



Recurso nº 96/2021 C. Valenciana 21/2021

Resolución nº 704 /2021

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

En Madrid, a 11 de junio de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D^a F.S.N., en nombre y representación de POMPAS FÚNEBRES SAMPER, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Servicio de recogida, traslado e incineración de cadáveres humanos para el Servicio de Innovación Anatómica de la Universidad Miguel Hernández de Elche*”, con expediente 2020_00082, convocado por Universidad Miguel Hernández de Elche, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 30 de noviembre de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público Estatal la licitación del “*Servicio de recogida, traslado e incineración de cadáveres humanos para el Servicio de Innovación Anatómica de la Universidad Miguel Hernández de Elche*”.

El valor estimado es de 140.000€

Segundo. Presentaron ofertas las empresas ASV FUNESER, S.L.U. y POMPAS FÚNEBRES SAMPER, S.L.

Tercero. La mesa de contratación, en sesión de 18 de diciembre de 2020, acordó la exclusión de POMPAS FÚNEBRES, S.L., por cuanto en el sobre 1 presentó la oferta económica.



Cuarto. Disconforme con esta resolución, POMPAS FÚNEBRES SAMPER, S.L. presenta recurso especial en materia de contratación. El órgano de contratación ha formulado informe, oponiéndose a la estimación del recurso.

Quinto. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a ASV FUNESER, S.L.U. a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formulara las alegaciones que tuvieran por conveniente, habiendo presentado escrito de fecha 24 de febrero, oponiéndose a la estimación del recurso.

Sexto. La Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 12 de febrero de 2021 acordando la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, porque el análisis de los motivos que fundamentan la interposición del recurso pone de manifiesto que los perjuicios que podrían derivarse de la continuación por sus trámites del procedimiento de contratación, son de difícil o imposible reparación.

Según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de marzo de 2013 (BOE de fecha 17/04/2013), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2016 (BOE de fecha 21/03/2016) , Acuerdo de fecha 16 de abril de 2019 (BOE de fecha 22/05/2019) y Acuerdo de 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 27/05/2021).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. Con respecto al requisito de legitimación, es claro que el recurrente lo cumple, al impugnar el acto que excluye su oferta del procedimiento de licitación al que se había presentado.



Cuarto. El recurso se dirige contra un acto susceptible de impugnación.

Quinto. La empresa recurrente recoge la doctrina de este Tribunal en el sentido de que la exclusión de un licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto del adecuado, no es criterio absoluto ni debe operar de forma automática, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación y debe analizarse si se ha podido quebrar la imparcialidad y la objetividad en la evaluación. Lo verdaderamente relevante no es la forma en la que se presentan las ofertas, sino que se garanticen los principios de invariabilidad de la oferta y de igualdad de trato. Ello exige que se cumplan dos requisitos: a) que el error cometido no permita albergar ninguna duda sobre la verdadera voluntad de las licitadoras, y b) que ese error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva.

Se trata de una cuestión de equilibrio entre los principios de imparcialidad, igualdad de trata y objetividad, con los de concurrencia y proporcionalidad. Cita, a continuación, resoluciones de este y otros tribunales de contratación, que avalan su tesis. Así, en un caso en el que la documentación se presentó en dos sobres, en vez de en tres, en una licitación en la que solo se valoraban criterios automáticos, se consideró una irregularidad no invalidante y no motivo de exclusión. En otra resolución, se llegó a la misma conclusión cuando en el sobre que contenía los documentos de la oferta evaluables mediante juicio de valor, se introdujeron datos del sobre 3, porque no condicionó la valoración posterior, por haber licitado en el criterio anticipado al mínimo previsto. En otro caso, se estimó que no procedía la exclusión, pese a que estaba expresamente previsto en el pliego, pues la información desvelada indebidamente tenía muy escasa incidencia en la valoración, pues afectaba a 3 puntos sobre 100.

Añade la recurrente que, aunque no consta en el expediente el tiempo y lugar de apertura del sobre 1, pero sí que se produjo al unísono del sobre 2, lo que pone de relieve que no pudo quedar afectada la imparcialidad y objetividad de la mesa de contratación, máxime cuando el único criterio de valoración es el económico. Y la recurrente no tuvo la más mínima ventaja de la revelación anticipada del precio, por lo que debe tratarse, la inclusión de ese dato en el sobre 1 como irregularidad formal no invalidante, debiéndose anular la exclusión.



Sexto. El órgano de contratación alega que la forma de presentación de las ofertas aparece regulada en el pliego de cláusulas administrativas particulares que constituye *la lex contractus*, vinculando tanto a los participantes en la licitación como a la propia Administración.

