Recurso 456/2022
Resolución 576/2022
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 7 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS GENERALES DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO INNOVA2 SOCIEDAD LIMITADA** contra el acuerdo de adjudicación de la Junta de Gobierno Local de 3 de noviembre de 2022, en el que se contiene la no valoración de parte de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Limpieza de edificios públicos de titularidad municipal" (Expte. 254/2022), convocado por el Ayuntamiento de Valderrubio (Granada), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de abril de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 11 de abril de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 483.538,08 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 14 de abril de 2022.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante acuerdo de 3 de noviembre de 2022 el órgano de contratación adjudica el contrato citado en el encabezamiento. En dicho acuerdo se contiene la no valoración de parte de la oferta de la entidad ahora recurrente.

SEGUNDO. El 21 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ahora recurrente contra el mencionado acuerdo de adjudicación de 3 de noviembre de 2022.

La Secretaría del Tribunal, el 22 de noviembre de 2022, dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y le requirió para que remitiera la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que posteriormente fue recibida en este Órgano el 25 de noviembre de 2022.

La recurrente igualmente solicitó vista, siendo denegada por las razones que constan en el acuerdo del pleno de 25 de noviembre de 2022 de este Tribunal.

Por último, el mismo 28 de noviembre de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en plazo las presentadas el 5 de diciembre de 2022 por la entidad CLECE S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Valderrubio (Granada) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

La entidad recurrente ha participado en el procedimiento de contratación de la que trae causa el acuerdo que se impugna, por lo que queda justificado el interés legítimo que ostenta, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Se impugna la puntuación otorgada a la adjudicataria respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de tal forma que la estimación de su recurso resultaría que la puntuación de la entidad adjudicataria se reduciría, permitiendo a INNOVA2 acceder a la adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la exclusión de la oferta de la ahora recurrente adoptada por la mesa de contratación, aunque proviene de un acto de la mesa de contratación, la misma no es notificada individualmente. Si bien la entidad recurrente manifiesta conocer dicha publicación la misma no contiene expresión de ser un acto definitivo y tampoco expresa el régimen de recursos. La resolución que determina la exclusión, es la resolución de adjudicación de 3 de noviembre, la cual fue comunicada a las licitadoras el día 10 de noviembre de 2022, por lo que, en cualquier caso, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. La cuestión estriba en que la entidad recurrente resulta excluida de la licitación por un motivo de forma en la presentación de la oferta. Por otro lado, se cuestiona el quebrantamiento de la confidencialidad de su oferta en la publicidad que realiza la mesa de contratación.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Alega que el 14 de julio de 2022, cuando se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el acta donde se recoge el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicio de valor de las distintas memorias presentadas por los licitadores que han presentado oferta se manifiesta que todos los licitadores, salvo la mercantil CLECE S.A., han incumplido las condiciones formales que deben cumplir las propuestas técnicas establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la licitación, y en concreto, la cuestión relativa al interlineado de 1.5 y el tamaño de letra (TIMES NEW ROMAN tamaño 12).

Expresa que solicitó el 18 de julio de 2022 una aclaración sobre la forma en que se habían valorado las distintas memorias para llegar a la conclusión de que la suya había incumplido los parámetros establecidos en el PCAP. Igualmente indica que solicitó la revisión de la memoria técnica de CLECE S.A. para corroborar que, efectivamente, son los únicos que habían cumplido con los criterios formales.

Indica que el 25 de julio de 2022 se publica acta de la mesa, señalando que se analiza un fragmento de la memoria, "*con distintas técnicas entre las que se incluye el uso de reglas, empleo del Word "que sin esfuerzo permite determinar el tipo de letra, interlineado…" (especialmente llamativa esta técnica cuando lo que se esta analizando es un archivo PDF que no debe ser manipulado) y técnica de la superposición*".

Expresa que le interesa recalcar que la mesa si bien accedió a su "*petición de acceso al expediente exhibiendo la parte declarada como no confidencial de la mercantil CLECE*", sin embargo, solo le da acceso al capítulo "SUPERVISIÓN, páginas 9 a 15". Ello le lleva a argumentar tres motivos de impugnación:

a) Indefensión. Muestra que su interés es querer tener la certeza de que todas las memorias han sido objeto del mismo rigor en la comprobación de los requisitos formales establecidos en el PCAP, incluida la entidad adjudicataria. Entiende insuficiente el acceso a solo 6 folios de la memoria. Señala que debe acceder a la totalidad de la memoria para comprobar que, efectivamente, como se ha puesto de manifiesto en el informe de fecha 14 de julio de 2022, ha sido la única empresa que respetó tales limitaciones. Indica que lo que se le ha facilitado es una fotografía, y no un archivo en el formato ofimático denominado "pdf". Manifiesta que "*realmente es difícil analizar si esta mercantil ha cumplido con las exigencias de elaboración de la memoria ya que nos es imposible a simple vista determinar el tamaño de la letra o el interlineado".*

Señala que esa posibilidad de comprobar "*el tamaño nos ha sido vetada ya que una foto no puede ser convertida en archivo de texto por lo que nos ha sido imposible determinar si esta mercantil realmente ha cumplido con las exigencias".*

b) Acceso a la memoria. Expresa que "*se nos ha dado traslado 6 páginas de la memoria solicitada que es la parte no afectada por la declaración de confidencialidad de CLECE. Como se ha comentado anteriormente no se ha*

podido verificar con medios informáticos y objetivos que, al menos estas 6 páginas, cumplen con lo establecido en los PCA.
No obstante, hemos procedido a analizar el texto con los medios que tenemos a nuestro alcance" (…).

Afirma que ha elegido un texto "*al azar para transcribirlo en Word respetando los márgenes y las condiciones ya sabidas, es decir, letra TIMES NEW ROMAN tamaño 12 e interlineado 1.5".*

Al respecto, expresa que:

"Sí la regla no nos engaña hemos podido comprobar que los márgenes se han establecido en 2 cm por lo que el órgano puede comprobar que el texto no se ajusta a la disposición original, es decir a un sólo renglón con el tamaño de letra 12. Ahora bien, si bajamos un punto el tamaño de letra, es decir, reducimos la letra al 11 vemos que el renglón se ajusta perfectamente al texto original".

