

Expediente: Expte. 2020/42067 (Plataforma HELP)

Resolución: 10/2020

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a 29 de septiembre de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D^a J.B.O. en nombre y representación de D. S.G.B.** contra el decreto de exclusión de fecha de 28 de julio de 2020, en el que se adopta acuerdo de exclusión como licitador de D. S.G.B. por presentar documentación relativa al sobre nº 3 en el sobre nº 1 en relación al procedimiento de licitación relativo a *“redacción de proyecto, dirección de obra y dirección de ejecución del proyecto de escuela de música y danza de San Pedro de Alcántara T.M. Marbella (Málaga)”* (SE 39/20), este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 2 de marzo de 2020, el órgano de contratación, mediante Decreto nº 2737/2020, aprobar el expediente de contratación para la contratación del servicio de redacción de proyecto, dirección de obra y dirección de ejecución del proyecto de escuela municipal de música y danza de San Pedro Alcántara T.M. Marbella (Málaga) por procedimiento abierto, trámite ordinario y regulación no armonizada, si bien el día 25 de mayo de 2020 en virtud de decreto nº 5885/2020 acordó aprobar nuevos criterios de valoración, así como la modificación de la cláusula 35 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El valor estimado del contrato es de 134.000 euros, IVA excluido.

El anuncio de licitación ha sido publicitado el día 2 de junio de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

SEGUNDO. - Reunida la mesa de contratación el día 2 de julio de 2020 se procedió a la apertura y calificación administrativa de las proposiciones presentadas, acordando en relación a la que aquí nos ocupa excluir la presentada por D. S.G.B. motivada en la *“presentación dentro del sobre nº 1, documentación relativa a los criterios de valoración, que han de incluirse dentro del sobre nº 3, vulnerando la imparcialidad que ha de regir la valoración”*, exclusión que es reiterada por el órgano de contratación en virtud de Decreto nº 9165/2020 de fecha de 28 de julio de 2020 y notificada en la misma fecha a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

TERCERO. – El día 7 de agosto de 2020, D^a J.B.O. en nombre y representación de D. S.G.B. interpone recurso administrativo que califica como de “reposición” en relación al acuerdo de exclusión adoptado por la mesa y el órgano de contratación en relación a la licitación del contrato que figura en el encabezamiento de la presente resolución, solicitando, en síntesis:

“Que sea anulado el decreto de la Junta de Contratación por el que se excluye de la licitación a D. S.G.B.

Que se adopte como medida cautelar de suspensión de la resolución de la adjudicación hasta tanto no se resuelva el presente recurso de reposición.”

CUARTO. – En sesión celebrada el día 2 de septiembre de 2020 este Tribunal en relación al escrito que nos ocupa adoptó el acuerdo que seguidamente se transcribe:

“Con fecha 7 de agosto de 2020 se ha presentado en el registro de este Tribunal, escrito de recurso en relación a la licitación anteriormente referenciada, que, si bien se califica como recurso de reposición, se trata de un contrato licitado por el Ayuntamiento de Marbella susceptible de recurso especial en materia de contratación, por lo que por aplicación subsidiaria del principio de que el “error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter” (art. 115.2 LPACA), los miembros presentes con derecho a voto por UNANIMIDAD

ACUERDAN

PRIMERO. - Que por la Secretaría del Tribunal se requiera al recurrente para que acredite la representación que dice ostentar por un plazo de 3 días hábiles desde el siguiente a la notificación, con indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la ley 39/2015, de 1 de octubre, de conformidad con lo establecido en el art. 51.2 LCSP.

SEGUNDO. - Que en caso de que dicha representación sea subsanada en plazo, y una vez verificada por la Secretaría del Tribunal, se requiere al órgano de contratación para la remisión del expediente de contratación, junto con el correspondiente informe de conformidad con lo establecido en el art. 56.2 LCSP.

TERCERO. – Que en caso de que dicha representación no sea subsanada o no lo sea en el plazo legalmente establecido, se ponga en conocimiento de este Tribunal a los efectos de adoptar la resolución que resulte procedente.”

QUINTO. – Con fecha 2 de septiembre de 2020 por la Secretaría del Tribunal se requirió la acreditación de la representación en los términos acordados por el Tribunal, la cual ha sido debidamente acreditada mediante presentación de la documentación acreditativa de la misma ante este Tribunal con fecha 4 de septiembre de 2020, y por ende dentro del plazo legalmente conferido al efecto.

