



Recurso nº467/2014C.A. Cantabria 018/2014

Resolución nº 512/2014

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

En Madrid, a 4 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.R.S., en nombre y representación de ALIMENTACIÓN COLEGIOS EMPRESAS,S.A. (ALCESA), contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 27 de mayo de 2014 por el que se la excluye del procedimiento de licitación del "Acuerdo Marco para la contratación del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Cantabria, a través de las dos modalidades de gestión previstas (comida transportada y comida "in situ")" (Expediente N09ASI2064), licitado por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Cantabria, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 30 de abril de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de Cantabria un anuncio de licitación del Acuerdo marco para determinar las empresas que podrán prestar el servicio de comedor escolar en los centros públicos dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Cantabria, a través de las dos modalidades de gestión previstas (comida transportada y comida "in situ"), expediente N09ASI2064.

La regulación singular del procedimiento de licitación y del Acuerdo marco a celebrar se contiene en el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) y en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

El valor estimado del Acuerdo marco es de 34.800.000 euros, IVA excluido, calificado en el Anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), como de la categoría 17, servicios de hostelería y restaurante, con referencia de nomenclatura CPV 55524000-9, servicio de suministro de comida para las escuelas.

La adjudicación es por procedimiento abierto y tramitación urgente, con varios criterios de adjudicación, compuestos, conforme al apartado P del Cuadro de Características Específicas del contrato del PCAP, por criterios no evaluables matemáticamente, con una ponderación conjunta de hasta 35 puntos, que incluyen los de propuesta de programación de los menús, memoria de organización del servicio y atención educativa, estos dos últimos divididos en subcriterios, y por criterios evaluables matemáticamente, con una ponderación conjunta de hasta 65 puntos, que incluyen los de ejecución del servicio: personal y mejoras de los servicios a realizar respecto a los mínimos establecidos en el PPT, ambos con subcriterios.

El apartado O “*documentación a presentar*” del Cuadro de Características Específicas del contrato señala.

“Los licitadores presentarán los siguientes sobres cerrados, identificados e independientes, correspondientes a las siguientes partes:

- Sobre A, “Capacidad para contratar”: deberá contener la documentación especificada en la cláusula 4 de este pliego.

- Sobres B, “Proposición”, con el siguiente contenido:

- Sobre B1 “Programación de Menús, Organización del Servicio y Atención Educativa” (Anexo IX), en el que se incluirá la siguiente información:

1. Programación de menús: las empresas deberán realizar una propuesta de programación de menús para un periodo mínimo de un mes, distribuida por tramos semanales, y respetando en todo caso los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

2. Memoria de organización del servicio, con el siguiente contenido:

2.1. Descripción de la organización y forma de prestación del servicio de comedor, diferenciando por el tipo/s de gestión (comida transportada y/o comida elaborada en el centro docente) a los que se presenten:

- Comida transportada (en caliente o en frío): organización del servicio, procedimientos de elaboración en las cocinas centrales, capacidad productiva, sistemas de distribución de la materia elaborada, controles relacionados con la restauración colectiva y autocontroles (APPCC) y sistemas de calidad y gestión de residuos.

- Comida elaborada en el centro docente: organización del servicio, sistemas de recepción y distribución de la materia prima y de elaboración en el centro, controles relacionados con la restauración colectiva y autocontroles (APPCC) y sistemas de calidad y gestión de residuos.

2.2. Proyecto educativo para combatir la obesidad infantil.

2.3. Sistema de coordinación con el centro e indicadores del servicio (visitas, periodicidad, material de control y similares).

2.4. Otros contenidos: información a las familias (mediante la aportación de menús/dípticos que permitan realizar un buen seguimiento nutricional) y oferta de menús alternativos para alumnos que presenten algún tipo de intolerancia alimenticia o alergia que precise una alimentación específica, siempre y cuando la empresa justifique que dispone de líneas diferentes de elaboración en cocinas centrales.

