicha Comunidad Autónoma.

Segundo. En cuanto a la legitimación, el artículo 48, primer párrafo, de la LCSP señala lo siguiente.

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Como hemos reiterado innumerables veces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta que el interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

La recurrente ha sido licitadora el procedimiento en que se ha dictado el acto impugnado, habiendo sido excluida, por lo que de triunfar su impugnación pudiera ser adjudicataria, por lo que tiene interés legítimo y, por tanto, legitimación.

Tercero. La recurrente impugna la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los cien mil euros.

El contrato al que se refiere la impugnación es susceptible recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44.1.a) de la LCSP, y el acto impugnado, aunque se inserta en el mismo acuerdo de adjudicación, es la exclusión, a la que se dedica en su integridad el recurso, siendo dicho acto expresamente recurrible conforme a lo señalado en el apartado 2, letra b), del referido artículo 44 de la LCSP.

Cuarto. La resolución ahora impugnada de 8 de agosto de 2023, que incluía la exclusión del licitador, fue notificada a la recurrente el mismo día, en legal forma, a través de la PCSP, publicándose simultáneamente en dicha Plataforma el citado día 8 de agosto. El recurso se interpuso en debida forma el 25 de agosto de 2023.

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma conforme a los artículos 50.1.d) y 51, y la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, así como los artículos 30 y 31 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP).

Quinto. En cuanto a la recurrente, sus alegaciones se dirigen contra su exclusión con los siguientes argumentos.

Comienza afirmando que el acto recurrido, excluye su oferta, por incluir en el sobre 2 información relativa a la *“bolsa de kilómetros”*. No obstante, dicha información consiste en meras menciones incluidas en el plan de trabajo, las cuales pueden ser incluidas, en virtud del Anexo I del PCAP que postula expresamente que en el plan de trabajo han de exponerse las prescripciones mínimas del PPT, y en estas prescripciones mínimas del PPT se encuentran recogidas expresamente las menciones relativas a la *“bolsa de kilómetros”*.

Así pues, si se atiende a las prescripciones mínimas del PPT, nos encontramos que en la prescripción 2.2.5 *“servicios urgentes”*, se hace mención expresa a la bolsa de kilómetros, valorando la oferta que la ponga a disposición de la Administración a coste cero.

Las menciones que se hacen a la *“bolsa de kilómetros”* en la Memoria técnica con el Plan de trabajo ofertados, a incluir en el sobre 2, están, en opinión de la recurrente, expresamente previstas para ser incluidas en el sobre 2 en el PPT, y son las que exige dicho PPT en su prescripción 2.2.5 de servicios urgentes. Máxime cuando las menciones a la *“bolsa de kilómetros”* han sido realizadas en los mismos puntos que menciona el kilometraje el PPT.

Así, se señala en la mención a la bolsa de kilómetros realizada en la memoria técnica con el plan de trabajo ofertados en su prescripción 2.2.5: *“según refleja el pliego de la licitación, se ha estimado unos 120.000 km anuales (10.000 al mes y 240.000 en vigencia del contrato) pero nosotros pondremos a disposición del Departamento de Salud de Torrevieja una bolsa de kms que reflejaremos en la parte económica de esta oferta”*.

En su caso, afirma la recurrente, existiría una contradicción entre el PCAP (que prohibiría incluir datos del sobre 3 en el 2) y el PPT (que valora expresamente en el sobre 2 datos que deberían incluidos en el sobre 3). En este supuesto, siguiendo el principio de especialidad administrativa, esta parte ha realizado las menciones a la bolsa de kilómetros dentro de su memoria técnica correctamente, ya que, entre dos normas que regulan una misma situación de hecho se ha decantado preferentemente por la que tiene una relación más directa, es decir, dentro del sobre 2, es decir, seguir las instrucciones del PPT.

En segundo lugar, señala que el PCAP no menciona expresamente qué datos concretos quedan reservados al sobre 3, mientras que el PPT, valora expresamente en el sobre 2 la puesta a disposición de una bolsa de kilómetros a coste cero. Por lo que, en el caso de estar incorrectamente realizadas las menciones a la bolsa de kilómetros en el sobre 2, sería un error subsanable.