Con fecha 7 de septiembre de 2020 se interesó del órgano de contratación, informe sobre alegaciones en relación a la medida cautelar interesada por la recurrente, que se recibió en este Tribunal en el mismo día de la fecha, mostrándose favorable a la adopción de la medida cautelar interesada, por tratarse de la solución más acorde de los principios de seguridad jurídica, igualdad e interdicción de la arbitrariedad que han de regir en toda contratación pública.

Por lo que, a la vista de las alegaciones de sendas partes en relación a la medida cautelar de suspensión interesada, este Tribunal en su sesión celebrada el día 10 de septiembre de 2020 acordó la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación que figura en el encabezamiento de la presente resolución y que ha sido comunicada / notificada a sendas partes contendientes en el mismo día de su adopción.

SEXTO. – Con fecha 7 de septiembre de 2020 se recibió por este Tribunal el informe del órgano de contratación en cuanto al fondo de la cuestión suscitada en el escrito de recurso, debiendo indicarse que en relación al expediente administrativo ya había sido remitido a este Tribunal con ocasión de otro recurso especial pendiente de resolver ante el mismo, por lo que tan sólo se ha requerido a fin de una mayor agilidad que se incorporase diligencia acreditativa de no incorporación de nuevos documentos, la cual ha sido remitida por el órgano de contratación ante este Tribunal con idéntica fecha.

SÉPTIMO.- Con fecha 8 de septiembre de 2020 por parte de la Secretaría del Tribunal en virtud de la relación de interesados remitida por el órgano de contratación, se ha dado traslado del recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. S.G.B. a los interesados en dicho procedimiento de licitación, concediéndoles, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recabado certificado del registro en relación al resultado de dicho trámite de alegaciones, en el cual se indica que dentro del plazo legalmente conferido no se ha presentado escrito de alegaciones en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP.

OCTAVO. - En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; y en lo que no se oponga a la misma por 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; por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; por el Real Decreto 77/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) aprobados por Decreto del órgano de contratación de fecha 8 de mayo de 2019; por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; así como el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

SEGUNDO. -En cuanto a la legitimación activa para la interposición del recurso, según establece el artículo 48 de la LCSP 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.

En el caso que nos ocupa, la recurrente es licitadora en el procedimiento de contratación en el que se ha dictado el Acuerdo recurrido, habiéndose acordado su exclusión, por lo que ostentaría un interés concreto y preciso, pues en caso de admitirse su pretensión se anularía el acto recurrido y los posteriores que traigan causa del vicio, por lo que obtendría el beneficio real y efectivo de poder ser adjudicataria del contrato, pudiendo por ello aseverar que la recurrente tiene legitimación para la interposición del recurso.

TERCERO.- En el presente caso se interpone recurso especial contra el acuerdo de exclusión de la recurrente, en el procedimiento de licitación que figura en el encabezamiento de la presente resolución, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 letra b) de la LCSP, donde se dice que podrán ser objeto de recurso especial las siguientes actuaciones:

“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.”.

Asimismo, se trata de un contrato con un valor estimado de 134.000 euros, IVA excluido, y por superior a los 100.000 euros que se exigen en el art. 44 LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de servicios, por lo que el recurso resulta admisible.

CUARTO. – En relación al plazo de interposición, el recurso se ha interpuesto ante este Tribunal en plazo ya que el acuerdo de exclusión fue objeto de notificación el día 28 de julio de 2020, por lo que atendiendo a las especialidades de la notificación en relación al recurso especial en materia de contratación contempladas en la Disposición Adicional Decimoquinta LCSP, y teniendo en cuenta que el recurso fue presentado con fecha 7 de agosto de 2020, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles en los términos previstos en el art. 50.1.c) LCSP.

Igualmente se ha cumplido con el requisito formal de la representación en los términos que ya han sido anteriormente referenciados.

QUINTO. -Entrando a analizar el fondo del asunto, tenemos que comenzar señalando que la recurrente sustenta su recurso, de forma sintetizada, oponiéndose a la exclusión adoptada por la mesa de contratación y/o ratificada por el órgano de contratación, en torno a las siguientes consideraciones:

“El sobre nº 1 se refiere simplemente al cumplimiento de los requisitos administrativos, sin incidencia alguna en la valoración que posteriormente se hubiera de efectuar de los proyectos presentados, que habrá de hacerse en función de la propuesta contenida en la oferta técnica sobre nº 2 y en la oferta económica, sobre nº 3.