La memoria de organización del servicio deberá incluir la relación de centros para los que se oferta la prestación del servicio, incluidos los centros a los que la empresa deba prestarlo por estar adheridos obligatoriamente a aquéllos.

3. Atención educativa: las empresas deberán realizar una propuesta de programación de actividades educativas y de tiempo libre a desarrollar en los periodos anterior/posterior al servicio de comedor, con su distribución por tipo de actividad (físico-deportivas,

artísticas, y de recreo y juego) y, en su caso, por etapas educativas, aportando igualmente el material de apoyo a emplear para su realización.

-Sobre B2 “Ejecución del servicio de comedor: personal y mejoras” (Anexo X), en el que además se incluirán los documentos que justifiquen lo siguiente:

1. Personal encargado de la ejecución del servicio:

1.1. Plan de formación relacionado con la restauración colectiva, diferenciado por categorías de personal, y con indicación de las horas de formación a realizar tanto por el personal de cocina como por el de atención educativa/office. Los contenidos formativos que se tendrán en cuenta serán los siguientes: nutrición y dietética; higiene alimentaria; seguridad y prevención de riesgos laborales; educación para la salud; hábitos sociales; animación sociocultural, ocio y tiempo libre, y cualquier otro afín a la prestación del servicio de comedor escolar.

1.2. Titulación del personal (supervisión de menús): personal con titulación adecuada especialista en dietética y nutrición que supervise los menús y que supere los requeridos en el pliego de prescripciones técnicas.

2. Mejoras en los servicios ofertados:

2.1. Tiempos de distribución y servicio.

2.2. Comidas especiales, mediante la inclusión de diferentes platos a los programados en la rutina diaria, con motivo de festividades, jornadas gastronómicas o similares.

*** TODA LA DOCUMENTACIÓN INCLUIDA EN LOS SOBRES B1 Y B2 DEBERÁ SER PRESENTADA TANTO EN FORMATO PAPEL COMO EN FORMATO DIGITAL (PDF) EN UN PENDRIVE DE CAPACIDAD SUFICIENTE PARA CONTENER TODA ESTA INFORMACIÓN. En el caso de discrepancia entre lo que figura en la documentación en papel y la digital, prevalecerá la que figura en papel. Con carácter general, la información presentada en la propuesta debe estar estructurada de forma clara y concisa.

LA INCLUSIÓN EN EL SOBRE B1 DE DOCUMENTOS, EN PAPEL O EN FORMATO DIGITAL, CORRESPONDIENTES AL SOBRE B2 SERÁ CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA LICITACIÓN.”

Segundo. Entre las empresas presentadas a la licitación se encontraba la recurrente ALIMENTACIÓN COLEGIOS EMPRESAS, S.A. (ALCESA).

El 15 de mayo de 2014 la Mesa de contratación procedió al examen de la documentación contenida en el sobre “A”, relativa a la acreditación de la capacidad para contratar y la solvencia económica, financiera, técnica y profesional, no observando defectos en la presentada por la recurrente.

El 20 de mayo de 2014, la Mesa procede en sesión privada a examinar la subsanación de la documentación general presentada por las empresas requeridas al efecto y, seguidamente, en acto público se procede a la apertura del sobre B.1 y la Mesa acuerda que el técnico correspondiente califique la documentación técnica a los efectos de puntuar la fase del procedimiento.

El 26 de mayo de 2014 se emite informe técnico en el que figura lo siguiente.

“Al revisar la documentación presentada en formato digital, se observa lo siguiente:

- En el pendrive aportado por la empresa ALBIE, S.A. figura una carpeta con los siguientes datos:

<i>Nombre</i>	<i>Tamaño</i>	<i>Fecha de creación</i>
<i>CONTENIDO SOBRE B.2</i>	<i>1,96 MB</i>	<i>09 de mayo de 2014, 17:13:22</i>

En dicha carpeta figuran los criterios evaluables matemáticamente.

