

“Expediente: Expte. 2020/62542 (Plataforma HELP)”

Resolución: 12/2020

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

Marbella, 18 de diciembre de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D^a M.J.C.G. en nombre y representación de CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES S.A.**, contra acuerdo de exclusión de dicha entidad mercantil en la licitación del contrato relativo a *“servicio de mantenimiento y lavado de contenedores adquiridos en el período 2020 – 2024 para el Excmo. Ayuntamiento de Marbella”* (Exp. SE 43/20), este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 10 de febrero de 2020, el órgano de contratación mediante Decreto nº 1670/2020, acordó aprobar el expediente de contratación del servicio de mantenimiento y lavado de los contenedores de la fracción resto adquiridos en el período 2020 – 2024, por procedimiento abierto, trámite ordinario y regulación armonizada.

El valor estimado del contrato es de 1.326.000 euros, IVA excluido.

El anuncio de licitación fue publicado inicialmente en la Plataforma de Contratación del Sector Público, así como en el DOUE por tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada con fecha 27 de febrero de 2020, en tanto que los respectivos anuncios rectificativos se han publicitado tanto en la Plataforma de Contratación del Sector Público, como en el DOUE con fecha 19 de mayo de 2020.

SEGUNDO. – En sesión celebrada por la mesa de contratación con fecha 5 de octubre de 2020, con base a las consideraciones del informe de valoración emitido por los servicios técnicos de limpieza con fecha 1 de octubre de 2020, se acordó excluir por unanimidad a la entidad CESPAS S.A. por haber incluido documentación del sobre número 3, documentación relativa a criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, dentro del sobre número 2, documentación que debe ser evaluada mediante juicios de valor.

Dicha exclusión fue reiterada por el órgano de contratación en virtud del Decreto nº 2020/13535 con fecha 23 de octubre de 2020 y notificada en la misma fecha a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

TERCERO. – Con fecha 12 de noviembre de 2020, D^a M.J.C.G. en nombre y representación de CESPAS S.A. interpone recurso especial en materia de contratación contra el referido acuerdo de exclusión, en el que en síntesis viene a solicitar que:

1) Previos los trámites correspondientes, se dicte resolución estimatoria por este Tribunal, en virtud de la cual se anule o deje sin efecto el Decreto de Exclusión objeto de impugnación, y se declare la nulidad de toda la licitación.

2) Se adopte medida cautelar de suspensión del procedimiento, sin necesidad de prestar caución o fianza alguna puesto que queda acreditado que en el caso que nos ocupa, no se produce perjuicio alguno por la suspensión del procedimiento para ninguno de los implicados, sino más bien al contrario.

CUARTO. –Con fecha 16 de noviembre de 2020 este Tribunal en relación al recurso especial en materia de contratación interpuesto, adoptó el acuerdo que seguidamente se transcribe:

“Visto el recurso especial en materia de contratación presentado el día 12 de noviembre de 2020 en el registro de entrada de este Tribunal, los miembros presentes con derecho a voto por UNANIMIDAD

ACUERDAN

PRIMERO. - *Admitir al recurso a trámite*

SEGUNDO. – Requerir al Servicio de Contratación la remisión de expediente para su estudio por este Tribunal, junto con el correspondiente informe, así como pronunciamiento expreso sobre la medida cautelar interesada por el recurrente en el plazo de dos días hábiles”.

QUINTO. – Con fecha 17 de noviembre de 2020 por la Secretaria del Tribunal 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 con fecha 19 de noviembre de 2020, mostrándose favorable a la adopción de la medida cautelar interesada, al considerar que la continuación de la tramitación podría causar perjuicios irreparables a los intereses afectados.

Por lo que, a la vista de las alegaciones de sendas partes en lo que respecta a la medida cautelar de suspensión interesada, este Tribunal en su sesión celebrada el día 23 de noviembre de 2020 acordó la adopción de la medida cautelar interesada 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 19 de noviembre de 2020 se remite a este Tribunal el expediente de contratación junto con el informe del órgano de contratación en relación al fondo de la cuestión suscitada, de forma que en base a la relación de interesados remitida por parte de la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado el día 23 de noviembre de 2020 del recurso especial en materia de contratación interpuesto por CESPAS S.A., 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.