Y a eso responde precisamente la finalidad de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, a la transparencia y objetividad en la contratación de las Administraciones Públicas, es decir, que a todos aquellos ciudadanos que cumplan con los requisitos administrativos (Sobre nº 1), puedan acceder a las licitaciones públicas.

La interpretación que hace el órgano de contratación lleva a que la inclusión de un documento, irrelevante en cuanto a la posible incidencia en la valoración por poder afectar a la falta de objetividad en la valoración y que simplemente viene a acreditar uno de los requisitos exigidos en el sobre Nº 1 (Requisitos administrativos) no es compartida por esta parte, y dicho con todo el respeto y en estrictos términos de defensa jurídica, toda vez que no se ha expuesto y justificado, la valoración ha de hacerse en función de los sobres Nº 2 y Nº 3, que son donde precisamente se analizan las características de las propuestas.”

De forma que a tal efecto viene a concluir la recurrente que:

“Este caso, que se adecúa precisamente a lo expuestos y desarrollado respecto de las cláusulas 28.2 y 28.3 del Pliego de contratación, no es el mismo que se analiza en el presente caso y ello por cuanto en ese supuesto se habían mezclado información y documentación relativa a la oferta económica y a la oferta técnica, lo que da lugar al rechazo de las propuestas por poder afectar a la imparcialidad del órgano de contratación, circunstancias que nos e dan en el presente caso, por cuanto la inclusión de un documento que simplemente acredita uno de los requisitos exigidos en el sobre Nº 1, es inocua a la valoración de los proyectos.

Por tanto, ese defecto de carácter formal e inocuo en cuanto a la valoración que se habrá de efectuar a posteriori, en ningún caso puede afectar a los principios de igualdad de trato y no discriminación, principio sobre el que se asientan la normativa de la Unión Europea y por ende la española en materia de contratación.”

SEXTO. –Por su parte frente a las alegaciones aducidas por la recurrente, se opone el órgano de contratación a la admisión del recurso especial interpuesto, con base en síntesis en los siguientes argumentos:

“...en el sobre nº 1 se ha incluido certificado de colegiación con indicación de colegiación por más de 20 años, lo que según los criterios de valoración publicados otorgaría 15 puntos directamente. Dicho conocimiento se obtendría con la apertura del Sobre nº 1, es decir a la hora de valorar los criterios subjetivos ya tendrían los servicios técnicos, información sobre parte de la puntuación objetiva.

El motivo jurídico de separar en dos momentos diferentes la valoración de las ofertas en atención a que los criterios para su evaluación sean subjetivos o no, tiene como finalidad evitar que puedan verse mediatizadas entre sí ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que postula el artículo 1 del LCSP.

Por lo tanto, aquellas ofertas que introduzcan información económica o cualquier otro dato de valoración objetiva en el correspondiente sobre donde deben figurar aspectos o datos de carácter subjetivo deben ser excluidas, pues de lo contrario se vulneraría el principio de igualdad de trato, recogido en el mismo artículo del LCSP, el cual ha de presidir cualquier procedimiento de contratación.

Aplicado al supuesto concreto, ofrecer información a valorar objetivamente antes de la apertura y valoración de los criterios subjetivos, es decir, en el Sobre nº 1, vulnera los principios de seguridad jurídica e igualdad de trato que la Ley de Contratos debe garantizar respecto a los licitadores, como defendemos en el párrafo anterior.

Los licitadores conocían este hecho puesto que se recogía expresamente en la cláusula 28.3 PCAP, que el “error en la documentación a incluir en los sobres, supondrá el rechazo de la proposición correspondiente”.

Este aspecto ya ha sido desarrollado por el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que regula la presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor y establece:

“La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor de 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”.

El defecto en la forma de presentación de la documentación en este sentido justificaría la exclusión de la licitación. Ya previamente al Real Decreto 817/2009, la Junta Consultiva de Andalucía, se había pronunciado a este respecto (...)

El fundamento por tanto de la exclusión de los licitadores que incumplan lo dispuesto en los pliegos de acuerdo con la LCSP sobre la inclusión en los distintos sobres de la correspondiente documentación está en los principios de igualdad de trato y no discriminación, principio sobre el que se asientan la normativa de la Unión Europea y por ende la española en materia de contratación.

(...)