- En el pendrive que adjunta la empresa ALCESA figuran dos ficheros signados con los siguientes datos:

Nombre	Tamaño	Fecha de creación
Sobre b1.pdf	7.461 KB	09 de mayo de 2014, 10:47:59
Sobre b2.pdf	1.045 KB	09 de mayo de 2014, 10:47:58

En el archivo cuyo nombre es "Sobre b2.pdf", figuran los criterios evaluables matemáticamente.

- En el pendrive aportado por la empresa COL-SERVICOL, S.L. figuran dos carpetas con los siguientes datos:

Nombre	Tamaño	Fecha de creación
SOBRE B1	41,2MB	09 de mayo de 2014, 12:08:05
SOBRE B2	7,43MB	09 de mayo de 2014, 12:08:08

En la carpeta cuyo nombre es "SOBRE B2", figuran los criterios evaluables matemáticamente.

De acuerdo con lo establecido en el apartado O del Cuadro de Características Específicas del Pliego, la inclusión en el sobre B1 de documentos, en papel o en formato digital, correspondiente al sobre B2 será causa de exclusión de la licitación, por lo que no se procede a valorar a dichas empresas."

El 27 de mayo de 2014 la Mesa se reúne a examinar el informe técnico sobre el sobre B.1 y a la vista del mismo acuerda lo siguiente.

"A la vista del informe técnico los miembros de la Mesa acuerdan excluir del procedimiento de adjudicación a las empresas a continuación indicadas por los siguientes motivos:

- ARCE CATERING, S.C. Al no cumplir la propuesta de esta empresa con los requisitos técnicos previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

- ALBIE, S.A., ALCESA y COL-SERVICOL, S.L. Al constar en el formato digital, incluido en el sobre B.1, información referente a los criterios valorados

matemáticamente que son objeto de puntuación en otra fase posterior, y estar previsto como causa de exclusión en la cláusula O del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares la inclusión en el sobre B.1 de documentos, en papel o en formato digital, correspondientes al sobre B.2.”

El 28 de mayo de 2014, mediante correo certificado con acuse de recibo, se notifica a ALIMENTACIÓN COLEGIOS EMPRESAS, S. A. (ALCESA), en ella se incluye pie de recurso ante este Tribunal.

Tercero. El 5 de junio de 2014, ALIMENTACIÓN COLEGIOS EMPRESAS, S. A. (ALCESA) anuncia al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión.

El 13 de junio de 2014 y dirigido a este Tribunal se presenta el recurso especial en materia de contratación.

En el *petitum* de la reclamación se solicita lo siguiente.

“(…) Teniendo por interpuesto el RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN contra la Resolución de la Mesa de Contratación de la Consejería de Educación Cultura y Deporte del Gobierno de Cantabria relativo al SERVICIO DE SUMISTRO DE COMIDA PARA LAS ESCUELAS DE CANTABRIA Expediente de la Consejería nº N09ASI2264 dictando resolución sobre el mismo donde se declare NULO DE PLENO DERECHO el párrafo impugnado "La inclusión en el sobre B1 de documentos, en papel o en formato digital correspondientes al sobre B2 será causa de exclusión de la licitación" y en consecuencia anulando la exclusión del Acuerdo-Marco de mi representada declarándola apta para poder concursar y ofertar a cuantos colegios estime oportunos en base al resto de documentación..”

Igualmente se solicita la medida cautelar de suspensión provisional del procedimiento de contratación.

Cuarto. El 20 de junio de 2014, el órgano de contratación remite el expediente de contratación, acompañándolo del informe del órgano de contratación, a este Tribunal.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 20 de junio de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. Interpuesto el recurso, el 27 de junio de 2014 la Secretaría del Tribunal en el ejercicio de competencias delegadas dicta resolución por la que se acuerda la medida provisional consistente en conceder la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y lo dispuesto en el artículo 3.1 del Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 13 de diciembre de 2012, al tratarse de un órgano de la Administración autonómica.