Considera que no puede considerarse como error subsanable el cometido por la recurrente, en tanto en cuanto no es que se presentara de forma incompleta o parcial su oferta, sino que introdujo su oferta económica en el sobre correspondiente a los requisitos administrativos, contraviniendo de manera inequívoca lo establecido en los pliegos. La mesa de contratación no excluyó de manera automática y rigorista, sino que motiva en su acta, las razones por las cuales considera que la proposición no es ajustada a Derecho, atendiendo a la literalidad de la ley. Manifiesta que la propia recurrente reconoce que este Tribunal ha sentado el con carácter general, el criterio de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron sus ofertas en el sobre relativo a los requisitos previos.

Concluye afirmando que el marco de control que posee el Tribunal sobre la actuación del órgano de contratación debe circunscribirse a la comprobación de los requisitos formales o, en su caso, de la deficiente motivación o ausencia de esta, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe.

Séptimo. ASV FUNESER, S.L.U. considera que la exclusión de la recurrente es conforme a Derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el Pliego y en la LCSP, así como con arreglo al principio de confidencialidad de las ofertas, equidad, libre concurrencia y transparencia del proceso de contratación. Cita el artículo 139 LCSP y la cláusula 8 del PCAP y afirma que la inclusión de la oferta económica en el sobre 1 vulnera los principios que rigen el procedimiento de adjudicación, invirtiendo su orden, al tener la mesa de contratación constancia de la oferta económica de uno de los licitadores antes de haber podido valorar y examinar los requisitos administrativos exigidos en el pliego. Con esa presentación incorrecta, se quiebra el principio de igualdad de los licitadores, al ofrecer la recurrente una información determinante a la mesa de contratación –como es su oferta económica– desde el momento inicial del proceso de licitación, a diferencia del resto de licitadores que no lo harán hasta un momento posterior.



Cita en apoyo de sus tesis diversas resoluciones de este Tribunal y algunas sentencias, solicitando la confirmación del acto de exclusión.

Octavo. Antes de resolver la cuestión planteada, hemos de indicar que el alcance de la revisión de este Tribunal de los actos del órgano de contratación, limitado a aspectos formales y a la existencia de motivación, se predica sólo respecto de aquellos actos en los que se reconoce discrecionalidad técnica a dicho órgano, por tratarse de evaluación de las ofertas en relación con los criterios sujetos a un juicio de valor. No así en los casos, como este, en el que se plantea una cuestión puramente jurídica.

Respecto de lo alegado en el recurso, cabe recordar que es constante la doctrina de este Tribunal que sostiene que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (por todas, resolución 219/2016). Asimismo, se ha sentado, con carácter general el criterio de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos o bien que incluyeron información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a información sujeta a valoración mediante un juicio de valor, si bien la inclusión indebida de documentación en sobres distintos no debe resultar automáticamente con la exclusión del licitador, siendo preciso, para dicha exclusión, que se haya producido un perjuicio real y no meramente formal (Resolución nº 1108/2015), estando justificada la exclusión cuando la inclusión indebida de documentación en sobre distinto menoscabe la objetividad de la valoración y la igualdad de trato, no así cuando el licitador incurre en un error voluntario sin trascendencia para terceros, o porque resulte demasiado formalista, por no estar acreditado que el error hubiera podido influir en la valoración ni vulnerado el secreto de la oferta.

En conclusión, pues, la exclusión no ha de ser un criterio absoluto, sino que deberá operar en la medida en que tenga lugar la contaminación por conocimiento anticipado de tal suerte que ya no puedan quedar garantizados los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato; (Resolución nº 729/2016).



Volviendo al supuesto que nos ocupa, se ha producido una anticipación de la oferta económica que debe ser evaluada mediante fórmulas, acaeciendo una ruptura del secreto de las proposiciones en el contexto de un procedimiento de licitación, en el que no va a tener lugar una valoración sujeta a juicios de valor de elementos de la oferta de la recurrente.

En efecto, de conformidad con el punto 8 del cuadro de características anexo al PCAP, el único criterio de adjudicación es el precio, obviamente evaluable mediante fórmula. El punto 26 del cuadro de características y la cláusula 8.2 del PCAP claramente detallan cuál es la documentación que debe introducirse en cada uno de los sobres, sin que su redacción pueda inducir a confusión a los licitadores. Por otra parte, la recurrente no alega ningún motivo que le hubiera llevado a introducir erróneamente la oferta económica en el sobre nº 1 sin respetar lo estipulado en los pliegos sobre la forma en la que ha de presentarse la documentación. Hemos de recordar que tal incumplimiento no solamente lo es de los pliegos rectores, sino de lo estatuido en los artículos 139.2 y 157.1 y 4 de la LCSP acerca del secreto de las proposiciones y de la calificación previa por la mesa de la documentación a que se refiere el artículo 140, que debe contenerse en archivo distinto del que contiene la proposición, debiendo procederse a la apertura de la oferta económica en acto público.