(…)

"Igual comprobación hemos hecho con el cuadrante que aparece en este apartado respetando las condiciones que ya hemos mencionado. Observamos que esta cuadrante mide 17,02 cm de ancho por lo que procedemos a reproducirlo según las condiciones establecidas en los PCA".

"Como la mesa comprobará con el ancho de 17.02 cm y el tamaño de la letra a 12 el cuadrante el texto no se adapta al que aparece en la memoria de (la entidad adjudicataria). *No obstante, si reducimos el tamaño de la letra al 11 se obra el milagro y el texto se dispone de manera idéntica al que se ha tomado de la memoria.*

En segundo lugar, y siguiendo el protocolo de comprobación que La Secretaria Interventora y Asesora Jurídica ha seguido en el informe de valoración de las distintas memorias hemos procedido a utilizar técnica de la superposición de los párrafos con el resultado de que los párrafos transcritos con el tamaño de letra 11 se adaptan exactamente al texto original.

En conclusión, la memoria analizada se ha elaborado con letra TIMES NEW ROMAN, interlineado 1.5 y tamaño de la letra 11 incumpliendo lo establecido en los PCA".

c) Vulneración del derecho de confidencialidad. Señala que el *"artículo 140 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público"* establece textualmente que "*los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial"* . Expresa que:

"Este derecho se ha respetado escrupulosamente con la memoria técnica de la mercantil CLECE y tan sólo se nos ha dado acceso a la información considerada no confidencial. No obstante, en la documentación que INNOVA 2 aportó en la presentación del concurso se encontraba, entre otros documentos, una cláusula de confidencialidad que afectaba a la Memoria Técnica de INNOVA 2.

En el mencionado informe publicado en fecha 25 de julio de 2022 se contienen las justificaciones que la Secretaria Interventora y Asesora Jurídica encargada de la valoración de las memorias aduce para determinar tamaño, letra e interlineado de la memoria. Nos parece intachable a no ser que se ha dado publicidad sin nuestro consentimiento a una parte de nuestra memoria afectada por la cláusula de confidencialidad.

Esta justificación hubiera sido válida siempre y cuando la Secretaria Interventora y Asesora Jurídica hubiera hecho llegar este informe a la mesa y esta a su vez nos hubiese dado traslado, ya que hemos sido nosotros quien lo solicitó, pero aparte de hacérnoslo llegar a nosotros la mesa lo ha publicado en la Plataforma de Contratación dando publicidad de una parte de la memoria a todos los licitadores sin nuestro consentimiento con la consiguiente vulneración del derecho de INNOVA 2 a que no se divulgue ninguna parte de ésta. Posiblemente la mesa lo haya publicado en un ejercicio de transparencia, pero ello no justifica que para ello se vulneren derechos. Hecho que nos parece gravísimo y por el que estamos considerando exigir responsabilidades a la mesa".

En virtud de todo lo anterior solicita:

- Que se vuelva a analizar la memoria de la entidad adjudicataria y a corroborar que el tamaño de la letra ha sido de 11 y no de 12 como establece la cláusula décima del PCAP.

- Que se le facilite la parte de la memoria de la entidad adjudicataria "*no afectada por la cláusula de confidencialidad en formato Word o PDF para que podamos analizarla con los mismos medios que ha usado la Secretaria Interventora y Asesora Jurídica encargada de la valoración de las memorias de manera que las conclusiones sean lo más objetivas posibles y coincidentes con la valoración publicada en la Plataforma de Contratación del Estado".*

- Asimismo que respecto a la parte de *"la memoria afectada por la cláusula de confidencialidad"* se les permita *"asistir de manera presencial a la comprobación de los requisitos del tamaño de la letra de tal modo que corroboremos que formalmente han cumplido con ellos sin que podamos entrar en el fondo que es lo que realmente está afectado por la cláusula de confidencialidad".*

Como pretensión, condicionada a la adveración de que la entidad adjudicataria haya incumplido el tamaño de la letra solicita que *"se proceda, al igual que ha pasado con el resto de licitadores, a puntuar con 0 puntos dicha memoria por "incumplimiento del tamaño de la letra. El incumplimiento afecta a toda la memoria".* Una vez ocurrido esto, pide que el Tribunal "*vuelva a clasificar a las mercantiles que continúan en el proceso de licitatorio en función de los puntos realmente obtenidos, modificando, en su caso, la propuesta de adjudicación".*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala el órgano de contratación que la entidad recurrente reconoce expresamente que *"El Órgano de Contratación estableció de manera clara las instrucciones a la hora de confeccionar la memoria técnica que cualquier interesado en participar en el proceso licitatorio debía seguir"*.

Alega, respecto de lo argumentado por la entidad recurrente en el fundamento IV de su escrito de recurso que el día 25 de julio de 2022 "*se les dio traslado de la parte de la memoria de la mercantil CLECE no afectada por la cláusula de confidencialidad, añadiendo que la citada memoria se reducía a 7 páginas y que "se puede comprobar claramente que el extracto de la memoria es una imagen en formato PDF, borrosa y en algunas partes ilegibles"*, y que ello les ha impedido realizar estas comprobaciones, que el Ayuntamiento accedió a dar vista del expediente a través de la exhibición de la memoria técnica.

Señala que, para dar vista, previamente dieron audiencia a la entidad CLECE requiriéndole justificación de la declaración de confidencialidad de las partes de la memoria declaradas confidenciales en su oferta. En ese sentido, el órgano de contratación adopta acuerdo estimatorio de la petición de vista de la memoria técnica

presentada por la entidad adjudicataria, si bien dando cumpliendo a la cláusula de confidencialidad, tal y como exige el art. 133.1 LCSP. Prosigue defendiendo la confidencialidad otorgada a parte de esa memoria técnica. En cuanto a la confidencialidad vuelve a señalar que además es la "*entidad recurrente la que declara confidencial todos los documentos del sobre 2 sin aportar justificación al respecto*". Al amparo de los artículos 52.3 de la LCSP y 16.1 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, RPERMC) se exige, para que sea viable, que la entidad recurrente haya presentado una previa solicitud de acceso ante el órgano de contratación, *"dentro del plazo de interposición del recurso especial"*, y que esta haya sido indebidamente rechazada, expresa o tácitamente, por el órgano de contratación, algo que en este caso no se ha producido puesto que la petición de acceso formulada ante el órgano de contratación en el supuesto que nos ocupa, fue *"anterior al momento en que se dictó el acuerdo de adjudicación"*. Por tanto, alega que procede la denegación de la petición de acceso al expediente que se dirige en el recurso especial en materia de contratación a este Tribunal.

