

REGISTRO ÚNICO	
EXCOMO AYUNTAMIENTO DE ALMAGRO	
27 NOV 2015	
ENTRADA Nº	SOLICIA Nº
5.330.	

Cumplimentando la petición de la Sr^a. Alcaldesa Accidental de Almagro, mediante oficio de fecha de 25 de noviembre de 2015, remitido por correo electrónico, con entrada en esta Unidad de Apoyo Técnico a los Ayuntamientos en la misma fecha, se emite el siguiente

INFORME

En base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO: Por el Ayuntamiento se solicita informe sobre los efectos producen en un expediente de contratación, que un licitador identifique su oferta económica que supone un 10% en los criterios de adjudicación, reservada según el pliego al sobre B, en los documentos que han de incluirse en el sobre C donde deberían incluirse los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

El informe se limita a esta incidencia, sin entrar en el resto del expediente administrativo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

A este supuesto le es de aplicación la siguiente legislación:

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,

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.

La anterior legislación se concreta en el supuesto que nos ocupa como sigue:

La cuestión de fondo planteada en el presente informe se refiere a la inclusión en el sobre que contenía el proyecto de actividad (sobre C) no de la documentación que debiera haberse incluido en el sobre conteniendo la oferta económica, pero si de una mención exacta de cual iba a ser su oferta económica, concretamente la referencia al precio, como consecuencia de lo cual la mesa de contratación ha se plantea la duda de si el licitador a de ser excluido de la licitación.

Al respecto debe indicarse, ante todo, que es una exigencia tradicional en nuestras leyes de contratos públicos la publicidad en la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores. Esta condición se encuentra establecida en el artículo 160.1 „in fine” del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 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”, está desarrollada en los artículos 83 y siguientes del

Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se complementa con la disposición del artículo 145.2 del mismo texto legal de conformidad con la cual "las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública". De ello debe deducirse que rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario al mandato legal transcrito, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones antes de que se celebre el acto público para su apertura.

En tales preceptos se establece, además, una diferencia esencial entre la apertura y calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para la contratación a que se refiere el artículo 146 del texto refundido y los documentos que formando parte de la propuesta, no se correspondan con la oferta económica, en relación con el sobre donde se contenga la oferta económica de cada licitador d. Así, para los primeros de ellos ni el artículo 160.1, ya citado, ni el artículo 81 del Reglamento contienen requisito de publicidad alguno, permitiendo que se lleve a cabo en un acto interno propio del órgano de contratación. Por el contrario, para la apertura de la proposición económica, se exige expresamente que se efectúe en acto público.

En consecuencia, mientras el acto de apertura de la documentación prevista en el artículo 146 del texto refundido es abierta y calificada en un acto carente de especiales formalismos, y la apertura de los sobres C que dependen de un juicio de valor en este caso queda reservado igualmente a una actuación interna de la mesa, o en su caso, de ser este preceptivo, del comité de expertos; la apertura de la proposición económica debe hacerse con estricta sujeción a las disposiciones legales relativas, no sólo a la necesidad de efectuarla en acto público, sino además observando, en circunstancias determinadas, un especial orden en el conocimiento y valoración de los diferentes elementos que la componen. Así lo ha señalado acertadamente en su resolución 1/2011, de 28 de marzo del citado año, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón al decir que "si se considerara que estas exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento "ordenado" de apertura de las documentaciones, podría admitirse que la falta de cumplimiento de las mismas, no determinase de forma inevitable la exclusión del procedimiento de las empresas que incumplen dichas previsiones. Sin embargo, tal conclusión adolecería de superficialidad, en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales de la contratación pública". En efecto, la intención del legislador al regular en la forma que lo hizo los procedimientos de adjudicación de los contratos y, en particular, la forma en que debía procederse a la apertura de los distintos sobres conteniendo la documentación y la proposición presentadas por los licitadores no es otra que garantizar, por una parte, el trato no discriminatorio y en igualdad de todos los licitadores y, de otra, la transparencia, garantía, a su vez, de la autenticidad de los datos que reflejan los documentos que contienen la oferta. En

idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Madrid en su resolución 84/2011, de 7 de diciembre.

Así, la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 147/2011, dictada el 25 de mayo de dicho año, se puso de manifiesto que la documentación conteniendo los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas no debía incluirse en el sobre de la documentación a que se refiere el artículo 146 del texto refundido, pues de hacerlo, la infracción debería llevar acarreada la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella. Ya en esa resolución dijimos que "la situación antes descrita - tratada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 68/08 de 2 de diciembre, si bien referida a la Ley 31/2007 de 30 de octubre, y a un supuesto de inclusión de información de aspectos económicos de la oferta en la documentación técnica - 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".

Por otra parte, y a mayor abundamiento el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en su artículo 150.2 establece que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

Por su parte, el Real Decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público determina, en su artículo 26, que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.

la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya se ha pronunciado anteriormente sobre el mantenimiento del secreto y separación en sobre distinto de la documentación relativa a la oferta económica. En este sentido, el informe 62/08, de 2 de diciembre de 2008, y sobre la base de los principios de no discriminación e igualdad de trato consagrados en los artículos 1 y 123 de la LCSP (actual TRLCSP) señala: "Estas exigencias requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato.

Pues bien, precisamente las cautelas que, habitualmente se establecen en los pliegos de cara a la valoración de los criterios técnicos (se entiende que en los casos en que los mismos no son susceptibles de valoración mediante la simple aplicación de una fórmula) tienen por objeto como ya se ha dicho mantener la máxima objetividad posible en la valoración. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de parte de los licitadores solamente, a desigualdad en el trato de los mismos.