En este caso, el incumplimiento de la recurrente ha supuesto que la Mesa de Contratación haya obtenido una información de manera adelantada, aunque ciertamente dicha información adelantada no sería susceptible de contaminar una posterior valoración subjetiva de otro criterio de valoración, dado que el órgano de contratación carece de margen de apreciación de la oferta económica, al encontrarse acotados los parámetros para su valoración, que ha de efectuarse mediante la aplicación de una fórmula. Lo anterior no ha de conducir de manera automática a la estimación del recurso, pues como hemos mantenido en nuestra Resolución 652/2019, de 13 de junio,

«Es indudable, por tanto, que se ha quebrantado el secreto de la oferta económica, de forma que no se ha abierto en acto público, sino en un acto celebrado a puerta cerrada por los miembros de la mesa de contratación, de calificación de la documentación de requisitos previos, incumpliendo con ello lo exigido en el PCAP, en la LCSP y en el RGLCAP. Por ello, y teniendo en cuenta que no se podía abrir el sobre nº 2 para calificar el resto de la



documentación aportada, solo procedía la exclusión determinada por el PCAP para tales casos de incumplimiento de lo exigido, de acuerdo con la cláusula 10 del PCAP.

La consecuencia anterior deriva del incumplimiento de los pliegos, que son ley del contrato, y de la ruptura del secreto de la proposición económica en un acto que no ha tenido carácter público, como exigen la LCSP y los pliegos, con quiebra de los principios de igualdad y no discriminación entre licitadores. [...]».

Añadiendo que las determinaciones de los artículos 139 y 157 de la LCSP, «sobre presentación de las proposiciones en sobres distintos, según cual sea su contenido, y obligatoriedad de apertura de las ofertas económico-técnicas sujetas a criterios objetivos en todo caso en acto público, siempre después de haber superado la fase primera de apertura de sobres con la documentación administrativa y calificación de la misma, se completan en su regulación con lo determinado en los artículos 81 a 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

De esa normativa se deduce que, en todo caso, si se infringen sus determinaciones, habida cuenta que son normas imperativas y/o prohibitivas y se quebranta el secreto de las ofertas, el efecto es la exclusión de la licitadora cuya oferta infrinja ese régimen normativo.

Ese criterio es el sostenido en la doctrina del Tribunal Supremo que se concreta en que la anticipación de información sobre la oferta económica, incluso podría influir, en detrimento de los principios de objetividad e imparcialidad en la valoración de los requisitos de capacidad de la empresa y en la resolución de las dudas que la misma pudiera suscitar a la Mesa de Contratación. Todo ello con el consiguiente riesgo de favorecimiento de una determinada oferta en razón a ese conocimiento previo, en perjuicio de las restantes ofertas, viéndose menoscabado el principio de igualdad de trato a los licitadores. La necesidad de preservar la imparcialidad y objetividad en el proceso de adjudicación exige la separación necesaria entre la apertura de la documentación administrativa y la toma de conocimiento de la proposición económica, e impone el carácter secreto de todas las proposiciones, cuyo incumplimiento ha de conllevar la nulidad del procedimiento.

En ese sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de julio de 2004, Rec. nº. 3885/2000 determina:



“Adjudicación que tendrá lugar tras el más absoluto respeto de los principios de publicidad (art. 79 LCAP) competencia e igualdad de oportunidades (arts. 80, 81 y 83 LCAP) en la que la racionalidad invocada por la recurrente no desempeña papel alguno. Si, en cambio, es esencial el principio de legalidad que exige respetar el procedimiento legal y reglamentariamente establecido en las normas de contratación.

(...)

Ese automatismo en la adjudicación al que nos acabamos de referir exige que la LCAP determine de forma clara el procedimiento de selección del contratista, en el que la fase de calificación previa de los documentos a que se refiere el art. 80, en aras a acreditar la seriedad de la proposición económica y la capacidad para contratar del empresario (personalidad jurídica de la empresa, clasificación de la empresa o justificación de su solvencia económica, resguardo acreditativo de la garantía provisional, justificación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social, etc.) es absolutamente independiente y previa de la fase ulterior y pública de propuesta por la Mesa de contratación al órgano de al órgano de contratación de la adjudicación al postor que oferte el precio más bajo.

Cabría que las sociedades de un mismo grupo presenten propuestas independientes, aunque no que cada sociedad presentase más de un pliego, salvo el específico supuesto a que se refiere el art. 80 LCAP, pero, además, en aras a evitar que los concurrentes conozcan las propuestas de los otros participantes en el procedimiento alterando así su naturaleza es consustancial al sistema la oferta en plica cerrada a fin de evitar cualquier tipo de maniobra en el procedimiento de selección del contratista.