Por otra parte, el órgano de contratación entra a rebatir las cuestiones técnicas formales sobre la caligrafía usada y formato de texto, entrando en un discurso acerca del cumplimiento estricto de la cláusula duodécima por parte de la entidad adjudicataria. Señala que en apoyo a sus argumentos es "*un manipulado de los documentos*", lo que pretende hacer ver la recurrente. Admite no obstante que "*damos por sentado que no podemos hacer un análisis objetivo con WORD ya que la memoria que se nos ha trasladado no es editable*". Añade que lo que "*sí podemos hacer es analizar la memoria de esta mercantil con las herramientas que tenemos a nuestro alcance".*

Sobre la falta de resolución del recurso de reposición planteado conforme el art. 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), señala que "*el recurso fue planteado contra un acuerdo del órgano de contratación en contestación precisamente a una solicitud de la recurrente, por lo que solo cabía recurso de reposición. (art. 44.6 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público)".* Sobre la existencia de un error de hecho ex art. 109 de la citada LPAC, estima que "*no resulta de aplicación en el presente caso puesto que exige como supuesto de hecho la existencia de un error material de hecho o aritmético en los actos administrativos, algo que aquí no se ha producido, sin perjuicio del principio de ley especial que rige en el procedimiento de contratación pública".*

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

Solicita la inadmisión, o en su caso la desestimación del recurso. Señala la importancia del PCAP *"que ha regido el procedimiento de adjudicación que nos ocupa, y concretamente en su cláusula 12ª"*, en relación con los requisitos que habían de reunir los proyectos técnicos. Señala que el PCAP, no ha sido objeto de impugnación y que ha sido aceptado incondicionalmente por todos los licitadores ex artículo 139.1 de la LCSP. Alega que su proyecto técnico "*ha cumplido correctamente los mencionados requisitos de formato exigidos en el PCAP".*

Solicita la inadmisión, porque lo funda en su cuestionamiento de la comprobación realizada por la mesa y la Secretaría-Intervención municipal del cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el PCAP, señala que esta cuestión ya "*fue resuelta por la Mesa de Contratación e, incluso, por el órgano de contratación, es decir, la Junta de Gobierno Local, mediante acuerdo de fecha 25/07/2022, desestimándose*" (…).

Indica que ante ello, interpuso recurso de reposición, el cual fue inadmitido por ser extemporáneo. Ello le lleva a concluir y alegar que entonces dicha cuestión ha quedado "firme y consentida". Es decir, debe considerarse inadmisible el recurso especial en materia de contratación "*ex artículo 55, letras c) y d), de la LCSP".*

Señala que "*el recurso especial en materia de contratación no es en modo alguno un mecanismo que permita revisar actos administrativos firmes".*

Subsidiariamente a lo anterior, indica que procedería "*en todo caso la desestimación del recurso especial en materia de contratación planteado, por carecer de fundamento*".

En cualquier caso, manifiesta que en la apreciación del tamaño de la letra y el interlineado, ante las dificultades encontradas para adverar como se redactó el proyecto técnico, rige la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración, apelando a la especialización de los órganos de contratación, entre otros caracteres. Solicita por tanto la desestimación.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Previa: sobre la inadmisión del recurso especial al haber quedado firme la cuestión por haberse inadmitido un recurso de reposición donde se planteaba la cuestión.

Solicita la entidad adjudicataria la inadmisión del presente recurso especial por ese motivo anteriormente reproducido. Cumple manifestar, en primer lugar, que el acuerdo tomado por la mesa no era un acto de trámite cualificado, pues no producía la exclusión de la entidad recurrente.

Por otro lado, y compartiendo lo que se menciona por la entidad adjudicataria, no cabe recurso de reposición contra las decisiones del órgano de contratación, cuando en un procedimiento de contratación, como el presente, el poder adjudicador está sujeto a la competencia de este Tribunal. Es decir, en virtud del artículo 115 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el error en la calificación del recurso no obstaba para su correcta tramitación, pues se podía deducir su verdadero carácter como recurso especial. Es decir, el órgano de contratación debió haber remitido el recurso a este Tribunal, a efectos de que, en su caso, se hubiera inadmitido. De este modo, la inadmisión acordada por el Ayuntamiento es una resolución viciada de nulidad por haberse dictado por un órgano manifiestamente incompetente ex art.47.1 b) del mismo texto legal y 39.1 LCSP.

Asimismo, como consideración previa, se ha de abordar la solicitud de que por parte de este órgano se le facilite la parte de la memoria de la entidad adjudicataria, cumple advertir que no procede realizar esa solicitud dado que no se ha procedido conforme al artículo 52 LCSP. Conviene señalar que, conforme establece el artículo 52.1 de la LCSP, cabe vista previa del expediente ante el órgano administrativo y, por tanto, el interesado que se proponga impugnar un acto del procedimiento lo debe solicitar ante el órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la LCSP. La solicitud de acceso al expediente pueden hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los 5 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud (LCSP art.52.2).

Sólo en ese caso, el órgano competente para resolver el recurso deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de 10 días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso.

En el presente supuesto, la recurrente no acredita, ni afirma, haber solicitado acceso al expediente ante el órgano de contratación; ni ese órgano aborda en su informe al recurso dicha cuestión. De este modo, no puede

considerarse que exista el presupuesto de petición de acceso al expediente tras la resolución de adjudicación impugnada.

La recurrente formula la solicitud de acceso al expediente directamente ante este Tribunal, sin que haya existido solicitud ante el órgano de contratación, ni denegación de acceso al expediente.

En consecuencia, concurre causa de inadmisión de la petición de acceso a la memoria de la adjudicataria, cuestión ésta que ya quedó determinada en el acuerdo del Pleno de 25 de noviembre de 2022.

