



Recurso nº 1464/2022

Resolución nº 1571/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. B.J.C.G., en nombre y representación de BERNARDINO ABAD, S.L., contra el acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de *“Servicio a las Administraciones del Estado para las inspecciones de mercancías en el puesto de control fronterizo (PCF) del muelle Reina Sofía (Cádiz)”*, convocada por la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 12 de agosto de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACE) el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de referencia, abriendo plazo para presentación de ofertas hasta el 5 de septiembre de 2022

El valor estimado del contrato de acuerdo con su publicación, es de 136.080,00 euros.

Segundo. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en su cláusula 26, en relación con el archivo electrónico o sobre nº 1, concerniente a la documentación administrativa y de solvencia y criterios cualitativos por juicio de valor establece que:

“En ningún caso se incluirán en este archivo electrónico o sobre datos que permitan inferir la proposición económica del licitador. Si esto se produjera, el licitador quedará excluido”.



Tercero. El 29 de septiembre de 2022 se aprobó el acta de la reunión de la Mesa de Contratación celebrada el 14 anterior, en la que se indicaba en relación con el recurrente, único licitador, que:

“Analizada la documentación administrativa presentada por la empresa BERNARDINO ABAD, S.L., la Mesa de Contratación observa que la citada empresa ha incluido en la solvencia económica el Anexo IV: Modelo de proposición económica. Es decir, el licitador ha incluido dentro del archivo nº 1 parte de la oferta sujeta a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (archivo nº 2)”.

El 4 de octubre de 2022 se acuerda la exclusión del recurrente y se declara desierto el contrato. El 6 de octubre siguiente se publica en la PLACE dicha resolución.

Cuarto. El día 27 de octubre de 2022, el recurrente interpone ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación para su tramitación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quinto. Con fecha de 3 de noviembre, el órgano de contratación, previo requerimiento del Tribunal, remitió expediente administrativo y se emitió el informe por este interesando la desestimación del recurso.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal por delegación de éste dictó resolución el 17 de noviembre de 2022 denegando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal que es, de darse los demás requisitos de procedibilidad, competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.4 de la LCSP y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del



Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Segundo. Se recurre la exclusión del procedimiento de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es de 136.080,00 euros.

El artículo 44 –apartados 1.a) y 2.b)– de la LCSP, 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. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que el recurrente lo interpuso no habiendo transcurrido más de quince días hábiles desde el día siguiente a la notificación del acto recurrido.



Cuarto. El recurrente está legitimado para recurrir, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. Establece dicho precepto 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”*.

Y ello porque, al haber sido apartado de la licitación, la eventual estimación del recurso le supondría ser readmitido a la misma.

Quinto. Lo cierto es que del propio recurso resalta el reconocimiento de los hechos, en el sentido de asumir el error sufrido al incluir en el sobre 1, correspondiente a la capacidad y solvencia, así como a ciertos criterios de valor, parte de la oferta económica que debería figurar aparte. Lo que se defiende es que no justifica sin embargo dicho error la exclusión, siendo subsanable, más habiendo un único licitador y, por tanto, falta de concurrencia.

Como recuerda nuestra reciente Resolución 1135/2022, de 29 de septiembre, entre otras muchas:

“Este Tribunal ha analizado en diferentes ocasiones las consecuencias que se derivan de la inclusión indebida de documentación en los sobres que deben presentar los licitadores. Concretamente, en la Resolución 458/2022 se sintetiza nuestra doctrina al respecto: «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 del TRLCSP y los principios que rigen la contratación administrativa. Así, el artículo 1 del TRLCSP establece, entre sus fines, el garantizar el principio de “no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”. En el mismo sentido, el artículo 139 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). (...) Establece el artículo 160.1 para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones, que “el órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, (...)”. 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 146 del TRLCSP, de la que contiene la oferta. Finalmente, el artículo 150.2 del TRLCSP, al regular los criterios de valoración de las ofertas, dispone que “los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...). 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”. (...) 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 cumplieran las prescripciones técnicas. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del 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 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». 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 como también se señaló en nuestra Resolución, 729/2016».

En el presente supuesto, no cabe duda de que la recurrente incluyó en el sobre electrónico nº 1 criterios de adjudicación del contrato de carácter cualitativo, contradiciendo así lo señalado en el último párrafo de la cláusula 10.4 del PCAP, con arreglo al cual: “la inclusión de la oferta económica y cualquier otro criterio evaluable de forma automática en el sobre nº1 supondrá el rechazo automático de la proposición del licitador”. Esta prescripción del PCAP está calificada como “Advertencia”, siendo todo el párrafo destacado en negrita. Por tanto, siendo los pliegos “ley del contrato”, a ellos hay que estar, aplicando sin más consideraciones lo en ellos claramente establecido. El reconocido incumplimiento, consistente en haber introducido en el sobre 1 información y documentación que debía aportarse en el sobre 2, no es un incumplimiento menor, sino total, habiendo infringido el secreto de todos los criterios valorables de forma automática”.



En el presente caso, el error apreciado es grave, no resulta por tanto subsanable y, de acuerdo no sólo con la doctrina anterior, que justificaría –ya de por sí– la exclusión dada su relevancia, pues altera en realidad la eventual valoración de las ofertas y el procedimiento concurrencial, además de contravenir explícitamente los pliegos, sino también por su carácter de *lex contractus*, pues la ya transcrita cláusula 26 del PCAP tipifica como causa de exclusión la quiebra de la regla del secreto de las proposiciones, según ya se ha puesto de manifiesto.

El hecho de que el licitador fuese único, lo que atenuaría el efecto en relación con la libre concurrencia como principio rector del procedimiento, no impide mantener la conclusión anterior. Así se recoge, por ejemplo, en la Resolución 1153/2020, de 23 de octubre.

En realidad, y de modo añadido, cabe indicar que con la nueva licitación, anunciada en la resolución recurrida, que declara desierto el procedimiento, se abrirá de nuevo el procedimiento a todos los interesados. Si de nuevo, se presentase el mismo licitador de manera única todo indica que podría resultar adjudicatario. En caso contrario, precisamente la libre concurrencia determinará el finalmente adjudicatario, lo que se impediría de estimarse el presente recurso.

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 especial en materia de contratación interpuesto por D. B.J.C.G. en nombre y representación de BERNARDINO ABAD, S.L., contra el acuerdo de exclusión del contrato de *“Servicio a las Administraciones del Estado para las inspecciones de mercancías en el puesto de control fronterizo (PCF) del muelle Reina Sofía (Cádiz)”*.

Segundo. 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.