Sienta, por ello, el citado art. 80 LCAP que "las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública". Aspecto en modo alguno alterado en la normativa actualmente en vigor. Licitación que, reiteramos, tendrá lugar mediante la oportuna propuesta de adjudicación del contrato al postor que oferte el precio más bajo en acto público con la apertura de las ofertas admitidas realizada por la mesa de contratación, conforme al art. 83 LCAP, tras la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma. Por ello el art. 99 del Reglamento de



desarrollo de la Ley (RGC) determina que han de presentarse ensobre cerrado y separado, firmados por el licitador o la persona que lo represente, tanto las proposiciones económicas como los documentos acreditativos de los requisitos de capacidad y solvencia. Procedimiento del que hablamos en el que, insistimos, si bien la subasta constituye un acto público, la calificación previa de los documentos no ostenta tal carácter ya que debe realizarse a puerta cerrada, conforme se colige "a sensu contrario" del art. 101 del RGC al estatuir el acto público exclusivamente para la apertura de proposiciones admitidas.

Mediante la antedicha actuación se respeta plenamente el principio de competencia por cuanto los concurrentes no toman conocimiento hasta tal momento de las ofertas realizadas por los otros partícipes sin que por ello padezca el principio de transparencia. Así el citado art. 101 RGC determina, en línea con lo dispuesto en el antedicho art. 83 LCAP , que, a efectos de la citada calificación, el Presidente de la Mesa ordenará la apertura de los sobres relativos al cumplimiento de la exigencia de acreditación de la antedicha capacidad financiera, económica y técnica así como de la necesaria solvencia de los solicitantes, con exclusión del relativo a la proposición económica, debiendo, por ello, proceder a la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma.

(...)

SEXTO. - De los pronunciamientos anteriores se concluye la absoluta subsanabilidad de deficiencias documentales mas no que tal rectificación debe llevarse a cabo en paralelo a la apertura de las proposiciones económicas por mucha urgencia que se invoque. No olvidemos que los contratos cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público se encuentran especialmente regulado en la LCAP (art. 72) con una drástica reducción de plazos, entre otras características, más sin que por ello se altere el respeto a los principios esenciales del procedimiento.

Y si alguna duda existiese acerca de la absoluta separación entre lo actuado en una y otra fase, así como el carácter indiscutiblemente previo de la calificación de documentos, nos la resuelve el contenido del art. 104 RGC al decretar que "antes de la apertura de la primera proposición económica se invitará a los asistentes a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la Mesa a



las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que este momento pueda aquella hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de subsanación de defectos a que se refiere el art. 101". De su lectura se infiere inequívocamente que el plazo de corrección de los defectos de la documentación administrativa es absolutamente anterior al de apertura de las proposiciones económicas lo que veda, en consecuencia, que puedan desarrollarse en paralelo.

La transparencia resulta básica y esencial en la fase de apertura de proposiciones económicas por lo que se lleva a efecto en acto público, pero ni es buscada ni deseada en la fase de apertura de las plicas administrativas a fin de no alterar el normal régimen de concurrencia competitiva e igualdad de oportunidades. Es esencial, en términos de la sentencia de 20 de febrero de 2001 citando otra anterior de 17 de febrero de 1992, evitar el surgimiento de favoritismos que desnaturalicen la esencia de la contratación”».

Recordábamos asimismo en la resolución citada que «*la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Primera, de 18 de diciembre de 2013, Recurso de apelación 23/2013, considera en su Fundamento de Derecho Sexto, en relación con el conocimiento anticipado de la proposición económica que:*

“Incluso podría influir, en detrimento de aquellos principios, en la valoración de los requisitos de capacidad de la empresa y en la resolución de las dudas que la misma pudiera suscitar a la Mesa de Contratación.

Todo ello con el consiguiente riesgo de favorecimiento de una determinada oferta en razón a ese conocimiento previo, en perjuicio de las restantes ofertas, viéndose menoscabado el principio de igualdad de trato a los licitadores. La necesidad de preservar la imparcialidad y objetividad en el proceso de adjudicación exige la separación necesaria entre la apertura de la documentación administrativa y la toma de conocimiento de la proposición económica, e impone el carácter secreto de todas las proposiciones, cuyo incumplimiento ha de conllevar la nulidad del procedimiento (STS de 2 de julio de 2004, rec. 3885/2000)”».

Procede, por lo expuesto, desestimar el recurso interpuesto.



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^a F.S.N., en nombre y representación de POMPAS FÚNEBRES SAMPER, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Servicio de recogida, traslado e incineración de cadáveres humanos para el Servicio de Innovación Anatómica de la Universidad Miguel Hernández de Elche*”, con expediente 2020_00082, convocado por Universidad Miguel Hernández de Elche, confirmando el acuerdo impugnado.

Segundo. Levantar la suspensión de la adjudicación acordada por este Tribunal, de conformidad con el art. 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 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.