1. Cláusula duodécima: Sobre la decisión de no valoración de la memoria con relación a los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor.

Expuestas las posiciones de las partes, hemos de partir para su análisis de la doctrina de este Tribunal respecto a la fijación de una extensión máxima para la documentación integrante de las proposiciones, cuestión sobre la que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, valga por todas la Resolución 60/2018, de 8 de marzo, en la que se manifiesta lo siguiente:

"De la doctrina mantenida por este Tribunal en las Resoluciones 67/2017, de 31 de marzo, 234/2015, de 3 de noviembre y 38/2014, de 3 de marzo, se extrae que a la hora de valorar estos incumplimientos -en todos el exceso del número de páginas de las propuestas técnicas con relación a lo exigido en el respectivo PCAP rector del procedimiento- se debe analizar si nos encontramos ante un mero defecto formal y no sustancial de la documentación presentada o si por el contrario, a la vista del incumplimiento cometido, se han podido quebrar los principios de igualdad y transparencia que han de presidir cualquier procedimiento de contratación y, en consecuencia, lo procedente es la exclusión de la oferta o, en su caso, la no valoración de la misma con respecto a la documentación que incumpla lo estipulado en el PCAP".

Igualmente, se pronuncia el TACRC, en su Resolución 1038/2016, de 16 de diciembre, que incorpora la siguiente doctrina:

"Este Tribunal tiene declarado (en tal sentido, la resolución 297/2015) que, como regla general, "un requisito formal relativo a la extensión de los documentos de la oferta no puede convertirse en causa de exclusión de la licitación, so pena de vulnerar tanto el principio de concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación que es la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés general al que los entes del sector público sirven, y no facilitar la valoración de las ofertas por los técnicos".
(...)
Estas consideraciones se alinean, por lo demás (tal y como expresó la resolución 147/2016) con lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 26 de noviembre de 2012 (Roj STS 9164/2012) , en la que se afirma que "en cualquier caso, la simple superación del límite de folios de las ofertas presentadas carece de entidad suficiente como para determinar la anulación de las adjudicaciones, debiendo convenirse con la sentencia recurrida en el carácter de una mera irregularidad no invalidante de la resolución adjudicadora de las concesiones".
(…)".

Ciertamente, en resoluciones posteriores (como la 1060/2015) se ha matizado la doctrina así expresada, afirmando que, si bien es cierto que *"en principio, este tipo de prescripciones puramente formales de los Pliegos que no afectan para nada a la naturaleza y calidad de las ofertas presentadas deben interpretarse con cierta flexibilidad evitando que un insignificante incumplimiento de los mismos pueda derivar en la exclusión automática*

de ofertas que pueden ser plenamente aceptables en todos los demás aspectos", ello debe reconocer como excepción aquellos supuestos en que el exceso alcance relevancia tal que suponga *"un incumplimiento flagrante de un Pliego que ha sido incondicionalmente aceptado por el licitador al haber presentado su oferta sin recurrirlo previamente".* Y, en este sentido, en la resolución 1060/2015 se apreció que la presentación por una licitadora de su oferta *"con el doble de páginas sobre el límite máximo fijado en los Pliegos resulta de tal magnitud cuantitativa que lo transforma en un incumplimiento cualitativo que puede afectar al principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores y al de eficiencia en la contratación pública, lo que justifica la exclusión de la licitadora por incumplimiento de los Pliegos reguladores del concurso convocado"*.

Del análisis de la citada doctrina se deduce que se trata, en definitiva, de una cuestión de equilibrio entre el principio de igualdad de trato y los de concurrencia y proporcionalidad, pues frente al primero, éstos últimos, determinan un criterio antiformalista que sólo acarrea el rechazo de proposiciones si el incumplimiento de requisitos formales se considera sustancial.

Pues bien, con objeto de valorar la entidad del incumplimiento en el presente supuesto a fin de determinar las consecuencias en ese equilibrio entre la igualdad de trato y la concurrencia y proporcionalidad, debemos remitirnos, en primer lugar, a lo establecido en el PCAP en relación con la extensión de la oferta técnica de las licitadoras.

La cláusula duodécima señala en el apartado A, con relación a los criterios cuantificables cuya ponderación dependa de un juicio de valor que en la propuesta técnica que:

"Los licitadores deberán presentar un proyecto/ memoria del servicio de acuerdo con lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Al objeto de facilitar la lectura y el trabajo de valoración al órgano de asistencia (Mesa de Contratación) dicho proyecto no debe contener más de 25 páginas por un sola cara usando letra Times New Roman 12 interlineado 1,5 y deberá seguir el orden de los epígrafes descrito en este apartado. No serán objeto de lectura ni valoración el contenido de las páginas que excedan de dicho límite y/o no se justen a los requisitos de tamaño e interlineado u orden de los epígrafes".

Se ha de advertir que la puntuación que se deja sin valorar es, sobre un total de 270 puntos, la cantidad de 100.

El requisito en el clausulado, de una extensión máxima es una cuestión controvertida dadas las consecuencias que ha de tener para el licitador el incumplimiento de dicho requisito, considerando que la presentación de ofertas supone la aceptación del clausulado del PCAP sin reserva alguna, tal y como establece la LCSP en su artículo 139.1. Esta cuestión ha venido generando abundante litigiosidad ante los tribunales administrativos de contratos públicos en los últimos años, y pronunciamientos de éstos no siempre en la misma línea. Se trata de una cuestión de equilibrio entre el principio de igualdad de trato y los de concurrencia y proporcionalidad, pues frente al primero, éstos últimos determinan un criterio antiformalista que sólo determina el rechazo de proposiciones si el incumplimiento de requisitos formales se considera sustancial.

Este Tribunal se ha pronunciado en diferentes ocasiones. Por ejemplo, en la resolución 67/2017 se recoge un criterio formalista, como se ha citado. En la 60/2018 también, pero con matices. Las resoluciones 316/2018, 332/2020, 316/2021, 39/2022, 422/2022, 283 y 284/202, vienen a recoger este criterio formalista a fin de evitar un trato no igualitario a los licitadores si bien teniendo en cuenta también el principio de concurrencia.

Otros tribunales u órganos de resolución de recursos contractuales se han pronunciado igualmente. El Tribunal de Aragón se ha decantado por el principio de igualdad de trato en ese complicado equilibrio. Por otro lado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC-, se ha referido a esta cuestión en varias de sus resoluciones, tiende sin embargo a inclinar la balanza hacia el principio de concurrencia, lo que se manifiesta entre otras en sus Resoluciones 297/2015 y 294/2017. Estas resoluciones consideran improcedente sancionar con la exclusión de la oferta un incumplimiento de esta índole. Señala la 297/2015 que: *"un requisito formal relativo a la extensión de los documentos de la oferta no puede convertirse en causa de exclusión de la licitación, so pena de vulnerar tanto el principio de concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación que es la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés general al que los entes del sector público sirven."*

Por otro lado, la resolución 818/2015, pese a constatar el incumplimiento, minimiza su importancia señalando que "*Las especificaciones del PCAP hay que tomarlas como orientaciones para facilitar la valoración*", y que "*no cabe concluir que de los aspectos formales en la presentación de la oferta técnica de la adjudicataria, se haya derivado una valoración de la misma superior a la que hubiera resultado de presentarla en el mismo formato que la recurrente*"; es decir, ni siquiera considera que la valoración obtenida por la empresa incumplidora deba "resentirse" como consecuencia del incumplimiento.

No obstante, lo anterior, posteriormente la mayor parte de sus resoluciones posteriores sí inciden en que, al objeto de preservar el principio de igualdad de trato, la valoración de la oferta debe sancionar dicho incumplimiento. Sin embargo, ha optado por diferentes soluciones, como por ejemplo la no consideración del exceso (resoluciones 866/2016 y 451/2017). O también la no valoración del criterio en su totalidad (resoluciones 294/2017 y 521/2017). En la resolución 1060/2015, cuando el incumplimiento consistía en doblar la extensión máxima permitida, el TACRC sí considera correcta la consecuencia de exclusión de la oferta dado que "*con el doble de páginas sobre el límite máximo fijado en los Pliegos resulta de tal magnitud cuantitativa que lo transforma en un incumplimiento cualitativo que puede afectar al principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores y al de eficiencia en la contratación pública, lo que justifica la exclusión de la licitadora por incumplimiento de los Pliegos reguladores del concurso convocado".*

Podemos concluir de la doctrina que serán la entidad del incumplimiento de las prescripciones del clausulado, la relación de éstas con los criterios que son objeto de valoración con relación el objeto de la licitación, así como la proporcionalidad en la solución y la idoneidad de la limitación, las que habrán de determinar sus consecuencias en ese complejo equilibrio entre la igualdad de trato y el favorecimiento de la concurrencia, aplicándose con la debida proporcionalidad lo que determinará en el presente supuesto si las decisiones tomadas por el órgano de contratación, ajustados a las circunstancias concretas de la licitación las que darán lugar a examinar su corrección.

A efectos de circunscribir las circunstancias de este caso, debemos considerar la memoria del presente expediente de contratación, para ayudarnos a entender la motivación de esa cláusula duodécima, la cual es el origen de todas las ofertas que no han podido ser valoradas excepto la de la adjudicataria, es decir, su razón de ser.

Conviene recordar que la LCSP incluye una ampliación importante de las obligaciones de publicidad activa. En este sentido, el artículo 63.3.a) LCSP indica que deberá publicarse al menos la siguiente información: *«La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del*

restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente».

Por otra parte, el artículo 116.4 y otros preceptos de la LCSP exigen que en el expediente de contratación quede acreditada la justificación adecuada de determinados aspectos como los criterios de solvencia económica y financiera, y técnica y profesional, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución que se van a exigir al adjudicatario en la ejecución del contrato, el cálculo del presupuesto de licitación y del valor estimado, etc.

Es cierto que la LCSP no concreta en qué tipo de documento deben constar todas estas cuestiones —en algunos casos habla en términos generales de la documentación del expediente, o simplemente del expediente— no obstante, el órgano de contratación ha de hacer efectivo siempre los principios de transparencia y buena administración, y adoptar como una buena práctica que la memoria del contrato contenga todos los aspectos que la LCSP exige que queden justificados en el expediente.[1]

Lo cierto es que, examinada la memoria elaborada por el órgano de contratación, se advierte que de ella no se permite deducir la relevancia o trascendencia, con el objeto de lo licitado, de un posible incumplimiento de dicha cláusula duodécima, es decir, esa necesidad de cumplir escrupulosamente esa forma. No existe justificación de que un folio más o menos dé lugar a una ruptura de la igualdad de las memorias técnicas, dado el objeto del contrato. Es decir, no existe una plasmación de qué incidencia puede tener en la correcta valoración de la oferta sobrepasar los límites de extensión, es decir, por qué superar los 25 folios supone una valoración automática de 0 puntos, no explica la incidencia que tiene en la valoración y por qué debe ser penalizado automáticamente con la imposibilidad de ser valorada su oferta en los criterios sujetos a juicio de valor, y con ello limitarle la posibilidad a más de un tercio de los puntos totales posibles, y a fin de cuentas de opciones reales de poder serle adjudicado el contrato.

Cuestiones ciertamente caprichosas se observan, sin que esté justificada, como por ejemplo ocurre con la limitación de presentar la memoria a una sola cara, pues a simple vista sería contradictorio con el criterio de limitar la extensión a 25 páginas, pues a doble cara da lugar a un expediente menos aparatoso, si es la simplificación lo que se pretende. La comodidad del órgano de contratación en la lectura no estará nunca vinculada con el objeto del contrato si es lo que se pretendía, algo que desconocemos dada la parquedad de la memoria en este punto. Tampoco se justifica el uso de una determinada caligrafía, ni el tamaño de la fuente o el interlineado entre renglones. Es decir, no existe una justificación de que la forma exigida en la presentación de la memoria deba necesariamente aplicarse con tal rigor, que de no realizarse ello suponga un trato a todas luces discriminatorio entre licitadores.

Hemos de tener en cuenta que tampoco se ha motivado con la extensión suficiente en el informe de 14 de julio de 2022, por qué el error de la entidad recurrente ha tenido una incidencia total o global que supone que el

1 Sobre la publicidad que hay que dar a la memoria y demás documentos de preparación del contrato, se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Informe 59/2018:

«El momento de publicación de cada documento puede variar, pero en todos ellos la finalidad establecida por la ley es la misma: asegurar la transparencia y el acceso público a los documentos correspondientes. Por tanto, si atendemos a los documentos mencionados en el apartado a) podemos sentar como regla general que la publicación en el perfil debe realizarse tan pronto como sea necesario que los interesados puedan acceder a la información, de modo que la memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente deben publicarse con el primer acto en que un potencial licitador pueda tener interés en acceder a la documentación preparatoria del contrato, acto que será, en general, el anuncio de la convocatoria de la licitación.»

incumplimiento de la cláusula duodécima haya supuesto un trato desigualitario de tal calibre que sin lugar a dudas dé ello lugar a la no valoración de su propuesta relativa a los criterios sujetos a juicios de valor. La decisión de no valoración se sustenta en dicho informe que tiene únicamente la siguiente motivación: *"No cumple interlineado ni tamaño de letra. El incumplimiento afecta a toda la memoria".*

Cumple manifestar que, si bien se decía claramente que el número máximo de páginas, el interlineado de 1,5, el tipo de letra y el tamaño, se obviaba toda referencia al formato de la hoja, si era A4 o A3 por ejemplo, o cuales eran los márgenes de aplicación.

Ciertamente, en principio, este tipo de prescripciones puramente formales de los PCAP, no afectan para nada a la naturaleza y calidad de las ofertas presentadas, y cuando no se justifica su relación con el objeto de la contratación ni la redundancia en una mayor calidad o eficiencia, deben interpretarse con cierta flexibilidad, evitando que un insignificante incumplimiento de los mismos pueda derivar en la no valoración de hasta un tercio de los puntos posibles de forma automática de las ofertas, las cuales sin embargo, si no fuera por ese incumplimiento podrían ser plenamente aceptables en todos los demás aspectos, más aún ni cuando la forma establecida en la cláusula duodécima no deja dudas a interpretaciones como son los márgenes o el tipo de formato de página. Es desproporcionado la consecuencia de dicha cláusula formal, a la vista de las consecuencias, pues de las ocho entidades licitadoras presentadas solo una habría cumplido. Tampoco se ha justificado en cada caso el exceso del incumplimiento de la cláusula duodécima.

La proporcionalidad en las consecuencias del incumplimiento dadas las circunstancias, de una memoria que no justifica dicha cláusula, y de una interpretación estricta de unos cánones de forma que dejan algunas lagunas (tamaños del formato, o los márgenes), es la cuestión sobre la que se ha de ponderar, de la que resulta el equilibrio entre preservar la concurrencia en la licitación, y asegurar una igualdad de trato.

De este modo, debe reconocerse como excepción, los supuestos en que el exceso del incumplimiento alcance relevancia tal que suponga un incumplimiento flagrante del PCAP, sobrepasando el límite máximo fijado como contenido en los pliegos con tal magnitud cuantitativa que se transforme en un incumplimiento cualitativo que puede afectar al principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores y al de eficiencia en la contratación pública, lo que justificaría la exclusión, o no valoración en este caso, de la licitadora por incumplimiento de los Pliegos reguladores de la licitación convocada.

Pues bien en este caso, la no valoración conforme a dichos principios no quedaría justificada, pues si bien el órgano de contratación ha elaborado un pliego, que ha sido aceptado por la entidad recurrente, al haber presentado su oferta sin recurrirlo previamente, también es cierto que la cláusula ni se justifica con relación al objeto del contrato en qué afectaría sobrepasar los límites de extensión, ni los límites de extensión están del todo claros, y no se justifica esa desproporción de la memoria presentada por la entidad recurrente con relación a las prescripciones de forma fijadas en la cláusula duodécima que haga que inevitablemente dejen de valorarse 100 puntos sobre 270 posibles, dado que admitirla supondría un trato desigualitario injustificado.

A lo anterior deben unirse las dudas que surgen con relación a la igualdad de trato otorgada a los licitadores, pues respecto de la memoria aportada por la adjudicataria, (que ha realizado alegaciones en el presente recurso) por un lado el órgano de contratación acepta que la memoria aportada por la misma sea en un formato no editable, de tal modo que ha obligado a realizar una serie de operaciones ofimáticas a la entidad recurrente a fin de comprobar el tamaño de la letra de si estaba en tamaño de fuente 11 o 12, dado que ha sido muy difícil como reconoce el órgano de contratación adverarse la verosimilitud del tamaño de la fuente. A pesar de ello es capaz de

argumentar el recurso especial señalando como crítica a la entidad recurrente que lo que pretende hacer es "un manipulado de los documentos", lo que pretende hacer "ver la recurrente".

No puede olvidarse que el órgano de contratación admite no obstante que "*damos por sentado que no podemos hacer un análisis objetivo con WORD ya que la memoria que se nos ha trasladado no es editable*". Añade que lo que *"sí podemos hacer es analizar la memoria de esta mercantil con las herramientas que tenemos a nuestro alcance".*

Es decir, se establece una cláusula duodécima, sin tener capacidad de demostrar al ciento por ciento que la oferta, única valorada, (siendo todas las demás no valoradas) cumpla, existiendo además indicios posibles de que incluso la entidad adjudicataria habría incumplido igualmente. En este sentido, interesa destacar que, a efectos de una debida igualdad de trato, si bien es cierto que una alteración de la extensión, forma, tamaños, etc., podría producir desigualdades entre los licitadores cuando se aceptan ofertas que no son conformes al formato exigido, otorgándose una posición de ventaja respecto quienes sí han cumplido los requisitos exigidos, también es cierto que una vez publicados los pliegos toda medida que se tome debe ser necesaria y proporcionada teniendo en cuenta su justificación, la coherencia de la cláusula, con el fin perseguido, lo que impide adoptar un acto de graves consecuencias, como la no valoración de la oferta o parte de la oferta de un licitador, con justificación en una causa irrelevante, como la omisión de un requisito que no aporta nada al contenido esencial de la proposición.

Estimamos que a efectos de examinar si se sobrepasan los límites establecidos en los pliegos, es posible invocar la falta de proporción entre el grado de incumplimiento y la medida de no valoración que establecían los pliegos.

Los contratos públicos y la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran los pliegos) han de resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la LCSP y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, "De la interpretación de los contratos", cuyo artículo 1.288 exige que la interpretación se haga en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito un contrato –en este caso para cualquiera de los licitadores puesto que es necesario respetar el principio de concurrencia-, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien la ha ocasionado (Tribunal Supremo, sentencia de 15 de febrero de 2000). Si bien los pliegos constituyen la ley del contrato, en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. Debe tenerse en cuenta que el artículo 1.284 CC recoge que: *"Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*".

En el presente caso, es lo más razonable, eficaz, y conforme a los usos sociales, entender que dado que ni existe justificación a la limitación de la extensión, ni quedan perfectamente delimitados los aspectos de la extensión (al no constar el formato de papel, ni el tamaño de los márgenes), y al no explicarse la extralimitación de cada una de las entidades licitadoras, e igualmente, al no existir seguridad plena del cumplimiento de los requisitos de forma en la memoria técnica de la entidad adjudicataria, se debe concluir que el órgano de contratación ha conculcado el principio de igualdad de trato y el de favorecimiento de la concurrencia con su decisión de no valorar a las entidades que, bajo su consideración, no han respetado los cánones de forma de la cláusula duodécima.

El requisito formal relativo a la extensión de los documentos de la oferta no puede convertirse en causa de no valoración de los criterios de adjudicación, cualitativamente tan considerable. Se vulnera el principio de

concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación que es la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés general al que los entes del sector público sirven.

En este caso, estima este Tribunal que la única motivación deducible de las circunstancias del establecimiento del requisito formal ha sido facilitar la valoración de las ofertas por los técnicos y evitar que la extensión y formato de las mismas dificulte esa tarea, pero olvidando que las especificaciones del PCAP hay que tomarlas como orientaciones para facilitar la valoración, cuando no existe plasmada ninguna otra justificación. Si bien el pliego fija una extensión máxima que se advierte suficiente para que se pudiera exponer y desarrollar la oferta con todos los detalles necesarios, es relevante destacar que el hecho de que se incumpliera este requisito ha supuesto eliminar toda concurrencia sin quedar aclarado plenamente por falta de medios si la admisión de la adjudicataria se ha realizado debidamente, como reconoce el órgano de contratación. Tampoco queda aclarado en el informe realizado tras la apertura del sobre si se excede de manera llamativa el límite fijado, es decir, no se acredita un incumplimiento flagrante del PCAP.

Como vemos, pueden plantearse diferentes supuestos, dependiendo, por un lado, de cómo se hayan redactado los pliegos, y por otro, de los hechos concretos que hayan acontecido. Asimismo, si existe infracción de los pliegos, y en su caso, de qué entidad, o por ejemplo, por último, si la infracción ha otorgado ventaja al licitador incumplidor.

Señalar por último que el Tribunal Supremo se decantó en su único pronunciamiento al respecto por un criterio antiformalista en su Sentencia de 26 de noviembre de 2012: "*en cualquier caso, la simple superación del límite de folios de las ofertas presentadas carece de entidad suficiente como para determinar la anulación de las adjudicaciones, debiendo convenirse con la sentencia recurrida en el carácter de una mera irregularidad no invalidante de la resolución adjudicadora de las concesiones".*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de junio de 2016, centra su análisis, al igual que los tribunales de contratos, en el equilibrio entre ambos principios, inclinándose por el de igualdad de trato: "*al valorarse por el Comité de expertos y la Mesa de Contratación unos planos incorporados en un soporte no permitido por el Pliego se ha vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores (art. 1 del TRLCSP) y la consecuencia de este incumplimiento es la que se prevé en la cláusula 19 del pliego de prescripciones técnicas: que no será objeto de valoración esa documentación técnica, otorgándose una puntuación de cero puntos. No resulta de aplicación el principio de proporcionalidad que invoca el Ayuntamiento demandado porque tanto él como los concursantes están vinculados al Pliego de condiciones que constituye la ley del concurso*".

En conclusión, si bien se trata de un terreno en el que, de nuevo, los Tribunales de contratos y de justicia mantienen posiciones a veces no coincidentes, la previsión o no de las consecuencias del incumplimiento en el PCAP –lex contractus-, y la entidad de dicho incumplimiento, han de ser las claves en la determinación de sus consecuencias, al objeto de encontrar un adecuado equilibrio entre el principio de igualdad de trato y los de concurrencia, proporcionalidad y oferta económicamente más ventajosa.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de la Sala de lo Contencioso, sec. 1ª, de 25 de noviembre de 2021, (rec. 1595/2021, rec. 627/2019), en la cual se recurría una resolución de adjudicación adoptada por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía, de la Secretaría General Técnica, relativo al expediente de contratación 38/2019 titulado *"Servicios para la organización, gestión y difusión del x congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres".* En aquel caso en el PCAP se establecía una extensión máxima, para este documento, de diez páginas, y el de la contraparte era de

doce páginas. Pues bien, la mesa de contratación sostuvo que esa interpretación era en exceso rigorista solicitó un informe y concluyó valorando dicha oferta, ante lo cual se interpuso por otra entidad, la demandante, recurso contencioso administrativo, de tal modo que se sostenía que esa oferta no debió valorarse por no respetar las bases.

El citado Tribunal Superior de Justicia, sostenía que *"es cierto que, en principio, se produce un incumplimiento de las bases. Ahora bien, entendemos que la interpretación que hizo la mesa de contratación no es contraria a derecho. En efecto, existe un exceso de las diez páginas permitidas, a doce"*. En el mismo sentido que hemos abordado, sostenía que en el PCAP "*no consta qué tipo de márgenes, izquierdo, derecho superior o inferior, se exigían en el Pliego de condiciones. Tampoco consta qué tipo y formato de letra se exigía. Ante estas incertidumbres, es fácil concluir, como hizo la mesa, que supone un exceso de rigor la exclusión de un licitador por ese solo motivo, y es que pudiera suceder, que con otro tipo de letra, o con unos márgenes inferiores, el documento hubiera tenido la extensión requerida".* Termina la Sala subrayando que "*esta interpretación, razonable, favorece una mayor competencia, al permitir la concurrencia de varios licitadores. Y es una interpretación que no resulta contraria al espíritu de las bases del contrato. Todo ello, teniendo en cuenta que el exceso apenas supera en dos páginas la extensión requerida para el documento".* De este modo desestimaba el recurso, condenando en costas a la parte vencida.

En este sentido, este Tribunal concluye que, ante las circunstancias del caso concreto, debe primar esta interpretación antiformalista ante la falta del rigor preciso, y la falta de justificación de las consecuencias de la no valoración por una causa de presentación formal de la oferta.

Por todo ello, y siendo trasladable al supuesto concreto el reciente antecedente al que se refiere la Sentencia debe estimarse la causa del recurso.

2. Sobre la petición de valorarse nuevamente la memoria de la entidad adjudicataria con cero puntos.

Solicita el recurrente que se elimine la puntuación al adjudicatario, pues de tal forma resultaría adjudicatario, teniendo en cuenta las ofertas respecto de los criterios automáticos.

No obstante, y de forma consecuente, anulada la valoración realizada, no de la entidad adjudicataria, sino de las demás que no fuera valoradas, por la desproporcionalidad y falta de motivación suficiente en la aplicación de la cláusula controvertida, impide que pueda acogerse este motivo del recurso, pues sería aplicar la misma deficiente valoración que ha realizado el órgano de contratación a la entidad adjudicataria. Ne trata de la valoración otorgada a la entidad adjudicataria, sino la realizadas a las demás que por aquel motivo no han sido valoradas por no justificarse la desproporcionalidad de sus ofertas.

De este modo, la petición realizada por la entidad recurrente al respecto no puede acogerse por la insubsanabilidad de la deficiente valoración.

Tampoco sería posible por otro lado, retrotraerse el procedimiento al momento en el que se decidió la no valoración de siete de las ocho entidades licitadoras, a efectos de que ahora se valoren. No es posible, pues ya se han abierto todas las ofertas relativas a los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas. No puede ahora retrotraerse para motivar y explicitar el juicio técnico del órgano evaluador en aquellas puntuaciones donde se ha omitido pues, como ya se ha señalado en la Resolución 300/2016 de este Tribunal, se estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser

el inverso. Asimismo, tampoco resultaría posible efectuar una evaluación de las ofertas que respete los límites de la discrecionalidad técnica y contenga la motivación adecuada y suficiente, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de los licitadores, por lo que aquella nueva valoración supondría una infracción de lo establecido en los artículos 146 de la LCSP y concordantes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

En el mismo sentido, se pronuncian los restantes Tribunales administrativos de recursos contractuales en supuestos como el aquí analizado, valga a título de ejemplo la Resolución 225/2016, de 1 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales donde se señala que "*No podemos dejar de lado, como hemos señalado en anteriores Resoluciones (por todas las números 155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero y 673/2015, de 17 de julio), la exigencia de respetar el principio de confidencialidad y su especial vinculación con los principios de igualdad y libre concurrencia, resultando imposible efectuar una nueva valoración sujeta a juicios de valor, con posterioridad a la toma de conocimiento de las ofertas evaluables mediante fórmulas matemáticas de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 TRLCSP ".*

3. Reclamación por vulneración de la confidencialidad declarada en la memoria.

El artículo 133 de la LCSP garantiza el deber de confidencialidad, disponiendo la prohibición de los órganos de contratación de divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

Se debe precisar que no toda la información presentada por el licitador puede ser declarada de manera genérica confidencial, debiendo el órgano de contratación efectuar un juicio de valor en el que, a la vista del principio de publicidad y transparencia, se analicen con detalle los motivos que conducen a tal declaración. Este criterio es defendido por la jurisprudencia del TJUE, entre otras, en la Sentencia del de 14 de febrero de 2008 (Asunto C-450/06, VAREC), apartado 55, al señalar que la normativa comunitaria debe interpretarse de manera que el organismo responsable: «*debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio…».*

Pues bien, podemos anticipar que, en numerosas ocasiones, esta concurrencia de derechos no puede resolverse de manera pacífica, como oportunamente recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 15/2012, de 19 de septiembre, al analizar la posible contradicción entre el derecho a la confidencialidad de las proposiciones y el de transparencia de los procedimientos.

Así, no corresponde al órgano de contratación atribuir o denegar carácter confidencial a la información declarada así por el licitador, sino a éste, si bien el órgano de contratación, puede concretar qué es efectivamente confidencial de lo declarado como tal por el licitador, pero para ello, en todo caso, debería requerir al interesado para que concrete qué datos e informaciones son efectivamente confidenciales en aquellos casos como el presente en que la declaración de confidencialidad haya sido genérica. En síntesis, debe darle, audiencia.

No obstante, las consecuencias sobre la ruptura de esta confidencialidad de los datos, en cuanto a posible daños económicos o comerciales que haya podido causar dicha publicidad, por un lado no han quedado determinados en este recurso de forma indubitada, y en cualquier caso su reparación no compete al conocimiento de este Tribunal, dado que el conocimiento en su caso de peticiones de acceso a expediente, sólo alcanza a la revisión de una declaración de confidencialidad efectuada por un licitador, a fin de decidir dar acceso a datos declarados confidenciales por éste cuando sea preciso para la defensa de los intereses del peticionario de acceso a efectos de la defensa de sus intereses en el recurso especial en materia de contratación.

4. Sobre el recurso de reposición y el error de hecho.

El recurso de reposición ex art. 115.2 LPAC efectivamente no procedía por aplicación del 44.6 LCSP. Igualmente cumple concluir respecto del art. 109 de la LPAC respecto al error de hecho pues no se constata la existencia de un error material de hecho o aritmético, cuestión ya abordada en la consideración previa de este Fundamento de Derecho.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS GENERALES DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO INNOVA2 SOCIEDAD LIMITADA** contra el acuerdo de adjudicación de la Junta de Gobierno Local de 3 de noviembre de 2022, en el que se contiene la no valoración de parte de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Limpieza de edificios públicos de titularidad municipal” (Expte. 254/2022), convocado por el Ayuntamiento de Valderrubio (Granada) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto apartado 1 de esta resolución, anulándose la licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá 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.