En caso de existir error en la memoria técnica aportada (por hacer mención a la bolsa de kilómetros), la pretendida subsanación no supone una alteración de la oferta, pues se limitaría a suprimir menciones de la memoria técnica del sobre 2, manteniendo invariables los declarados correctamente en el sobre 3, por lo que la oferta sería la misma con subsanación que sin ella, sin que sufriese variación alguna, y dicha subsanación formal tendría fácil remedio sin vulnerar el principio de igualdad de trato.

También señala que su oferta debió ser valorada sin el criterio de bolsa de kilómetros, y no ser excluida de manera directa sin posibilidad de subsanación, y en consecuencia procedería la valoración de su oferta sin los 5 puntos atribuibles por bolsa de kilómetros.

Por último, afirma falta de motivación del acto recurrido.

Contra los argumentos de la recurrente se alza el órgano de contratación con los siguientes argumentos.

En cuanto a la primera alegación de la recurrente, que califica su oferta como válida por considerar que la presentación de la documentación e información relativa a la bolsa de kilómetros que, conforme a lo establecido en los apartados D y LL del Anexo I al PCAP, debía ser incluida en el sobre 3, podía ser incluida en el sobre 2, entiende que se basa en una interpretación muy particular del contenido del PPT, concretamente por entender que esa información, en base a lo establecido en las páginas 14 y 15 del PPT, debería ser incluida en el plan de trabajo. Para aclarar este punto, solo basta, dice el órgano de contratación, con acudir a la dicción literal de los pliegos del expediente, ya que en el apartado D del Anexo I al PCAP se establecen cuáles son los documentos que deben incluirse en cada uno de los sobres, y a lo dispuesto en el apartado LL del citado Anexo I,



que dejan claro sin lugar a dudas que la información relativa a la bolsa de kilómetros debe ser incluida en el sobre 3, y no en el sobre 2 como pretende la recurrente.

Además de lo anterior, con los documentos que presenta la recurrente junto a su recurso, no facilita la documentación que ha presentado en cada uno de los sobres, sino únicamente un extracto parcial en el que oculta la información relativa a la bolsa de kilómetros que ha incluido en cada uno de los sobres. Dicha información, que no ha mostrado y que sí figura en el expediente remitido al Tribunal es la siguiente:

En el sobre 2, concretamente en las páginas 23 y 24 del documento denominado “Sobre 2 Oferta Técnica. Plan de trabajo. firmado.pdf”, establece lo siguiente:

“BOLSA DE KILÓMETROS.

El dato de kilómetros añadidos a la bolsa de kilometraje ha sido de 122.249,50 km anuales (244.499 km las dos anualidades). Esta bolsa se dota ante la necesidad manifestada por los departamentos de que ante determinadas episodios epidémicos (SAR CoV2, gripes...) o por otros fenómenos imprevistos, se pueda tener repuntes de actividad que hay que tener en cuenta.

De esta forma, activaremos otros recursos diferentes a la flota final contratada para satisfacer las necesidades adicionales del servicio en momentos puntuales.

Los datos utilizados para la determinación de la bolsa de kilometraje han sido obtenidos en base a datos del año 2021. Ya que estos datos han sido superiores a la máxima mejora establecida por los criterios técnicos de valoración objetivos, se ha determinado que se puede establecer una bolsa de kilometraje de 122.249,50 kms anuales contando con los vehículos y transportistas de la flota obligatoria básica, más la flota de reserva que se aporta como mejora”.

Además, en el sobre 3 de su propuesta, la recurrente no incluye la información relativa a la bolsa de kilómetros, sino que se limita a referir que ya la facilitó con la documentación incluida en el sobre 2. Concretamente hace referencia a ello en el documento “3.1 Sobre 3 Criterios_Automáticos signed.pdf” las páginas 23 y 24 del documento denominado “Sobre

2 Oferta Técnica. Plan de trabajo. firmado.pdf”, establece respecto de la bolsa de kilómetros “Oferta técnica-Plan de trabajo-pág. 22 y 23”.

El objeto de recurso es por tanto si el hecho de adelantar en el sobre 2, información que debería incluirse en el sobre 3, relativa a criterios de valoración automática, debe conllevar la exclusión de la licitadora o no. En este sentido, hace referencia a la doctrina consolidada de este Tribunal, que considera conforme a derecho la exclusión de la oferta de una licitadora cuando ésta incluye en el sobre relativo a criterios de valoración sometidos a juicio de valor, información relativa a criterios de valoración sometido a fórmula, que debieron ser incluidos en otro sobre.

