



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 078/2014

Acuerdo 42/2014, de 30 de julio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por PUENTES Y CALZADAS INFRAESTRUCTURAS, S.L.U, frente a su exclusión del procedimiento de licitación denominado «Acondicionamiento de la carretera A-226 de Teruel a Calanda por Cantavieja, P.K. 95+200 al P.K. 104+900. Tramo Mirambel, L.P Castellón. Fase I y Fase II», promovido por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de abril de 2014 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Acondicionamiento de la carretera A-226 de Teruel a Calanda por Cantavieja, P.K. 95+200 al P.K. 104+900. Tramo Mirambel, L.P Castellón. Fase I y Fase II», convocado por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes del Gobierno de Aragón (en adelante el Departamento), contrato de obras sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa, con varios criterios de adjudicación, y un valor estimado de 6 168 050,12 euros, IVA excluido, para los dos lotes en los que se divide la licitación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Entre los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación posterior se incluyen, en el Anexo VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación (en adelante PCAP), los siguientes:

«3. LIMITACIÓN DEL PORCENTAJE DE SUBCONTRATACIÓN (Hasta 3 puntos).

...

4.- LIMITACIÓN DEL NIVEL DE SUBCONTRATACIÓN (Hasta 2 puntos)...».

El 24 de mayo de 2014 se publicó, en el DOUE, la siguiente corrección de errores, relativa al apartado «P Subcontratación» del cuadro resumen del PCAP:

«En lugar de:

Obligación de indicar en la oferta la parte del contrato que se tenga previsto subcontratar: sí

Léase:

Obligación de indicar en la oferta la parte del contrato que se tenga previsto subcontratar: no

(Explicación: En la cláusula 2.2.4.1 del PCAP –documentos a incluir en el sobre 1- se incluye en el apartado 11º la declaración relativa a la parte del contrato que el licitador tenga previsto subcontratar cuando así se exija en el apartado P del cuadro resumen, sin embargo tanto el porcentaje como en nivel de subcontratación son criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación posterior y que únicamente han de incluirse en el sobre 3 según el Anexo VII).

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas treinta y dos licitadores, entre ellos la recurrente, PUENTES Y CALZADAS INFRAESTRUCTURAS, S.L.U.

El 24 de junio de 2014, se reúne la Mesa de contratación para la apertura del Sobre nº 1 y el examen de la documentación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

administrativa aportada, observándose una serie de deficiencias subsanables en varios de los licitadores, según se recoge en el acta correspondiente. Por otro lado, consta también en el acta, que la Mesa de contratación apreció deficiencias no subsanables en la documentación administrativa aportada, y acordó la exclusión de varios licitadores, entre ellos, la recurrente. En concreto, por incluir en el Sobre nº 1 declaración indicando los trabajos a subcontratar y el porcentaje que representan respecto al presupuesto de ejecución material, *«produciéndose en consecuencia una contaminación documental en el procedimiento»*.

TERCERO.- El 27 de junio de 2014 se remite notificación del acuerdo de exclusión a los licitadores afectados, recibida por PUENTES Y CALZADAS INFRAESTRUCTURAS, S.L.U. el 1 de julio de 2014, concediéndoles la posibilidad de presentar recurso especial en materia de contratación en el plazo de 15 días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se reciba la notificación.

CUARTO.- El 9 de julio de 2014 tuvo entrada, en el registro del Departamento, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por D. Luis García Vegazo, en nombre y representación de PUENTES Y CALZADAS INFRAESTRUCTURAS, S.L.U, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 24 de junio de 2014, por el que se excluía a dicha empresa del procedimiento de licitación. El recurso se traslada al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el 10 de julio de 2014.

Tras relatar los antecedentes de la licitación y el contenido de la corrección de errores practicada, la recurrente alega y fundamenta,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que en ningún momento se advirtió que la introducción de la documentación relativa a la subcontratación en el Sobre nº 1 será causa de exclusión de la licitación. Entiende que el contenido de la cláusula 2.2.4.1 del PCAP (que determina los documentos a incluir en el Sobre nº 1) reproduce literalmente lo señalado en el artículo 227.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Considera que aunque la corrección de errores señaló que no era obligatorio aportar la documentación de subcontratación en el Sobre nº 1, no advirtió que la inclusión de dicha documentación en el mismo fuera causa de exclusión, lo que indujo a confusión a su representada. Es relevante, a su juicio, que la cláusula 2.2.7.2 del PCAP advierta de la exclusión por introducir en el Sobre nº 2 documentos que deban ser objeto de evaluación posterior (Sobre nº 3), y que la misma no haya sido incluida en la corrección de errores, respecto del Sobre nº 1.