En relación a dicho trámite debe reseñarse que con fecha 25 de noviembre de 2020 (y por ende dentro del plazo legalmente conferido) se ha recibido escrito en este Tribunal por parte de URBASER en el que se indica que en relación a dicho trámite, el recurso especial que se adjunta por un error en escaneo, se le había remitido incompleto por faltar las páginas pares, pudiendo ocasionarle una situación de indefensión, por lo que comprobada la veracidad de tales aseveraciones, se procedió a formular por la Secretaría del Tribunal una nueva notificación con fecha 25 de noviembre de 2020, una vez subsanado el defecto advertido por dicha mercantil interesada, concediendo un nuevo plazo de 5 días hábiles, a fin de evitar una situación de indefensión.

SÉPTIMO. – 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 pueden resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Lo que efectivamente ocurre en el supuesto que aquí acontece, dado que 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, con las consecuencias que en su caso pudieran derivarse de tal pretensión, con incidencia real y efectiva en la esfera de sus derechos e intereses legítimos.

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, don de se dice que podrán ser objeto 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 de valor estimado de 1.326.000 euros, IVA excluido, y por ende superior a los 100.000 euros que se exigen en el art. 44 LCSP para la admisibilidad del recurso especial en materia de contratación en relación a 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 23 de octubre 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 12 de noviembre de 2020, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles en los términos previstos en el art. 50.1.c) y g) LCSP.

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:

“La pretensión que se esgrime en el presente REMC consiste en que se anule el Decreto de Exclusión, notificado con fecha 23 de octubre de 2020, en virtud del cual excluye a la licitación de la oferta presentada por CESP. En el presente REMC se justificará que tal Decreto de exclusión no se ajusta a Derecho y ello por cuanto la oferta de mi representada no ha incluido en su oferta técnica información que pertenece al sobre relativo a criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas.

Como consecuencia de lo anterior, tal y como se expondrá a lo largo del presente escrito, no siendo posible retrotraer el procedimiento de contratación al momento anterior a la exclusión de la oferta de CESP y proceder a valorar la oferta técnica de mi representada sin que se viese comprometida la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación, pues la Mesa de Contratación ya habría procedido a abrir las ofertas económicas del resto de licitadores en su reunión de fecha de 21 de octubre de 2020, la estimación del presente REMC debe conllevar necesariamente la declaración de nulidad de toda la Licitación. Siendo ésta también una pretensión que se esgrime por esta parte por medio del presente REMC (...).

De manera que tras sustentar su pretensión en diferentes resoluciones y pronunciamientos jurisprudenciales, viene a concluir que:

“En definitiva, aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que tal y como se ha expuesto mi representada no incluyó en su oferta técnica (Sobre 2) dato alguno que revelara el importe del valor anual del contrato (expresado en porcentaje) destinado a la reparación o sustitución de contenedores por roturas originadas por mal uso, actos vandálicos, siniestros o cualquier otra causa incluido en su proposición económico que era objeto de valoración automática, así como la ausencia de justificación por el Órgano de contratación de que la mención al porcentaje de contenedores en stock incluida por CESP en su proposición técnica pudiera haber influido en la valoración de su oferta, es posible concluir que dicha mención no adelantó a la Mesa de Contratación (ni a los servicios técnicos municipales) información que les permitiese valorar los criterios objetivos de forma anticipada, sin que en la valoración se pudiera haber producido la pretendida quiebra de los principios de

objetividad, transparencia, igualdad de trato y de secreto de las proposiciones que rigen en materia de contratación pública, por lo que el REMC debe ser estimado, anulando el Decreto de exclusión recurrido.

Y dado, como expuesto, no es posible retrotraer el procedimiento de contratación al momento anterior a la exclusión de la oferta de CESPAS y proceder a valorar la oferta técnica de mi representada sin que se viese comprometida la imparcialidad y objetividad del Órgano de contratación, pues la Mesa de Contratación ya habría procedido a abrir las ofertas económicas del resto de licitadores en su reunión de fecha 21 de octubre de 2020, la estimación del presente REMC debe conllevar necesariamente la declaración de nulidad de toda la Licitación.”

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:

“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 conllevaría la nulidad del procedimiento.

Por ello, consideremos que el stock del 3% de contenedores para el Servicio de mantenimiento correctivo ofrecido por la mercantil CESPAS S.A. en el Sobre nº 2 de evaluación de criterios subjetivos o juicios de valor, constituye información a valorar en el sobre nº 3 relativo a los criterios evaluables mediante fórmulas o criterios objetivos, lo que motiva la contaminación de los sobres cuya valoración podría conllevar la nulidad del procedimiento como ya se ha indicado, por lo que entendemos correcta la exclusión propuesta por la Delegación de Limpieza Pública”.