Por último, la adjudicataria en sus alegaciones señala que la introducción de cualquier dato en referencia a la bolsa de kilómetros no introducido en el sobre a tal efecto, podría influir en la posterior valoración de la mesa de contratación, ya que podría dar una referencia sobre lo que pueda contener la documentación relativa a criterios de adjudicación mediante criterios automáticos, lo que podría provocar ventaja sobre cualquier otro licitador y señala lo dispuestos en los apartados D y LL del Anexo I, y concluye que la forma de actuar que propone la recurrente le crearía una indefensión, puesto se conoce previamente los datos económicos de las ofertas.

Sexto. Expuestos los argumentos de los intervinientes en el proceso examinaremos las alegaciones formuladas por la recurrente.

Para ello hemos de partir de nuestra doctrina sobre la anticipación de oferta a través de la introducción en sobres o archivos anteriores de datos correspondientes a sobres o archivos posteriores.

Resumiendo nuestra doctrina (por todas resoluciones Resolución 191/2011, 233/2011, 890/2014, 729/2016, 691/2017, 1063/2017, 458/2022 y 892/2022, entre otras muchas) 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, 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, puede vulnerar los preceptos de la LCSP y los principios que rigen la contratación administrativa.

Así, el artículo 1.1 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 132.1 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, Sala Quinta, de 25 de abril de 1996, asunto C-87/94, Comisión versus Bélgica, ECLI:EU:C:1996:161). 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 sólo 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, Sala Sexta, de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, Universidad versus Bau, ECLI:EU:C:2002:746, y otros).

Asimismo, el artículo 139.1 y 2 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 apertura de las proposiciones (...)”*.

Por ello establece el artículo 157.1 y 2 de la LCSP, para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones, lo que sigue.

“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 independientes la documentación a que se refiere el artículo 14 de la LCSP, de la que contiene la oferta.

En fin, el artículo 146.2 prescribe expresamente 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”* y que *“la citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas”.*

De otra parte, los artículos 26 y 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante RD 817/2009) disponen:

“Artículo 26. Presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor.

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.

Artículo 27. Apertura de los sobres.

1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.

2. En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado”.

Hemos señalado que la normas cuando se refieren 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 Legua Española, RAE, 22ª 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 que la prohibición del artículo 26 del RD 817/2009, es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en

el sobre que contiene la proposición en lo atinente a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor, resulta ratificada en el sobre que contiene la oferta en lo valorable por criterios automáticos o por fórmula, 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 información suministrada en un sobre distinto al que expresamente se señala en los pliegos genera automáticamente la exclusión de la proposición.

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, Sala Tercera, Sección cuarta, de 20 de noviembre de 2009, número de recurso 520/2007, (ROJ: STS 7308/2009 -ECLI:ES:TS:2009:7308) 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, Sala de lo Contencioso, Sección sexta, de 6 de noviembre de 2012, número de recurso 1/2012 (Roj: SAN 4494/2012 -ECLI:ES:AN:2012:4494), 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”.

Es doctrina de este Tribunal que la exclusión de los licitadores que incluyan información relativa a la oferta económica o evaluable mediante fórmulas o de manera automática en el archivo correspondiente a la documentación necesaria para la evaluación de los criterios evaluables mediante juicio de valor no conlleva la exclusión automática, por aplicación de lo dispuesto por los artículos 139.2 y 146.2 de la LCSP. Para que se produzca este efecto es preciso que la documentación incluida incluya la información necesaria para valorar el criterio evaluable mediante fórmulas desvelado automáticamente, que la valoración atribuida a ese criterio no sea ínfima y que su indebida inclusión no haya sido propiciada por la redacción de los Pliegos (resolución 403/2023 de 30 de marzo).

En esta misma línea de razonamiento, señalamos 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 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 o de manera automática.

Así, debe analizarse que el error cometido no permita albergar duda alguna sobre la voluntad de la licitadora y, lo que es más importante y decisivo, que el error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva.