Frente a ello la única solución es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas en forma que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto al secreto de las mismas."

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 asienta la normativa de la Unión Europea y por ende la española en materia de contratación.

Así, el artículo 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre señala que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia. Por lo tanto, aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, llegamos a la conclusión de que las ofertas de los licitadores resultan inadmisibles.

No nos encontramos ante por tanto, ante un defecto cometido por el licitador que fuera subsanable, ya que al supuesto que nos ocupa puesto que no se refiere a una situación en que la documentación aportada en sobre erróneo no esté sujeta a valoración y su conocimiento, aunque sea parcialmente, por el órgano de contratación en un momento distinto al previsto no influya en la objetividad para valorar las ofertas presentadas.

El caso referido en la consulta describe, la identificación con claridad en el sobre reservado a la documentación sujeta a juicio de valor, parte de la oferta sujeta a fórmula matemática.

En consecuencia debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general o criterios evaluables mediante juicios de valor, 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 económica, debe producirse, en todo caso la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate.

El Tribunal Administrativo Central en materia de Recursos Contractuales, ha venido manteniendo una doctrina en el sentido de que el error en la inclusión de la documentación en los sobres no constituye por sí misma causa de exclusión del licitador, sino que es necesario que la información contenida afecte materialmente al principio de igualdad de trato y no solo desde una perspectiva meramente formal. Por citar una de tales resoluciones, procede remitirse a lo señalado en la nº 890/2014, de 5 de diciembre:

"La exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal" (Resolución 233/2011).

En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que 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 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario."

Aplicando lo anterior al presente caso, cabe concluir que la información introducida sí era relevante, pues de la misma era posible deducir con suficiente claridad el resultado del criterio que sería objeto de valoración mediante fórmula. No se trata por tanto de una información irrelevante o cuyo conocimiento no tenga trascendencia en la valoración, sino que por el contrario afecta directamente al resultado de la licitación.

Además, todo ello es lógico por cuanto, y aunque no podamos presumir una predisposición de los miembros de la mesa de contratación a favor de uno u otro licitador, es evidente que el conocimiento de su oferta económica, y por tanto, de los puntos que obtendrá en esa fase,

podría hacer variar la puntuación que se le otorgase en la valoración de los criterios no automáticos, en los que evidentemente pueden concurrir valoraciones subjetivas por parte de los componentes de la mesa de contratación.

CONCLUSIÓN:

Por todo lo anterior, esta Unidad entiende, y en respuesta a las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento consultante:

Primero.- La mesa ha de excluir al licitador que en el sobre C, refleja el contenido de su oferta económica que debería figurar en el sobre B.

Segundo.- No puede considerarse que se trate de un mero defecto formal, ya que permitía a la mesa, en el momento de valorar los criterios sujetos a un juicio de valor, conocer el con exactitud el contenido de su oferta económica.

Tercero.- Es evidentemente relevante que el licitador en su oferta económica obtendría 0 puntos, ya que eso podría condicionar la puntuación otorgada en los criterios sujetos a valoración subjetiva.

Es cuanto tengo el honor de informar a los solos efectos de que por la Corporación de Almagro, se conozca la opinión jurídica de esta Unidad de Apoyo Técnico a Ayuntamientos, informe que no es vinculante y que somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

DIPUTACION DE
CIUDAD REAL

PRESIDENCIA

Procedimiento: Solicitud Informe Jurídico Servicio Asesoramiento
Trámite: Remisión de informe
Área/Servicio: Secretaría General.
Unidad de Apoyo Técnico a los Ayuntamientos.
Expediente: DPCR2015/57638

AYUNTAMIENTO DE ALMAGRO
PLAZA MAYOR 1
13270 Almagro Ciudad Real

ESCRITO REMISIÓN

Solicitante: Ayuntamiento de ALMAGRO	Num. Expediente: DPCR2015/57638
Procedimiento EMISION DE INFORME JURIDICO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	

Me complace remitirle el Informe Jurídico elaborado previa solicitud de esa entidad local por la Unidad de Apoyo Técnico a Ayuntamientos de esta Diputación Provincial

Espero que el documento de referencia sea de utilidad para la gestión pública que tiene encomendada.

Un cordial saludo.

Documento firmado electrónicamente en el marco de lo dispuesto en los arts. 17 y siguientes de la Ley 11/2007, de 22 de junio y normas concordantes. Puede comprobarse su autenticidad insertando el CVE reflejado al margen en la sede electrónica corporativa expresada.

comparece

Si dispones de dni electrónico date de alta en Comparece. Rápido, gratuito, sin papel.
<http://comparece.dipucr.es:8080/CompareceNotificadorInterfaz>
Teléfono: 928 29 25 75. Ext. 311, 292, 365, 367, 293

Sede electrónica <http://www.dipucr.es>

Página: 1

Firmado digitalmente por "Sr. Presidente." D. José Manuel Caballero Serrano el día 17-12-2015
El documento consta de un total de 1 página/s. Página 1 de 1. Código de Verificación Electrónica (CVE) 1BN70 32PB0 1B1D5 P611m

Firmado digitalmente por "JEFE DE SERVICIO UATA" ENRIQUE FERNÁNDEZ CAZALLAS el día 18-12-2015
El documento consta de un total de 7 página/s. Página 7 de 7. Código de Verificación Electrónica (CVE) U1M00 8C540 x1L95 6iz22