SÉPTIMO. – Dentro el plazo legalmente conferido al efecto en cumplimiento del trámite contemplado en el art. 56.3 LCSP se ha presentado en el registro de este Tribunal en su condición de interesada en el procedimiento licitatorio que nos ocupa, escrito de alegaciones por parte de la entidad mercantil URBASER S.A. en el que se opone a las pretensiones de la recurrente, sobre la base y en síntesis de las siguientes consideraciones:

“A la vista de todo lo anterior, consideramos que la exclusión de la mercantil CESPAS está plenamente justificada, toda vez que ella misma reconoce que los contenedores propuestos en la tabla referida lo son para la reposición de los mismos (...)

Dicho reconocimiento, supone incluir en el sobre 2 información relativa a criterios objetivos del sobre 3, resultando irrelevante la forma en la que se presente (en porcentaje o en unidades). Es por ello, que consciente de su incumplimiento, se trata de justificar la presencia de dicha información bajo el concepto de contenedores para eventos; sin embargo, dicho razonamiento decae ante la evidencia del aumento anual que se ha previsto en el stock de contenedores a lo largo del contrato, por lo que se puede considerar que dicho argumento es un vano intento de crear confusión sobre el verdadero destino del stock de contenedores referidos en la tabla y que no es otro que el de la reposición de contenedores.

Resumiendo, una vez justificado que el stock de contenedores en la tabla referida lo es para la reposición y que ello supone adelantar información en el sobre 2 de un criterio objetivo del sobre 3, atendiendo a lo contenido en la cláusula 28.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas, la mercantil CESPAS incurre en un claro incumplimiento de los pliegos que deviene en causa de exclusión de su oferta”.

OCTAVO. – Vistas las alegaciones de las partes contendientes procede pronunciarse ahora sobre si la resolución de exclusión de la licitadora y ahora recurrente por resultar la cuestión central que es objeto de controversia, resulta o no ajustada a Derecho, por posible vulneración de la doctrina conocida como de “contaminación de los sobres”, al haberse podido adelantar información relativa a los criterios a evaluar mediante fórmula (sobre nº 3), en el sobre nº 2 relativo a criterios sujetos a juicio de valor, res

A tal efecto para determinar si la decisión del órgano de contratación de excluir a la licitadora ha sido o no conforme a derecho, debemos partir del artículo 139 LCSP, en el que se establece 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.”

Y en lo que respecta al orden de evaluación en aquellas licitaciones en que se establecen criterios sujetos a juicio de valor de un lado, y criterios sujetos a fórmula de otro ha de estarse a las previsiones del art. 146.2.b) LCSP que establece que *“en todo caso, la evaluación de las ofertas conformes 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 circunstancias, dejándose constancia documental de ello”*.

En similares términos dispone el art. 26 del RD 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”*; de manera que como viene a establecer el art. 30.2 de la referida disposición reglamentaria *“en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”*.

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 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 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 en relación al contenido de los sobre nº 2 y nº 3, lo siguiente:

“28.2 Sobre número 2: Documentación para valoración de criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Oferta técnica.

El sobre 2, contendrá la documentación técnica referida a los aspectos de la prestación correspondientes a los criterios de valoración discrecional, considerándose como tales los que no son evaluables de forma automática o matemática con arreglo a cifras, fórmulas o porcentajes por depender de un juicio de valor.

La oferta o propuesta técnica consistirá en un Proyecto o Memoria descriptiva del producto propuesto, que deberá ser compatible y ajustado a las determinaciones y exigencias técnicas básicas o preceptivas establecidas en el Pliego de Condiciones Técnicas, integrada por los documentos y contenidos que se establezcan en el mismo.

La oferta técnica no podrá contravenir las determinaciones recogidas en el Pliego de Condiciones Técnicas.

En la oferta técnica se expondrán cuantos datos descriptivos del producto o actividad a desarrollar se consideren de interés para el proponente, y principalmente los que conciernan a los criterios de adjudicación de carácter discrecional que se establezcan en la cláusula 37 del presente pliego, al objeto de la valoración de las condiciones de la oferta por el órgano de Contratación.

*En dicha información no podrá introducirse o referirse contenido sobre los aspectos de la prestación relacionados en los criterios de valoración automática a incluir en el sobre 3, o que pueda facilitar o sugerir su conocimiento, por ser ambos sobres y sus contenidos de valoración separada e independiente. Por tanto, **en ningún caso podrá incluirse en la oferta técnica, información o documento a incluir en la oferta económica.***

*En su caso, los licitadores deberán presentar una declaración complementaria indicando que documentos administrativos y técnicos y datos son, a su parecer, constitutivos de ser **considerados confidenciales**. Esta circunstancia deberá además reflejarse claramente (sobreimpresa, al margen o de cualquier otra forma) en el propio documento señalado como tal.*

De no aportarse esta declaración se considerará que ningún documento o dato posee dicho carácter. En este caso deberán presentar la oferta técnica sin la información y datos confidenciales, en soporte electrónico, firmado electrónicamente.