En el presente caso es patente y claro que en el archivo electrónico correspondiente a la parte de las ofertas evaluables mediante juicio de valor de la recurrente contiene parte de la oferta evaluable automáticamente o mediante fórmula, pues la propia recurrente en su proposición incluida en el sobre 3 expresamente lo declara así, al señalar expresamente en el documento que recoge su oferta en el criterio bolsa de kilómetros *“Oferta técnica-Plan de trabajo-pág. 22 y 23”*

En esas páginas de la oferta relativa al criterio dependiente de juicio de valor expresamente señala que *“el dato de kilómetros añadidos a la bolsa de kilometraje ha sido de 122.249,50 km anuales (244.499 km las dos anualidades)”* y que *“una bolsa de kilometraje de 122.249,50 kms anuales contando con los vehículos y transportistas de la flota obligatoria básica, más la flota de reserva que se aporta como mejora”*, datos que permiten adjudicar los puntos que el PCAP establece para el criterio de bolsa de kilómetros. En este sentido en el propio plan de trabajo cuando oferta los 244.499 kilómetros adicionales, le da el carácter, expresamente, de *“mejora”*. Por otra parte, si acudimos a la redacción del criterio

de adjudicación automático 3.1 “Bolsa de kilometraje” y a las respectivas puntuaciones asignadas de valoración, comprobamos que los 244.499 kilómetros ofrecidos se encuentra en el tramo de “De 243.600 a 244.499 kms: 5 puntos” (máxima puntuación que se prevé para este criterio de adjudicación), por lo que es evidente que con su manifestación en el sobre nº 2, permite claramente saber qué puntuación va a obtener en el sobre nº 3 y, a juicio de este Tribunal, el conocimiento anticipado de la puntuación exacta que va a obtener en este criterio de adjudicación automática, puede influir en la valoración que se haga de los criterios sometidos a juicios de valor.

La anticipación cometida responde pues a la voluntad de la licitadora, impidiendo al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva.

Esta patente anticipación de oferta no queda justificada por una hipotética contradicción entre el PPT y el PCAP, pues tal discrepancia no existe y, en todo caso, no ha sido combatida, en su momento, con la impugnación de los pliegos o, en su caso, mediante la formulación de una pregunta aclaratoria en fase de licitación.

En efecto, lo cierto es que en la prescripción 2.2.5 del PPT, transcrita en antecedente, en ningún momento se dice en que archivo o sobre ha de incluirse la oferta relativa a la bolsa de kilómetros, sin que puede inferirse de sus términos tal cosa -salvo en la interpretación artificiosa de la recurrente-, pues dicho extremo no aparece en el PPT sino en el Anexo I del PCAP, que expresamente impone que la parte de la oferta relativa al criterio bolsa de kilómetros ha de incluirse en el sobre 3 y no en el 2.

Tampoco puede aducirse la exigencia de una hipotética subsanación de la oferta.

No estamos ante una aclaración o subsanación de defecto de una oferta, sino antes bien, en la anticipación en un sobre de la parte de la oferta que debía haberse incluido en el siguiente, con violación del secreto de las proposiciones y, en consecuencia, con vulneración de los principios de igualdad de los licitadores y de concurrencia.

No es pues aplicable al supuesto objeto de examen nuestra doctrina sobre la aclaración o subsanación de ofertas, pues la inclusión de datos concernientes a la oferta que deben figurar en el siguiente sobre a aquel en que figuran, es un vicio insubsanable, dado que la

vulneración del secreto de las proposiciones ya se ha producido, sin que pueda corregirse una vez abierto el sobre en qué indebidamente se incluye la oferta anticipada.

Además, a pesar de lo que sostiene la recurrente, nuestra doctrina sobre la posibilidad de aclaración o subsanación de oferta señala expresamente que la posibilidad de solicitar aclaración es una potestad discrecional del órgano de contratación, no un derecho del licitador.

En fin, carece de sentido sostener que el acuerdo de exclusión esté insuficientemente motivado, pues la recurrente conoce plenamente tanto el informe de los técnicos y las causas de la exclusión que en él se fundamentan, como el acuerdo de la mesa que la decide, como evidencian los argumentos de su recurso, sin que haya existido indefensión alguna, ni formal ni material.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por recurso interpuesto por D. A.A.C., en representación de GRUPO TODMIR GESTIÓN, S.L., contra la resolución, de 8 de agosto de 2023, del Gerente del Departamento de Salud de Torrevieja, por la que se excluye a la recurrente y en la que, también, se adjudica la licitación convocada por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana, para contratar el *“servicio de transporte, mensajería, correspondencia y distribución para el Departamento de Salud de Torrevieja”* (Expediente PA 208/2023).

Segundo. Levantar la suspensión acordada, de conformidad con 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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.



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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES