



Asunto: Efectos de las deficiencias advertidas en la oferta (Sobre B) presentada por Mediterránea de Camiones, S.L.:

Informe emitido por don Virgilio Maraña Gago, Secretario del Consorcio Provincial Zona Norte de Ávila y vocal de la Mesa de Contratación para la adjudicación del contrato de suministro mediante renting de tres vehículos para el Consorcio Provincial Zona Norte de Ávila a adjudicar por procedimiento abierto con varios criterios de selección y tramitación ordinaria.

ANTECEDENTES

La Mesa de Contratación celebrada en sesión de 8 de mayo de 2018, tras haber tomado conocimiento del informe de valoración de los criterios de evaluación no automática (sobre B) realizado por el Gerente y Vocal de la Mesa de Contratación, don Manuel Sanz Sarría, haciéndose constancia de los siguientes defectos o deficiencias observados en la oferta presentada por Mediterránea de Camiones, S.L.:

- No consta la firma de los documentos incluidos en el Sobre B.
- Se incorporan datos en los documentos del sobre B que, por exigencia del pliego, deberían aportarse en el sobre C (criterios de evaluación automática mediante aplicación de fórmulas).

A la vista de tales deficiencias, y dada la necesidad de determinar sus efectos, la Mesa de Contratación acordó encargar la elaboración de un informe al vocal asesor jurídico y Secretario del Consorcio, con el objeto de determinar los efectos de tales deficiencias advertidas en la oferta presentada por Mediterránea de Camiones, S.L.

En cumplimiento del mencionado acuerdo, se emite el siguiente:

INFORME

El análisis de las deficiencias debe tomar en consideración, como premisa previa, el objeto y la finalidad de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que se recoge en su artículo 1, estableciendo lo siguiente: *"1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y **no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores**; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante*

la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa."

La alusión expresa a tales principios informadores de la contratación del sector público estaba igualmente recogida (con la única excepción del principio de integridad) en el artículo 1 del derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP.

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas deben aplicarse a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (en este sentido Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002 y 19 de junio de 2003).

Lo anterior nos introduce en el análisis de la posibilidad de subsanar defectos o errores en la documentación incluida en la oferta, como es el caso de los errores advertidos en la documentación del sobre B. Para comprender mejor el ejercicio de dicha potestad, conviene considerar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informe 45/02, de 28 de febrero 2003) reconoce que en el procedimiento de adjudicación existen dos fases diferenciadas; en la Primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (capacidad y solvencia); en la segunda, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado. Ambas fases suponen operaciones distintas y regidas por normas diferentes.

La posibilidad de subsanación de errores por parte de los licitadores, como potestad de la Administración contratante, aparece referida exclusivamente a los que se producen en la documentación general o administrativa acreditativa de la capacidad y solvencia de los licitadores. Circunstancia que se recoge expresamente en el artículo 81.2 del RGLCAP: *"2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego,*

concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.”

No obstante, cabe apreciar la aplicación por analogía del artículo 81 a la documentación contenida en la oferta, circunstancia que ha sido admitida por la jurisprudencia, exigiéndose que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material, dado que lo contrario supondría aceptar, implícitamente, la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas después de haber sido presentadas, lo cual supondría una quiebra de los principio de no discriminación, igualdad de trato y transparencia.

Tomados en consideración los razonamientos jurídicos apuntados, cabe concluir lo siguiente:

PRIMERO.- La deficiencia consistente en la omisión de la firma de los documentos incluidos en el Sobre B, podría considerarse un defecto o error subsanable, por cuanto constituye un ejemplo de error puramente formal o material, cuya subsanación no implica modificación sustancial de la oferta, ni quiebra de los principios informadores de la licitación.

SEGUNDO.- La deficiencia consistente en la incorporación de datos en los documentos del sobre B que, por exigencia del pliego, deberían aportarse en el sobre C (criterios de evaluación automática mediante aplicación de fórmulas). No puede considerarse como defecto o error subsanable. La razón fundamental para afirmar tal circunstancia, radica en el que la subsanación de tal defecto supondría la quiebra del principio de igualdad de trato, cuyo propósito es la garantía de que todos los licitadores se hallen en pie de igualdad en el momento de la valoración de las ofertas por parte de la entidad adjudicadora. En cumplimiento de este principio, que constituye la piedra angular sobre la que se hacen descansar las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, el artículo 139.2 de la LCSP establece: “**2.** Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones.” (Reproduce literalmente el contenido del artículo 145.2 del derogado TRLCSP).

Las cautelas que establece la Ley para garantizar el principio de igualdad de trato se desprenden también de lo regulado en los artículos 146 LCSP (150 TRLCSP): “*La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.*” Y en el Artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de

C/ Los Canteros s/n. | 05005 Ávila | T. 920 20 62 11 - F. 920 20 62 17 | e-mail: administracion@consorciodeavila.es

mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: *“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.”* Igualmente, el artículo 30 de esta última disposición establece que: *“En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.”* La razón de ser, de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica y demás criterios evaluables mediante fórmulas, es evitar que ese conocimiento pueda influenciar la valoración a realizar mediante criterios sujetos de valor, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de estos criterios.

Cabe apreciar la existencia de una doctrina unánime sobre las consecuencias del incumplimiento de las exigencias relativas al secreto de las proposiciones hasta su apertura en acto público y la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados. Esto lleva a considerar que la inclusión de la información sobre la oferta evaluable mediante formulas, en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor, infringe el principio de igualdad de trato y no discriminación y conlleva mismo la exclusión del licitador.

Esta consecuencia (exclusión del licitador) ha sido puesta de relieve en varios acuerdos de los Tribunales Administrativos de Contratos Públicos autonómicos:

.- Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo TACP de Aragón

«Las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad de trato, como en estas previsiones normativas requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. En este concreto aspecto de la presentación de propuestas, se basan en la voluntad legal de separar, en dos momentos diferentes, la valoración de las ofertas, en atención a que los criterios para su evaluación estén sujetos a juicio de valor o no; y ello, parece evidente, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas, o contaminadas entre sí, ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que se predica desde el mismo artículo 1 LCSP.

Si se considerara que estas exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento “ordenado” de apertura de las documentaciones, podría admitirse que la falta de cumplimiento de las mismas, no determinase de forma inevitable la exclusión del procedimiento de las empresas que incumplen dichas previsiones. Sin embargo, tal conclusión adolecería de superficialidad, en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales de la contratación pública. Como se ha señalado, la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la valoración en dos momentos temporales, es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, evitando que el conocimiento de la valoración pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración.

De ello se deduce que, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico, presentada por éstos, puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De modo que, se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra la LCSP».

.- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Resolución 84/2011, de 7 de diciembre)

«No es necesario probar ni acreditar que tal influencia se ha producido, sino que es suficiente la posibilidad objetiva de afectar al resultado de la licitación lo que por sí solo ya determina el rechazo. Tampoco es necesario que se produzca del desvelo total de la oferta, es suficiente con que junto a la documentación correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor se incluya otra relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática dando lugar a que se conozcan aspectos de la proposición relativos a criterios cuantificables mediante fórmulas».

Y también ha sido puesta de relieve en varios pronunciamientos del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, donde se reconoce el efecto de la exclusión automática de los licitadores:

.- Resolución 22/2013, de 17 de enero

La exclusión de los licitadores que incluyan información evaluable mediante formulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor es automática, pues "configura un riesgo potencial de contaminación del juicio de valor (que) exige la exclusión del licitador recurrente».

.- Resolución 191/2011, de 20 de julio

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

En definitiva, cabe apreciar que La deficiencia consistente en la incorporación de datos en los documentos del sobre B que, por exigencia del pliego, deberían aportarse en el sobre C (criterios de evaluación automática mediante aplicación de fórmulas), constituye una deficiencia insubsanable que supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación que necesariamente debe conllevar la exclusión del licitador.

En Ávila,
EL SECRETARIO,
Fdo.: Virgilio Maraña Gago.