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 RGLAP.”

A su vez teniendo en cuenta el objeto de la presente controversia, conforme se indica en la **cláusula 35 PCAP**, entre los criterios objetivos valorables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas, se contempla en lo que aquí interesa:

“D) Ampliación del tanto por ciento del importe para actos vandálicos máximo.....
.... 10

Por cada punto porcentual ampliado se otorgará 2 puntos con un máximo de 5 puntos porcentuales”.

También ha de traerse a colación las previsiones de la **cláusula 3 del PPT**, que al efecto establecen en relación a la cuestión que nos atañe:

“Las operaciones específicas de mantenimiento de contenedores incluirán al menos:

Reparación de elementos deteriorados de los contenedores por cualquier causa, o sustitución del mismo, en un plazo nunca superior a 24 horas.

Suministro, colocación y retirada de contenedores normalizados, para los distintos eventos que se producen en el municipio a lo largo del año sin ser necesario aumento de personal.

Se ofertará al menos un 2% del valor anual del contrato destinados a reposiciones por roturas originadas por mal uso, actos vandálicos, siniestros o cualquier otra causa. Esa cantidad se regularizará al final de cada año del contrato de mutuo acuerdo con el adjudicatario.”

E igualmente teniendo en cuenta que el aspecto central sobre el que gira la presente controversia, que no es otro que la oferta formulada (sobre nº 2) por la aquí recurrente CESPAS S.A., se hace necesario reproducir la siguiente previsión que se incardina dentro del punto 2.2 relativa al servicio de mantenimiento correctivo en la que expresamente se señala que:

“Para agilizar la sustitución de la unidad dañada y poder ofrecer un tiempo de respuesta mínimo ante estas situaciones, CESPAS contará con un stock del 3% sobre las unidades existentes cada año. Estos contenedores se ofrecerán sin coste para el Ayuntamiento”.

Tratando por tanto dar respuesta a la cuestión que aquí se suscita hemos de partir de lo señalado en el **informe 2/2019, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de la CCAA de Madrid**, que de forma ilustrativa señala cual es la razón principal que subyace en la regla que establece el orden de apertura de sobres en los procedimientos licitatorios, de forma que:

“La regla del secreto de las proposiciones establecida en la legislación de contratos públicos no es un objetivo en sí mismo sino que pretende, de un lado, evitar posibles manipulaciones de las ofertas entre su presentación por el licitador y la apertura en acto público con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del sistema de contratación y, de otro lado, evitar que el conocimiento anticipado antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas pueda suponer una ventaja competitiva para quienes la presentan dentro de plazo pero con conocimiento de las ya presentadas.

Además, cuando el procedimiento contiene criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, el secreto y el orden de apertura tienden a garantizar la objetividad en la valoración de los criterios subjetivos.”

Junto a tal previsión, además de la doctrina ya referenciada en nuestra resolución nº 9/2020 en relación a la llamada “contaminación de los sobres” que expresamente se invoca por el órgano de contratación, también puede traerse a colación la **Resolución nº 328/2020, de 8 de octubre de 2020, del Tribunal de Recurso Contractuales de la Junta de Andalucía**, que recogiendo su doctrina más actual al respecto dispone lo siguiente:

“Es doctrina de este Tribunal la contenida, entre otras muchas, en la Resolución 114/2020, de 1 de junio, citando la previa 275/2019, de 6 de septiembre:

*“Como ya viene reconociendo este Tribunal en numerosas resoluciones – v.g. Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 82/2018, de 28 de marzo, 177/2018, de 14 de junio y 196/2019 y 197/2019, ambas de 22 de junio, entre otras muchas- y el resto de Órganos de recursos contractuales, **lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas**, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadores y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 145.2 del TRLCSP.”*

En el mismo sentido se pronuncia nuestra Resolución 313/2019, de 2 de octubre:

“En definitiva, la quiebra de las garantías de objetividad e imparcialidad así como del principio de igualdad y no discriminación se produce cuando dentro del sobre de documentación justificativa de los criterios evaluables mediante juicio de valor, se incorpore documentación, información o referencia que permita al órgano evaluador el conocimiento de elementos que deberían ser valorados después en el sobre de documentación justificativa de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática.”