La licitadora parece olvidar el íter secuencial de los procedimientos que aquí abordamos, dado que la apertura de sobres se realiza de manera correlativa a su numeración y, la aportación de la documentación incorrecta en el sobre número 1, como venimos exponiendo a lo largo de toda nuestra argumentación, hace que la misma sea ya conocida cuando se procede a la apertura del sobre dos y tres. Por tanto, si, como mantiene en su argumentación, no se puede tener conocimiento de la oferta realizada en el sobre 3 cuando se proceda a la apertura del sobre 2, huelga decir que, en el supuesto presente, esta documentación ya sería conocida por la Mesa en el momento de la apertura del sobre 2, lo que motiva la exclusión del licitador.”

SÉPTIMO. - Vistas las alegaciones de las partes contendientes procede pronunciarse ahora sobre si la resolución de exclusión de la licitadora y ahora recurrente, por la incorrecta inclusión de documentación a valorar en el sobre nº 1, resulta o no ajustada a Derecho.

Para determinar si la decisión del órgano de contratación de excluir al licitador fue o no conforme a derecho, debemos partir del art. 139 LCSP, en el que se manifiesta que:

“1. 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, así como la autorización de la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación.”

Por su parte, el PCAP que rige la licitación y que conforme a una inveterada doctrina y jurisprudencia se erige en “ley entre las partes contratantes” (sirva por todas a tal efecto la Resolución del TARC Central nº 585/2019) señala en su **cláusula 27.4** relativa a la **forma de presentación de las proposiciones** lo siguiente:

“Las proposiciones para tomar parte en la licitación se presentarán en TRES sobres o archivos electrónicos firmados por el licitador o representante legal, en los que se indicará el nombre y apellidos o la razón social y denominación de la entidad licitante y una dirección de correo electrónico habilitada a efecto de notificaciones de conformidad con lo establecido en la D.A. 15ª de la LCSP, y que consistirán en lo siguiente:

- **Sobre número 1.-** Título: Documentación administrativa.
- **Sobre número 2.-** Título: Documentación para la valoración de criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (Oferta técnica).
- **Sobre número 3.-** Título: Documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (Oferta económica).

Con motivo de la reforma introducida en la Ley de Contratos del Sector Público, por el Real Decreto-ley 14/2019 de 31 de octubre los licitadores indicarán **expresamente** en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servicios o los servicios asociados a los mismos, el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

Los licitadores respetarán en la presentación de documentos el orden establecido en los puntos que siguen, incluso para aquellos apartados en que por las razones que se aduzcan, no proceda su presentación.

La Mesa de Contratación podrá pedir aclaraciones o justificaciones documentales de los datos aportados por el Licitador.

La falta de presentación de cualquiera de los documentos exigidos para la licitación será, por sí sola, causa de exclusión de la misma, salvo que la Mesa de Contratación lo considere subsanable.”

Por su parte la **cláusula 28 del PCAP relativa a documentación a presentar por los licitadores** establece con respecto al contenido de los sobres nº 1 y nº 3, lo siguiente:

“28.1. Sobre número 1: Documentación administrativa

Incluirá el DEUC y el Anexo I del presente pliego

De acuerdo con lo establecido en la LCSP, se pondrá un enlace en la plataforma de contratación del sector público del modelo a seguir conforme al DEUC. En el caso de participación de Uniones Temporales de Empresas, cada empresa deberá cumplimentar su DEUC.

En todos los supuestos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, se aportará una declaración responsable por cada empresa participante.

*Además, los licitadores presentarán **declaración responsable**, en la que éste declare, bajo su responsabilidad que, a fecha del último día de presentación de las proposiciones, cumple con todas las condiciones y requisitos exigidos para celebrar este contrato. A tales efectos, se adjunta a este Pliego, como **Anexo I**, el modelo de declaración responsable que ha de ser cumplimentado y suscrito por los licitadores para incluirlo en el sobre nº 1.*

(...)

28.3. Sobre número 3: Documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Oferta económica.

Contendrá la oferta económica y la de otros elementos de la prestación incluidos dentro de los criterios de valoración automática o matemática, por ser cuantificables o evaluables con arreglo a cifras, fórmulas o porcentajes.

La oferta o proposición económica expresará el valor ofertado como precio de contrata, y vendrá redactada conforme al modelo que se incluye al siguiente modelo, fechada y firmada electrónicamente por el proponente.

No se aceptarán aquellas proposiciones que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente todo aquello que la Administración estime fundamental para la oferta.

La confusión o error en la documentación a incluir en los sobres, supondrá el rechazo de la proposición correspondiente.

Cuando una proposición comportase error manifiesto en el importe de la proposición, dicha oferta será rechazada por la Mesa de Contratación, en resolución motivada, al no poder determinar con carácter cierto cual es el precio realmente ofertado, conforme establece el artículo 84 del RGLCAP.

(...)

28.2.2. EXPERIENCIA PROFESIONAL GENERAL

La experiencia profesional general hace referencia al tiempo, medido en años completos, que el responsable de la ejecución del contrato lleva ejerciendo la profesión de Ingeniero, Ingeniero Técnico, Arquitecto, Arquitecto Técnico o cualquier otra profesión relacionada con el campo de arquitectura o ingeniería que exija un título universitario habilitante.

Se justificará la experiencia profesional general mediante los siguientes documentos:

*Declaración responsable en el que se indicará de forma precisa (**Anexo I**):*

- Empresa/empleador*
- CIF empresa/empleador*
- Puesto/Cargo*
- Título Académico habilitante para el ejercicio del puesto / cargo*
- Fecha de inicio de actividad profesional*
- Fecha final (se computará como máximo la fecha de finalización de presentación de ofertas a la presente licitación).*

- Principales actividades y responsabilidades
- Lugar de ejercicio de la profesión
- Suma de años completos de experiencia general que será igual a la parte entera, descartando la parte decimal, del resultado de dividida la suma de los días cotizados de todos los trabajos desempeñados entre 365 días.
- Autobarefacción de la experiencia profesional general según anexo.

Previa la adjudicación del contrato, el candidato con mayor puntuación deberá entregar la documentación justificativa para acreditar la experiencia profesional general incluida en la declaración responsable. Para ello se podrá justificar dicha experiencia mediante, entre otros:

- La documentación acreditativa de los contratos que detallen la categoría/especialidad profesional en la que se prestaron los servicios.
- Informe de vida laboral (documento oficial emitido por la autoridad competente en el que se recogen todos los períodos en que has estado cotizando en el Sistema de Seguridad Social).
- Certificado del Colegio Profesional correspondiente.
- Declaración del Impuesto de Actividades Económicas.

Los documentos entregados para la valoración de la experiencia profesional general deberán ser suficientes para acreditar como mínimo los datos fiscales del empleador o del autónomo, puesto desempeñado y fechas de inicio y finalización de dicho puesto. En caso de que la documentación fuera insuficiente para acreditar tales extremos, se requerirá al candidato con mayor puntuación la subsanación de la documentación en un plazo de 5 días hábiles. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se procederá a su exclusión y a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

De acuerdo con las previsiones anteriores, resulta meridianamente clara la información y documentación que había de incluirse en cada uno de los sobres, resultando pacífico tal y como afirma el órgano de contratación que, por parte del licitador aquí recurrente, se ha incluido documentación relativa al sobre nº 3 en el sobre nº 1, anticipando el licitador una parte de las características de su oferta económica.

En concreto, de acuerdo con la **cláusula 35** del PCAP, se establece como uno de los criterios a valorar mediante fórmula con hasta 15 puntos la **experiencia profesional general**, cuya valoración a tenor de los pliegos debía justificarse mediante declaración responsable con los extremos que se reflejan en la **cláusula 28.2.2**, de forma que únicamente el candidato que obtuviere mayor puntuación debía entregar la documentación que en la referida cláusula figura, lo cual acontece como es obvio una vez concluida la licitación y con carácter previo a la adjudicación.

Sin embargo, como acertadamente señala el órgano de contratación el hoy aquí recurrente incluye en el sobre nº 1 relativo a la documentación administrativa, un certificado del colegio oficial de arquitectos en el que se indica que cuenta con una experiencia de 20 años, 1 meses y veinte días, aspecto que a los efectos de la licitación que nos ocupa se configura como un criterio de valoración de la oferta económica (hasta 15 puntos), de forma que debiendo incluirse en el sobre nº 3 a tenor del PCAP declaración responsable para la valoración de dicho criterio, sin perjuicio de su posterior acreditación por el licitador propuesto como adjudicatario, por parte del recurrente se anticipa o desvela su experiencia profesional general a efectos de valoración como parte de su oferta económica en el sobre nº 1, mediante documentación acreditativa de la misma, esto es, mediante certificado de su colegio profesional.

Sobre las consecuencias que tiene la correcta inclusión de la documentación a valorar en cada uno de los sobres se han venido pronunciando nuestros tribunales de justicia, pudiendo citarse, por todas la **Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Primera, de 18 de diciembre de 2013**, recurso de apelación 23/2013, en cuya Fundamento de Derecho Sexto señala lo siguiente:

“En consecuencia debe destacarse que se verían comprometidas la imparcialidad y la objetividad en el proceso de adjudicación si el Órgano de contratación o la Mesa de contratación tuviesen un conocimiento anticipado de la proposición económica del licitador, que por constituir un criterio evaluable automáticamente y no dependiente de un juicio de valor, podría influir en la posterior valoración de los criterios no evaluables automáticamente en cifras o porcentajes dependientes de un juicio de valor. 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).

Igualmente, aquella exigencia impone el escrupuloso respeto al orden en que han de sucederse las valoraciones de los distintos criterios de adjudicación, en función de su evaluabilidad automática por aplicación de fórmulas o mediante juicios de valor. Repárese en que las garantías que la Ley establece en el procedimiento de adjudicación se encuentran, no tanto al servicio de la integridad de la oferta del licitador, como de los principios de transparencia en la licitación e igualdad de trato a los licitadores en el procedimiento que presiden el sistema de contratación; lo que requiere, por lo que ahora nos interesa, asegurar que la Mesa de Contratación no se verá afectada en su objetividad e imparcialidad por el conocimiento anticipado de la oferta económica del licitador.

Estas últimas consideraciones conducen a una segunda conclusión: la Mesa de contratación no puede tener conocimiento de las proposiciones económicas de los licitadores con anterioridad a la valoración de los criterios técnicos, no valorables en cifras o porcentajes o dependientes de un juicio de valor, pues tal proceder menoscabaría los principios de imparcialidad y objetividad en el procedimiento de adjudicación que deben presidir su actuación”.

También el TARC Central ha tenido ocasión de pronunciarse de forma reiterada sobre el incumplimiento del principio de separación, pudiendo destacarse entre otras la **Resolución nº 463/2017**, que sintetiza su doctrina al respecto en los siguientes términos:

“La doctrina del Tribunal sobre la infracción de este principio de separación viene recogida en resoluciones como la 916/2016 de 11 de noviembre, cuyo fundamento sexto sostiene lo siguiente:

En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administraciones Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente Resolución 1108/2015: “Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general 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 o 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 aquéllos 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).

Eso, no obstante, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distintos 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 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 forma más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas.

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o2 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 está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

La conclusión definitiva es que, aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores.”

De forma más reciente puede traerse a colación la **resolución nº 574/2019 del TARC Central**, que reiterando los criterios anteriormente expuestos recuerda en base a diferentes pronunciamientos previos que:

“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 o 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 e 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 concluíamos 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 de mayo, 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 presentar las 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 mediante fórmulas.

La pretensión 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 pretensión 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 Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, 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 Real Decreto 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”.

También señalamos en nuestra Resolución 191/2011 que “la norma cuando se refiere a “documentación” no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene (“escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”, en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, RAE, 22 edición) pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores”.

Igualmente señalamos en la referida Resolución 191/2011 que la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, “es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre 2º resulta ratificada en el sobre 3º, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión- por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aún, los efectos que sobre la valoración definitiva de la ofertas pueda producir la información anticipada”.

Es por ello que puede concluirse que, en el presente caso, de acuerdo con la doctrina referenciada entendemos que la inclusión en el sobre nº 1 relativo a la documentación administrativa, de parte de la información de la oferta económica a incluir en el sobre nº 3, supone una quiebra de los principios de igualdad y objetividad en relación al resto de licitadores que han presentado correctamente sus ofertas, dado que permitiría conocer a la Mesa de contratación anticipadamente una parte de la oferta económica del hoy aquí recurrente, con riesgo de quedar “contaminada” la valoración previa de los criterios sujetos a juicio de valor, y en suma con quiebra de los principios más elementales que han de presidir la contratación pública.

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y 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. S.G.B. contra el acuerdo de exclusión como licitador en relación al procedimiento de licitación relativo a “*redacción de proyecto, dirección de obra y dirección de ejecución del proyecto de escuela de música y danza de San Pedro de Alcántara T.M. Marbella (Málaga)*” (SE 39/20).

SEGUNDO.- Acordar el levantamiento de la medida cautelar, acordada en el presente procedimiento de licitación, conforme al art. 57.3 de la LCSP.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.