

Recurso 146/2024
Resolución 192/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 3 de mayo de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FLEON Y LEÓN ARQUITECTOS SLP** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del “Contrato de Servicio de Dirección Facultativa de las Obras de Casa Consistorial de Consumo Energético Casi Nulo (Plan Contigo) y Adecuación de Sótano del Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta”, (Expte. P4102900J-2024/000024-PEA), promovido por el Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de marzo de 2024 se publicó el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento, por procedimiento abierto simplificado y tramitación ordinaria, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP). El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 139.800,71 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

La mesa de contratación en sesión celebrada con fecha 8 de abril de 2024 acordó, entre otros asuntos, la exclusión de la oferta de la entidad FLEON Y LEÓN ARQUITECTOS SLP motivada, según consta en el acta de la sesión, por «*incluir documentación relativa a la oferta económica del Anexo III en el sobre AB*».

SEGUNDO. El 11 de abril de 2024, tuvo entrada en el registro del referido Ayuntamiento escrito, calificado como recurso de reposición, interpuesto por la entidad FLEON Y LEÓN ARQUITECTOS SLP (en adelante FLEON o la recurrente), contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación anteriormente mencionado.

El mencionado escrito de recurso junto a parte de la documentación integrante del expediente de contratación fue remitido a este Tribunal con fecha 12 de abril de 2024. Con posterioridad por la Secretaría de este Tribunal se solicitó al Ayuntamiento informe al recurso, así como el resto de la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, a computar desde el día siguiente al citado envío, para formular las alegaciones que consideraran oportunas, no habiéndose recibido ninguna dentro del plazo concedido para ello.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado se adoptó en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta (Sevilla), aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el objeto de la licitación es un contrato de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que contra el citado contrato cabe recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartado 1.a) de la LCSP.

En cuanto al objeto del recurso es un acto de trámite cualificado, en concreto la exclusión de la oferta de la recurrente, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44.2.b) de la LCSP.

Sobre el particular, procede señalar que la recurrente denomina su escrito de recurso de reposición y no de recurso especial en materia de contratación, si bien esta última es la calificación jurídica adecuada y como tal debe tramitarse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: *“El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, por lo que procede el recurso especial pese a la calificación jurídica errónea de recurso de reposición que utiliza la recurrente.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.



QUINTO. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Al objeto de centrar el debate que el presente recurso plantea interesa conocer, con carácter previo, la regulación contenida en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) sobre la cuestión objeto de controversia, así como, mencionar las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación.

El PCAP en la cláusula 5 regula los medios de acreditación de la solvencia técnica en los siguientes términos:

«- Solvencia Técnica: la solvencia técnica del empresario deberá ser acreditada por los medios siguientes:

a) Una relación de los principales servicios realizados como Director de obras de edificación de nueva planta, en edificios de carácter público o privado de cualquier uso, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 120.000€, equivalente al 70% aproximado del presupuesto estimado de ejecución material de proyecto objeto de licitación. Esta relación de trabajos vendrá referida a aquellos trabajos realizados en el curso de los tres últimos años y en ella se indicará el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

(...)

5.1 Otros requisitos de solvencia conforme al art. 76.2 LCSP.

Para la ejecución del presente contrato se exige a los licitadores la acreditación de adscribir los medios personales o materiales suficientes para ello, lo que deberá concretar en su oferta mediante la aportación de la siguiente documentación, como mínimo, el siguiente equipo técnico:

5.1.1.-Se exige una persona responsable de la Dirección de las Obras, que también será el encargado de la interlocución con la Administración y coordinador de los trabajos, que posea una titulación de Arquitecto/a, conforme al artículo 12.3.a), apartado segundo, de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE). Esta persona deberá tener una antigüedad igual o superior a quince (15) años, exigiéndose una experiencia mínima en esta función de 5 años efectivos (60 meses) en obras de edificación y urbanización, en los últimos 15 años. Se entiende por experiencia efectiva la suma de plazos de ejecución de las distintas obras en las que se haya participado desarrollando la función requerida, contabilizados sin simultaneidad o solapamiento.

El Director de Obra ostentará la designación de Director Facultativo de la Obra.

Todas las personas integrantes de la Dirección Facultativa deberán acreditar la titulación habilitante para el ejercicio de la profesión regulada correspondiente con una antigüedad mínima de quince (15) años. Esta persona habrá de validar con su firma todos y cada uno de los documentos que correspondan en cada caso.

(...)»

El PCAP regula los criterios de adjudicación cuantificable de forma automática en la cláusula 12.2.1, y junto a la oferta económica, en la cláusula 12.2.1.2. se regula la experiencia profesional del personal adscrito, en los siguientes términos:

« 12.2.1.2. Criterio cualitativo: experiencia profesional del personal adscrito.

Hasta un máximo de 22 puntos.

De acuerdo con el art. 145.2.2 de la LCSP, entre los criterios para evaluar la mejor relación calidad- precio se contempla la experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, ya que la calidad de dicho personal va a afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato, se valora mediante este criterio la experiencia específica acreditada de los técnicos del equipo en la dirección facultativa de obras de edificaciones públicas o privadas similares cuyo PEM >2.000.000 Euros.

*1. Mayor experiencia del personal técnico responsable de la **Dirección Facultativa de las Obras** dependiendo del PEM de la obra (hasta 11 puntos):*

Cada obra acreditada con PEM entre 2.000.000 euros < PEM ≤ 5.000.000 euros: 1 punto.



Cada obra acreditada con PEM entre 5.000.000 euros <PEM≤10.000.000 euros: 3 puntos.

Cada obra acreditada con un PEM entre >10.000.000 euros: 5 puntos.

2. Mayor experiencia del personal técnico responsable de la Dirección de Ejecución de las obras dependiendo del PEM de la obra (hasta 11 puntos):

Cada obra acreditada con un PEM entre 2.000.000 euros <PEM≤5.000.000 euros: 1 punto.

Cada obra acreditada con un PEM entre 5.000.000 euros <PEM≤10.000.000 euros: 3 puntos.

Cada obra acreditada con un PEM >10.000.000 euros: 5 puntos.

NOTA: para poder valorar los criterios de adjudicación basados en la experiencia, las empresas deberán aportar (en el Sobre C, tal como se indica en la cláusula 15.1) currículum de las personas que se ofrecen para la realización del contrato, a fin de valorar la concurrencia de dicha experiencia, así como los Certificados que acrediten la realización de las citadas obras, en las que se conste el PEM, tipo de actuación, determinación, determinación del agente de la edificación en la que interviene, fase de realización, porcentaje de participación en dicha fase, el destinatario de las mismas y la fecha de su realización. No se podrán valorar aquellas ofertas que no cumplan con estos requisitos».

Por su parte la cláusula 15 del PCAP regula el contenido de las proposiciones disponiendo al efecto:

«15.1.- LA OFERTA SE PRESENTARÁ EN DOS SOBRES PRESENTADOS DE FORMA ELECTRÓNICA.

El contenido de los citados sobres, que deberán estar relacionados en hoja independiente, deberá tener los requisitos que se señalan a continuación:

(...)

SOBRE ELECTRÓNICO AB . “DECLARACIONES RESPONSABLES Y DOCUMENTACIÓN CORRESPONDIENTE A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN CUYA VALORACIÓN DEPENDA DE UN JUICIO DE VALOR”.

1) DECLARACIÓN RESPONSABLE:

- De acuerdo con la previsión del art 159.4 c) se entregará una declaración responsable del licitador indicando que ostenta la representación de la sociedad, la adecuada solvencia económica, financiera y técnica; no estar incurso en prohibición de contratar alguna; debiendo cumplimentarse conforme al modelo normalizado incluido como ANEXO I. (Art. 141 LCSP).

(...)

2) DOCUMENTOS DE LOS CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR (CRITERIO SUBJETIVO).

Los licitadores incluirán en este sobre LA MEMORIA TÉCNICA (...)

3) INSCRIPCIÓN EN REGISTRO OFICIAL DE LICITADORES Y EMPRESAS CLASIFICADAS DEL SECTOR PÚBLICO O EL EQUIVALENTE EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS O SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN

ANEXO II, en caso de constituirse en unión temporal de empresa.

ANEXO V.

ANEXO VI COMPROMISO DE DEDICACIÓN O ADSCRIPCIÓN A LA EJECUCIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES O MATERIALES SUFICIENTES, CONFORME A LO SEÑALADO EN EL ART. 76.2 DE LA LCSP.

SOBRE C “DOCUMENTACIÓN CORRESPONDIENTE A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN CUANTIFICABLES MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS”.

Dentro del sobre denominado “Oferta de criterios valorables en cifras o porcentajes”, se incluirá la proposición económica que se presentará redactada conforme al modelo

fijado en el Anexo III al presente pliego (...)

MUY IMPORTANTE en este sobre deberá incluirse en relación al criterio cualitativo de experiencia profesional del personal adscrito (cláusula 12.2.1.2):



Currículum de las personas que se ofrecen para la realización del contrato, a fin de valorar la concurrencia de la experiencia, así como los Certificados que acrediten la realización de las obras en las que conste el PEM, tipo de actuación, determinación del agente de la edificación en la que interviene, fase de realización, porcentaje de participación en dicha fase, el destinatario de las mismas y la fecha de su realización».

Con fecha 8 de abril de 2024 se celebra sesión de la mesa de contratación con objeto de proceder a la apertura del sobre AB presentado por las tres licitadoras admitidas. Tras el análisis de la documentación aportada y respecto a la entidad hoy recurrente, la mesa adopta el siguiente acuerdo: *«FLEON Y LEON ARQUITECTOS S.L.P: vista la documentación la mesa acuerda su exclusión, en virtud a la cláusula 12.2.1.2 y cláusula 15.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación, al incluir documentación relativa al criterio cualitativo de experiencia profesional en el Sobre AB».*

SEXO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente mediante el escrito impugnatorio se alza contra el acuerdo de exclusión de su oferta y solicita a este Tribunal, *«deje sin validez el mismo, retro trayéndose las actuaciones a la fase preceptiva del expediente, y se proceda a la admisión de su oferta, así como a su posterior evaluación y estudio, por si la misma pudiera ser objeto de aceptación».*

Argumenta la mercantil FLEON que, si bien el PCAP *«deja claro que documentos y anexos modelo hay que aportar en el sobre AB, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el expediente en cuestión, en la pestaña 05-Sobres, AB. Sobre Documentación Administrativa y Juicios de Valor, solicitan una serie de requisitos que induce a confusión:*

- (...)
- *“Solvencia Técnica/Económica-Trabajos realizados. (Solvencia Técnica) Relación de los principales servicios realizados como Director de obras (Ayuda: Consulte los pliegos para más información)”*

Manifiesta que, consultado el PCAP tal y como indicaba la PCSP, en concreto la cláusula 5 “Solvencia Técnica”, se pudo comprobar que la misma debía ser acreditada mediante *«Una relación de los principales servicios realizados como Director de obras de edificación de nueva planta, (...)».*

Aduce que el anexo I del PCAP “Declaración responsable de los requisitos para contratar” *«no prevé la inclusión de una «Relación de los principales servicios realizados como Director de obras» ni el “volumen anual de negocio” que solicitan estos apartados de la plataforma, por lo que lleva a mi persona a adjuntar en estos apartados lo que solicita la Plataforma conforme al Pliego, cláusula 5».*

Argumenta que la cláusula 5.1 del PCAP exigía de conformidad con lo previsto en el artículo 76.2 de la LCSP la adscripción de medios personales, debiendo acreditar el licitador la *“concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato”.*

Aduce que el error en el que incurrió al aportar en el sobre AB la relación de servicios de los directores de obra, al no ir acompañada ni del currículum ni de los certificados requeridos como documentación acreditativa en el PCAP, no permitiría la valoración de este criterio de adjudicación, por lo que concluye que con la documentación aportada *«no se vulnera la objetividad de la valoración, no afecta a la igualdad entre licitadores ni otorga privilegios a unos sobre otros».*



Continúa argumentando la recurrente que *«el acuerdo de exclusión es confuso y ambiguo pues no establece de forma clara y precisa cuál o cuáles han sido los incumplimientos por parte de la recurrente, más allá de indicar tan solo que se ha introducido documentación relativa al criterio cualitativo de experiencia profesional en el Sobre AB y citar las cláusulas antes referenciadas»*.

Cita y reproduce parcialmente el contenido de distintas resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales, en las que se recoge la doctrina sobre vulneración del secreto de las ofertas, subrayando de las mismas el siguiente contenido: *«la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato (...)*

Por ello lo relevante no es el error en la documentación, sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación se opone al recurso argumentando que la mesa de contratación, en cumplimiento de los artículos 139 y 157.2 de la LCSP está obligada a velar por el secreto de la oferta. Alega que en el presente asunto el licitador anticipó documentación que permitía constatar que iba a ofertar uno de los criterios de valoración automática, lo que constituye un error no subsanable.

En cuanto a lo alegado en el recurso respecto a la falta de concreción de la casusa de exclusión, el órgano de contratación argumenta que: *«En virtud a lo establecido en el artículo 35 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común, el Acta de la Mesa de Contratación de fecha 8 de abril de 2024 de un lado, hace una sucinta referencia de los hechos (la inclusión de documentación de criterio de adjudicación cuantificable de forma automática en el Sobre AB) y de otro de los fundamentos de derechos que incumple, las cláusulas 12.2.1.2 y 15.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación, quedando de esta forma motivada la exclusión.»*

SÉPTIMO. Fondo del asunto: Consideraciones del Tribunal.

La controversia que el recurso plantea se centra en discernir si la incorporación en el sobre AB, de determinada información, relativa a aspectos valorables mediante criterios de adjudicación automáticos, ha supuesto, o no, una infracción del deber de secreto de la oferta y de las garantías de objetividad e imparcialidad en su evaluación.

En el presente asunto, tal y como este Tribunal ha tenido ocasión de comprobar conforme a la documentación obrante en el expediente remitido, la recurrente aportó en el sobre AB un documento denominado *“Mayor experiencia del personal técnico responsable de la Dirección Facultativa de las obras”*, en el que se relacionaron un total de ocho trabajos de redacción de obras y estudio de seguridad y salud y dirección de obras. El documento recoge información respecto a los PEM de los trabajos alegados, cuyos importes oscilan entre los 2.083.065,38 euros y los 10.357.413,98 euros. En cuanto a las fechas de realización de los mismos cabe subrayar que las fechas de inicio de las obras de las diferentes obras van desde el 20 de marzo de 2007 al 28 de marzo de 2023.



Por tanto, el documento aportado con denominación idéntica al criterio de adjudicación automático, previsto en el apartado 1 de la cláusula 12.2.1.2. del PCAP es explícito respecto a la mayor experiencia que oferta la entidad ahora recurrente para el perfil responsable de la dirección de obras. Además, el importe del PEM de los trabajos alegados es todos ellos superiores a 2.000.000 de euros, cifra a partir de la cual las obras son objeto de puntuación conforme a la previsión contenida en la cláusula 12.2.1.2. del PCAP.

Por otro lado, ha de señalarse que la relación de trabajos incluye obras que, conforme a la fecha de su realización, no serían válidos para la acreditación de la solvencia técnica exigida en el contrato, como argumenta la recurrente como justificación de la información aportada en el sobre AB sobre la mayor experiencia del personal responsable de la dirección de obras. Y ello dado que la cláusula 5 del PCAP alegada por la propia recurrente dispone en cuanto a la acreditación de la solvencia técnica exigida que: «*Esta relación de trabajos vendrá referida a aquellos trabajos realizados en el curso de los tres últimos años*». Pues bien, en la redacción aportada de los ocho trabajos alegados tan sólo dos de ellos habrían sido realizados dentro de los tres últimos años, el denominado “*Redacción de proyectos y estudio de Seguridad y Salud, Dirección de obra para la reforma del edificio administrativo en Plaza de la Constitución de Córdoba. Presupuesto PEM 7.254.932,35 euros*”, con fecha de inicio 28 de marzo de 2023; y el de “*Redacción de Proyecto y Estudio de Seguridad y Salud. Dirección de obra para la Construcción de Nuevo Centro Educativo lote 2 Nuevo D5+B2.2 en Alcalá de Guadaíra. Presupuesto PEM 5.025.446,81 euros*”, con fecha de inicio 11 de enero de 2021. El resto de las obras fueron iniciadas en las anualidades 2007, 2009, 2011, 2014, 2015 y 2020.

En cuanto a lo argumentado por la recurrente respecto a que en la presente licitación se exigía acreditación de la adscripción de medios personales, alegación mediante la que pretende justificar la información incluida en el sobre AB, cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 15.2 del PCAP en el sobre AB se deberá aportar declaración responsable de que cuenta con la adecuada solvencia técnica así como anexo VI, relativo al compromiso de dedicación y adscripción a la ejecución de los medios personales o materiales suficientes. Además, y conforme a la previsión del PCAP, analizada la documentación aportada en el sobre AB por la entidad recurrente se ha podido comprobar que en el mismo consta la aportación del referido anexo VI conforme al modelo contenido en el PCAP.

Por tanto, las exigencias del PCAP respecto a la solvencia técnica requerida, así como a la adscripción de medios personales, no justifican la introducción en el sobre AB, de la relación de trabajos “*Mayor experiencia del personal técnico responsable de la Dirección Facultativa de las obras*”, en la que se contiene información relativa a uno de los criterios de adjudicación automática. Sin que la vulneración del deber de secreto en el que se ha incurrido se vea desvirtuada, como pretende la recurrente, por el hecho de no haber acompañado el currículum y el resto de documentación acreditativa de los extremos alegados, en los términos previstos en la cláusula 12.2.1.2. del PCAP, para su valoración. El hecho de no aportar la totalidad de la documentación requerida en el PCAP no significa que la documentación aportada no incluya información suficiente para conocer no sólo que la proposición ofertaba mayor experiencia del técnico responsable de la dirección de obras, sino que con la detallada información aportada se podía calcular incluso los concretos términos que la oferta alcanzaría en la valoración de dicho criterio.

Por tanto y constatada la inclusión en el sobre AB, de documentación e información correspondiente al sobre “C”, procede citar la doctrina que este Tribunal tiene establecida sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas, en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de valor, recogida, entre otras, en las Resoluciones 180/2021, de 6 de mayo, 398/2021, de 21 de octubre y 277/2022, de 20 de mayo.



Seguindo la citada doctrina, ha de partirse del antepenúltimo y penúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP que disponen que *«En todo caso, 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 concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.*

La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas».

Asimismo, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público establece 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»,* y el artículo 30.2 del citado Real Decreto prevé que *«En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor».*

La finalidad perseguida por la regulación expuesta no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad de los órganos técnicos de la Administración en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, evitando que esta valoración pueda resultar influenciada por un conocimiento anticipado de determinados aspectos de la oferta que deben evaluarse en una fase posterior de la licitación mediante la aplicación de fórmulas.

Así las cosas, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación, en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de esta y, en consecuencia, cuando son conocidos los de alguna licitadora, pueden implicar desigualdad en el trato de las mismas. Con el consiguiente quebranto, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 146.2 de la LCSP.

La recurrente, aunque no esgrime expresamente el argumento, refiere doctrina del TACRC mediante la que defendería que no puede excluirse de forma automática la oferta que incluya en el sobre AB información correspondiente al sobre C, sino que por el contrario habrá de estarse a las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto.

El principio de proporcionalidad respecto al secreto de la oferta es una cuestión sobre la que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras en la Resolución 324/2022, de 20 de junio, en la que decíamos:

«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación. En este sentido recientemente se ha de citar a un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los



licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria.

(...)

La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo».

La recurrente se opone a la exclusión alegando que el contenido publicado en la PCSP le indujo a confusión, razón que le llevó a aportar la documentación que produjo su exclusión.

Pero lo cierto es que esta alegación no puede acogerse dado que la información que la PCSP contiene expresamente remite a las previsiones contenidas en el PCAP, y el PCAP como anteriormente se ha analizado era claro en cuanto a la documentación que debía aportarse en cada uno de los sobres.

Analizado este caso, y realizado el juicio de proporcionalidad, no es posible estimar que la contaminación de la oferta producida por el adelanto, en el sobre AB, de información sobre un criterio de adjudicación cuantificable mediante fórmula, que debía aportarse en el sobre C, pueda ser justificada en la información publicada en la PCSP ni en la redacción del clausulado del PCAP, como pretende la recurrente, que realiza una lectura parcial e interesada del PCAP. Además, en caso de que el licitador hubiera albergado dudas sobre cuáles eran los exactos términos de los pliegos sobre la presente cuestión, pudo formular aclaración sobre el sentido de estos, de conformidad con la previsión contenida en el último párrafo del artículo 138.3 de la LCSP.

Por tanto, sin prejuzgar en este momento la adecuación a derecho de los pliegos rectores de esta contratación, lo cierto es que no consta que los mismos hayan sido impugnados, ni en su momento procesal oportuno ni indirectamente ahora con ocasión del recurso. Así las cosas, los citados pliegos son ley entre las partes, no



pudiendo obviar que la cláusula 15 del PCAP es clara en cuanto al contenido de las proposiciones y la documentación a aportar en cada uno de los sobres.

Por lo expuesto, la contaminación de la oferta producida en la presente licitación conlleva la exclusión de la oferta de FLEON del procedimiento de licitación. Lo contrario, en el presente supuesto, supondría una ruptura para los demás licitadores de los principios de seguridad jurídica e igualdad de trato entre licitadores.

Así, pues, con base en las consideraciones realizadas el recurso ha de desestimarse.

Por último, esgrime la recurrente que el acuerdo de exclusión adolece de motivación suficiente. En concreto alega que el acuerdo de exclusión es confuso y no concreta los incumplimientos en los que ha incurrido su oferta.

Pues bien, es doctrina de este Tribunal a propósito de la motivación de la adjudicación pero extrapolable asimismo a la exclusión y demás actos sujetos a motivación (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo) que *«la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa»*.

En el presente supuesto no cabe duda de que la recurrente ha formulado su recurso y ha centrado su análisis en la cuestión que fundamentó la exclusión de su oferta. Así y como se ha tenido ocasión de exponer con anterioridad, el acta de la sesión de la mesa de contratación de 8 de abril señala que la oferta de la entidad hoy recurrente resulta excluida por *«incluir documentación relativa al criterio cualitativo de experiencia profesional en el Sobre AB»*.

Por lo que no se aprecia, la falta de motivación que se denuncia en el recurso, ya que del contenido del escrito impugnatorio se demuestra que la recurrente es plenamente conocedora del motivo en el que se basa su exclusión, por lo que no se ha visto mermado su derecho material de defensa.

Procede desestimar este último motivo y en consecuencia el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FLEON Y LEÓN ARQUITECTOS SLP** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del “Contrato de Servicio de Dirección Facultativa de las Obras de Casa Consistorial de Consumo Energético Casi Nulo (Plan Contigo) y Adecuación de Sótano del Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta”, (Expte. P4102900J-2024/000024-PEA), promovido por el Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta (Sevilla).



SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad ni 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.

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.