De forma que proyectados los citados criterios sobre el supuesto que aquí acontece, entendemos que asiste la razón tanto al órgano de contratación como a la entidad mercantil compareciente en el trámite del art. 56.3 LCSP, dado que la aquí recurrente trata de acogerse a una cuestión meramente “nominativa” para tratar de desvincular que la información facilitada en el sobre nº 2 no guarda relación ni desvela información alguna en relación al criterio evaluable mediante fórmula que se contempla en la cláusula 35 PCAP, cuando lo cierto es que no resulta necesario llevar a cabo un gran esfuerzo argumental para comprobar que al menos de forma indirecta se está facilitando información que guarda relación con el criterio a evaluar tras la apertura del sobre nº 3, bastando para ello confrontar las previsiones de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación que nos ocupa, con las previsiones puestas de manifiesto por la recurrente en el sobre nº 2, en concreto en las páginas 18 a 20 de su oferta.

Así pues, el mando legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, a fin de hacer efectivo el principio de igualdad de trato que se erige como una de los principios vertebradores de cualquier procedimiento licitatorio, y que expresamente se proclama en el art. 1.1. LCSP.

Lo que nos lleva a concluir que en el presente caso y conforme hemos tenido ocasión de reseñar, entendemos que se ha producido una quiebra de tales principios por haberse incluido información relativa a la oferta económica en el sobre nº 2 permitiendo anticipar determinadas aspectos de la misma en un momento procedimental improcedente, por lo que procede desestimar el recurso contra la exclusión de la oferta de la recurrente por las razones expuestas, y por ende también la pretensión de que se declare la nulidad de toda la licitación por haberse procedido a la evaluación del resto de ofertas de los licitadores concurrentes.

NOVENO. - Un último aspecto a reseñar al que de forma tangencial parece referirse la recurrente (que se le da respuesta por parte del órgano de contratación) tiene que ver con la ausencia de motivación del decreto de exclusión, por lo que procedería examinar si la resolución adoptada por el órgano de contratación y notificada a la aquí recurrente está debidamente motivada en los términos legalmente exigidos.

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 señala que la motivación es un medio técnico de control de la causa del acto, de ahí que no se trate de un simple requisito formal sino de fondo, que no se cumple mediante el empleo de cualquier fórmula convencional, sino que ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico determinante de la decisión.

También la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2002, declara que:

“La existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan”.

Asimismo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014 (Rec. 3415/12), recogiendo en este punto doctrina anterior del propio Tribunal:

“La motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo, y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal – exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es solo, como subraya el Tribunal Constitucional, una elemental cortesía, sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; en último término la motivación es el medio que posibilita el control jurisdiccional de la actuación administrativa, pues, como quiera que los Jueces y Tribunales han de controlar la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican – artículo, 106.1 Constitución-, la Administración viene obligada a motivar las resoluciones que dicte en el ejercicio de sus facultades, con una base fáctica suficientemente acreditada y aplicando la normativa jurídica adecuada al caso cuestionado, sin presuponer, a través de unos juicios de valor sin base fáctica alguna, unas conclusiones no suficientemente fundadas en los oportunos informes que preceptivamente ha de obtener de los órganos competentes para emitirlos, los cuales, a su vez, para que sean jurídicamente válidos a los efectos que aquí importan, han de fundarse en razones de hecho y de derecho que los justifiquen.”

A tal efecto, entendemos que la resolución de exclusión adoptada por el órgano de contratación, cumple con los parámetros exigibles en lo relativo a los fundamentos que sustentan o motivan su adopción, permitiendo a su destinataria (la aquí recurrente), conocer de forma meridiana los criterios que sustentan la decisión de excluirla del procedimiento licitatorio, y por ende acudir a la vía procedente como es la del recurso especial en materia de contratación para combatir tales motivos, lo que queda acreditado con la comparecencia de la recurrente ante este Tribunal frente al cual ha de podido aducir las pretensiones correspondientes (y que conforme al apartado anterior de la presente resolución son objeto de desestimación), por lo que se no aprecia la falta o déficit de motivación que se indica por la recurrente, de forma que tal pretensión ha de ser igualmente objeto de desestimación.

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 interpuesto por **D^a M.J.C.G. en nombre y representación de CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES S.A.**, contra acuerdo de exclusión de dicha entidad mercantil en la licitación del contrato relativo a *“servicio de mantenimiento y lavado de contenedores adquiridos en el período 2020 – 2024 para el Excmo. Ayuntamiento de Marbella”* (Exp. SE 43/20).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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.