Segundo. La recurrente, licitadora en el procedimiento en que se dictó el acto de exclusión que recurre, tiene la consideración de interesada en el presente procedimiento en virtud de lo establecido en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto recurrido es el de exclusión de la licitación de un Acuerdo marco que tiene por objeto un servicio contenido en el Anexo II del TRLCSP, en la categoría 17, y cuyo valor estimado excede de 193.000 euros.

El acto impugnado, el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa, es un acto de trámite cualificado que determina para el afectado la imposibilidad de continuar el procedimiento y que se declara expresamente recurrible por el TRLCSP.

En consecuencia, el acto es susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y plazo para la interposición del recurso, el 13 de junio de 2014 tuvo entrada en este Tribunal el recurso precedido de su anuncio al órgano de contratación el 5 de junio, habiéndose remitido la notificación del acto recurrido el 28 de mayo de 2014.

El artículo 44.2 del TRLCSP establece que “2. *El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4*”

En consecuencia, se han cumplido los requisitos de tiempo y forma para la interposición del recurso conforme al artículo 44.1 y 2 del TRLCSP.

Quinto. Entrando ya en las cuestiones de fondo planteadas, la recurrente alega lo siguiente.

En primer lugar, señala que ha cumplido todos los requerimientos del apartado O del Cuadro de Características del PCAP al haber presentado tres sobres (A,B.1,B.2) completamente separados y cerrados si bien “*podiera ser*” que el *pendrive* relativo a la recopilación de los sobres B.1 y B.2 se pudiera haber incluido dentro del sobre B.1, pero en todo caso, es la información que se solicita oficialmente y no es un añadido al sobre B.1 sino el resumen general que se exige en los Pliegos.

Que lo supuestamente incluido en el sobre B.1 no es información correspondiente al sobre B.2 sino que es la información resumen de todo el proyecto tal como lo exige el PCAP, la documentación incluida en el sobre B.2 es la que corresponde estrictamente a dicho sobre.

Así se confundiría la presentación general de la empresa con la inclusión de toda la documentación de los sobres B.1 y B.2 con la inclusión de datos del sobre B.2 en el sobre B.1, “*bastaría con separar dicho pendrive del sobre para que la información-documentación no se mezclara en absoluto*”.

Debe de entender que prepondera lo recogido en papel sobre lo recogido en el *pendrive* y que por lo tanto sólo se debe considerar lo incluido en los sobre en papel ya que entre otras cosas no establece claramente donde debe incluirse el *pendrive*.

También aduce que la naturaleza de la convocatoria es unahomologación para concursar y no un concurso donde se compite con otrasempresas, sino que se trata de determinar si cada empresa es en sí misma capaz o no deprestar el servicio de comedor al que se postula.

Además, a su juicio,el sigilo profesional y el hermetismo impuesto en el PCAP es excesivo si trae como consecuencia la imposibilidad de concursar a la recurrente por elhecho nimio de haber incluido una presentación general en el sobre B.1.

Mantiene que ello sería imperativo lógico si se ofertaran precios o se formularanposturas en un concurso en competición con terceros pero parece excesivo en unprocedimiento como el que el objeto del recurso, *“por lo que impugnamos dicho apartado O del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”*de acuerdo con lo previsto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) en sus artículos 80 y 84 *“con consonancia con el artículo 86.2 de la Ley de Contratos con las Administraciones Públicas”* (sic.).

Así si bien el artículo 80 del RGLCAP recoge expresamente que en el PCAP se puede *“concretar la fase de valoración en que operarán los criterios de adjudicación, el sobre de la proposición económica contendrá exclusivamente esta”*, esto solo se referiría a los concursos y no los Acuerdosmarco.

Por último, señala que el artículo 84 del RGLCAP recoge las causas de rechazo de lasproposiciones y, en ningún caso, recoge lo dispuesto en el apartado O del Cuadro de Características del PCAP cuando señala que la inclusión en el sobre B.1 de documentos en papel o en formato digital correspondientes al sobre 82 será causa de exclusión de lalicitación.

El órgano de contratación en su informe se limita a reproducir los criterios del informe técnico de evaluación y el acuerdo de exclusión de la Mesa.

Sexto. Entrando en el examen del fondo del asunto comenzando por la impugnación del apartado O del Cuadro de Características del PCAP que efectúa el recurrente aduciendo

que el Acuerdo marco es una suerte de homologación que no es de aplicación las normas que regulan el procedimiento de licitación contractual.

El recurrente impugna así los pliegos a pesar de haberlos aceptado incondicionalmente con la presentación de su proposición una vez excluido de la licitación por incumplir sus requisitos.

El artículo 145.1 del TRLCSP establece que *"las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna"*.

En atención a dicho precepto hemos consolidado una doctrina que determina el rechazo de los argumentos que, con manifiesta contradicción de la aceptación incondicionada de las cláusulas y condiciones de los pliegos, aducen la ilicitud de alguna de sus cláusulas y condiciones en los recursos contra los actos posteriores en el procedimiento de licitación formulados por un licitador que, pudiendo impugnarlos, no lo hizo.

Esto bastaría para rechazar los argumentos en que expresamente la recurrente pone en cuestión el apartado O del Cuadro de Características.

No obstante, ser innecesario entrar en el análisis de la impugnación en el extremo que se refiere a la ilegalidad de los Pliegos, estimamos conveniente señalar frente a la pretensión de que no es de aplicación a la licitación del Acuerdo marco las normas que regulan el procedimiento de licitación contractual que ello contradice abiertamente lo establecido tanto por el TRLCSP como, por virtud de éste, el 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 (RD 817/2009).

En efecto, el artículo 197.1 del TRLCSP establece que *"para la celebración de un acuerdo marco se seguirán las normas de procedimiento establecidas en el Libro II, y en el Capítulo I del Título I de este Libro"*, es decir, las normas contenidas en los artículos 109 a 137 del TRLCSP, a las que se refiere el Libro II, *"preparación de los contratos"*, de

dicha Ley, y los artículos 138 a 188, del Capítulo I, “*adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas*”, del Título I, “*adjudicación de los contratos*”, del Libro III “*selección del contratista y adjudicación de los contratos*” del TRLCSP, en que se encuentra ubicado el artículo 197 de referencia.

En suma, es de aplicación el entero procedimiento de licitación o adjudicación regulado para los contratos en el TRLCSP a los Acuerdos marco.

Así es de aplicación a los Acuerdos marco, por encontrarse en el Capítulo I del Título I, del Libro III del TRLCSP, el artículo 145.2 del TRLCSP, que establece que “*las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo*”.

Igualmente por tener la misma ubicación sistemática es de aplicación a los Acuerdos marco el artículo 150.2 TRLCSP, cuando dispone 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. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.*”

En fin es igualmente de aplicación a los Acuerdos marco el desarrollo reglamentario de la previsión legal del artículo 150.2 del TRLCSP, el RD 817/2009, que establece en su artículo 26 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*”, y en el 30.2 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*”.

En suma, el apartado O del Cuadro de Características del PCAP en cuanto prohíbe la

inclusión en el sobre correspondiente a la documentación relativa a la parte de la proposición concerniente a los criterios evaluables mediante juicio de valor de datos o documentos relativos a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula es conforme a derecho.

Por todo lo anterior, debe rechazar la pretensión de la recurrente en este punto tanto por impugnar el PCAP no obstante haberlo aceptado incondicionalmente al presentar su oferta, como por adecuarse el PCA plenamente a derecho.

Séptimo. En cuanto a las pretensiones del recurrente relativas a la supuesta irrelevancia de la inclusión del *pendrive* o lápiz de memoria conteniendo datos de la oferta relativos a criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula en el sobre relativo a los criterios evaluables mediante juicio de valor hemos de recordar la doctrina de este tribunal sobre dicha irregularidad.

Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCAP, resumida en las Resoluciones números 022/2013 y 027/2013, ambas de 17 de enero, 062/2013, de 6 de febrero, y 291/2013, de 17 de julio.

Así se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (Resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (Resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (Resoluciones 14/2010 y 233/2011).

En nuestra Resolución 095/2012, trajimos a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expone que *"el Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos*

fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes".

De este modo, en el proceso de adjudicación de un contrato, en una primera fase se analizan los requisitos de capacidad y solvencia de las personas físicas o jurídicas que han presentado oferta (características de la empresa), y una vez que se entienden cumplidos estos requisitos, se declara la admisión de los licitadores en el procedimiento; siendo el trámite siguiente el que consiste en el análisis de los criterios de adjudicación (características de la oferta), que concluye, en términos generales, con la resolución de adjudicación del contrato a uno de los licitadores.

Pues bien, en este sentido, tal y como este Tribunal ha señalado en su Resolución 67/2012 de 14 de marzo, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones (características de la oferta) antes de que se celebre el acto público de apertura, rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario tanto a lo previsto en el artículo 160 TRLCSP, que dispone, *"en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos"*, como a lo señalado en el artículo 145 TRLCSP de conformidad con el cual *"las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública"*.

Así concluimos que *"debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso, la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate"*.

En lo referente a la inclusión de los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas en el sobre de acreditación del cumplimiento de requisitos previos al que se refiere el artículo 146 TRLCSP, en nuestra Resolución 147/2011, de 25

demayo, pusimos de manifiesto que tal inclusión supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella. Ya en esa Resolución dijimos que la situación descrita hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentarlas mismas.

En fin, en nuestra Resolución 62/2013, y respecto del supuesto de inclusión de documentación de criterios evaluables mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor, señalamos que lo que el TRLCSP pretende al disponer 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 (...)"* (artículo 150.2 *in fine*), no es otra cosa sino garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de estos criterios no influye en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se haya atribuido por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas.

La voluntad del legislador tiene como fundamento el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Tal propósito se materializa en el artículo 150.2 del TRLCSP disponiendo que *"las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada"*, y estableciendo por ello el artículo 26 del RD 817/2009 que *"la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta"*

última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos".

En fin, el razonamiento del legislador queda complementado con lo dispuesto en el artículo 30.2 del mismo RD 817/2009 a cuyo tenor *"en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor"*.

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).

El efecto, la jurisprudencia mayor y menor ha 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 número 1 o número 2 de documentos correspondientes al sobre número 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 reciente 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."

Octavo. Volviendo ya a la contratación que nos ocupa hemos de referirnos al apartado O del Cuadro de Características del PCAP transcrito en los antecedentes de esta Resolución, y así mismo a lo que establece la Cláusula 5 del PCAP que señala lo siguiente.

"1. A los efectos de la calificación de la documentación presentada, previa constitución de la Mesa de Contratación, el Presidente ordenará la apertura del sobre A, y el Secretario certificará la relación de documentos que se incluyen.

2. Si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados y lo publicará en el tablón de

anuncios del Servicio de Contratación y Patrimonio de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte y/o en el perfil del contratante a efectos de notificación, concediendo un plazo para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia Mesa de Contratación A los efectos de acreditación de la solvencia, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo concedido por la Mesa sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas. Siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada la Mesa concederá para efectuarla un plazo inferior a siete (7) días a contar desde la apertura de la documentación administrativa.

3. Una vez subsanados los documentos y, en su caso, previa valoración de los criterios de selección de las empresas, el Presidente, en día y hora señalados en el anuncio publicado en el anuncio de licitación y/o en el perfil del contratante, en acto público notificará el resultado sobre la admisión y/o exclusión definitiva de los licitadores, con expresión de las proposiciones rechazadas y la causa de exclusión, procediéndose a la apertura del sobre B. En caso de que se establezcan fases de valoración se presentarán tantos sobres independientes como fases determinadas.

4. Para la valoración de las ofertas la Mesa de Contratación solicitará cuantos informes técnicos considere necesarios y se relacionen con el objeto del contrato.

5. En acto público y previa convocatoria de licitadores a través del tablón de anuncios y/o del perfil del contratante, la Mesa de Contratación dará publicidad a las empresas seleccionadas para la celebración del Acuerdo Marco.”

De la lectura conjunta del apartado O del Cuadro de Características y de la Cláusula 5 del PCAP queda perfectamente delimitado el contenido de uno y otro sobre, B.1 y B.2.

En este punto es indiferente, a pesar de lo que afirma el recurrente, que la documentación se exija en dos soportes, papel e informático, éste mediante lápiz de memoria, pues la exigencia del PCAP es clara cuando impone la obligación de que la

documentación correspondiente al sobre B.1, cualquiera que sea su soporte, no se incluya en sobre distinto del procedente vulnerando así el secreto de las proposiciones y condicionando la valoración de los criterios evaluables en forma automática o mediante fórmula señalando como consecuencia necesaria la exclusión.

Igualmente es inadmisibles tanto la pretensión de que el órgano de contratación solventara la irregularidad mediante el expediente de tener por no producida la inclusión de la documentación en soporte informático correspondiente al sobre B.2 en el sobre B.1, con lesión de los intereses legítimos de los demás licitadores y vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, como de entender que la inclusión de tal documentación en soporte informático era indiferente toda vez que no se había producido la irregularidad en el soporte papel, por la especie de que la regla de subsanación de discrepancias entre uno y otro soporte se establezca a favor de lo consignado en papel determinaría tal irrelevancia, todo ello contra el tenor tanto del apartado del Cuadro de Características como de los artículos 145 y 150 del TRLCSP y 26 y 30 del RD817/2009, conforme a los cuales ha de ser interpretado aquél.

El reclamante incumplió, por tanto, lo dispuesto por el PCAP al incluir documentación relativa a la valoración de criterios mediante fórmula en el sobre correspondiente a los criterios evaluables mediante juicio de valor.

En fin, el recurrente que comienza por poner en duda la inclusión indebida de los datos en el lápiz de memoria para admitir luego, incongruentemente, que sólo se incluía una “presentación general” y no el contenido del sobre B.2, no ha desvirtuado ofreciendo medio probatorio alguno el medio de prueba constituido por el documento oficial consistente en el informe técnico emitido por un funcionario en el ejercicio de su cargo, que constata en el lápiz de memoria se incluye además de un archivo correspondiente al sobre B.1 otro denominado “Sobre b2.pdf”, y que *“en el archivo cuyo nombre es “Sobre b2.pdf”, figuran los criterios evaluables matemáticamente”*.

Ponderadas las circunstancias concurrentes en el incumplimiento de los requisitos formales de presentación de la documentación, la exclusión del licitador está

justificada pues el incumplimiento de tales requisitos, habida cuenta de que los documentos incluidos indebidamente no eran datos ya conocidos o cuyo conocimiento a destiempo fuera irrelevante, sino elementos esenciales de la proposición del licitador, debe concluirse que, a tenor de lo dispuesto en el PCAP y en los artículos 145 y 150 del TRLCSP y 26 y 30 del RD817/2009, se infringió el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabando con ello la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se preservan mediante dicho secreto, habiéndose visto afectados sustantivamente los principios de igualdad de trato y no discriminación.

En consecuencia, el acto de exclusión impugnado es plenamente conforme a derecho.

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 D.C.R.S., en nombre y representación de ALIMENTACIÓN COLEGIOS EMPRESAS, S.A. (ALCESA), contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 27 de mayo de 2014 por el que se la excluye del procedimiento de licitación del “Acuerdo Marco para la contratación del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Cantabria, a través de las dos modalidades de gestión previstas (comida transportada y comida “in situ”)” (Expediente N09ASI2064), licitado por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Cantabria.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

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.