Recuerda que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en una licitación, que conduzca a la inadmisión por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia. Por otra parte, es también doctrina jurisprudencial consolidada, que hay que distinguir entre los defectos esenciales y los que no merecen tal calificación, siendo en este caso la inclusión en la oferta de la parte del contrato que se tienen previsto subcontratar una mera irregularidad formal no invalidante. Además, el acceso a la documentación del Sobre nº 1 está limitado a la Mesa de contratación, que debe mantener confidencialidad sobre la misma.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por lo expuesto solicita la revocación del acto recurrido y su admisión al procedimiento.

QUINTO.- El 11 de julio 2014, el Tribunal solicita del Departamento, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del expediente. El día 17 de julio de 2014 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

Por Resolución 7/2014, de 17 de julio, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se acordó la suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por ALVAC, S.A, y COVINSA SOLUCIONES CONSTRUCTIVAS, S.L, en el recurso especial 80/2014 interpuesto frente a su exclusión de la misma y que ha sido resuelto por Acuerdo 43/2014, de 30 de julio.

El día 21 de julio de 2014, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso al resto de licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP. Finalizado el plazo no se ha presentado ninguna alegación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de PUENTES Y CALZADAS INFRAESTRUCTURAS, S.L.U. para interponer recurso especial, y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- El recurso se basa en la pretensión de considerar como irregularidad formal, susceptible de subsanación, la inclusión de la documentación relativa a la subcontratación en el Sobre nº 1, — correspondiente a la documentación administrativa—, al prever el PCAP únicamente que dicha información debe incluirse en el Sobre nº 3 y sin indicar que su inclusión en el Sobre nº 1 suponga causa de exclusión del procedimiento. Se alega, además, una cierta confusión en los pliegos que produce indefensión; y la intrascendencia del conocimiento previo de este aspecto de la proposición, al conocerlo únicamente la Mesa de contratación en acto no público.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, a los Pliegos de la licitación, que constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Y resulta evidente que la actuación de la Mesa fue correcta en la exclusión, al aplicar lo dispuesto en el artículo 150.2, segundo párrafo,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

TRLCSP que establece que *«la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada».*

En el mismo sentido, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial LCSP exige 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».*

Por otra parte, y no menos importante, los artículos 145 y 160 del TRLCSP establecen que las proposiciones de los interesados, conteniendo las características técnicas y económicas, deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

Como viene señalando este Tribunal administrativo desde su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo, las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad de trato, como en las previsiones normativas citadas 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,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 TRLCSP.

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 el TRLCSP.

Y ello, porque el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se valoran mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la valoración, y en consecuencia, cuando son conocidos los de una parte de los licitadores solamente, se originaría una desigualdad en el trato de los mismos. Frente a ello, la única solución posible es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en la normativa, con respecto a la forma de presentar las mismas.

La recurrente, al incluir en su documentación administrativa, en el Sobre nº 1, la declaración indicando los trabajos a subcontratar y el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

porcentaje que representan respecto al presupuesto de ejecución material, está incluyendo un dato que debería haber sido objeto de valoración posterior de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en el Anexo VII del PCAP, por lo que el incumplimiento por la misma de las exigencias del PCAP imposibilita hacer una valoración separada de la oferta, en la forma prevista tanto en el TRLCSP como en el PCAP, afectando al procedimiento de selección de los licitadores y, en particular, al principio de igualdad de trato entre los mismos que exige el artículo 1 TRLCSP, al permitir conocer información con respecto a uno de ellos en un momento procedimental inadecuado, aparte de vulnerarse el principio de secreto de la oferta, lo que determina su adecuada exclusión por la Mesa de contratación.

Es esta además la posición que mantiene el Tribunal Supremo, de cuya jurisprudencia se hace eco la recurrente en un supuesto que nada tiene que ver con el aquí analizado. Por todas, la Sentencia de 20 de noviembre de 2009, en la que se declara: *«Las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación 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 de los licitadores, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello el conocimiento anticipado de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se valoran mediante juicios de valor puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando es conocida solamente la de parte de los licitadores, ello puede implicar desigualdad en el trato de los mismos»*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Procede, en consecuencia desestimar este motivo de recurso.

TERCERO.- Resta por analizar si el contenido del PCAP en este punto inducía a confusión, y si el conocimiento de la proposición «únicamente» por la Mesa de contratación es relevante a los efectos de la pretensión.

Pues bien, aunque es cierto, como señala la recurrente, que el PCAP solo contenía una causa expresa de exclusión por «contaminación documental» en su cláusula 2.2.7.2, en relación con la incorporación en el Sobre nº 2 de documentación que deba ser objeto de valoración posterior (Sobre nº 3), no es menos cierto que la corrección de errores tuvo por finalidad evitar una posible contradicción entre las exigencias del PCAP respecto a la documentación a incorporar en el Sobre nº 1 y la que debía ser objeto de valoración posterior.

Y así se recogió con claridad en el texto de la corrección de errores, identificando expresamente los motivos que fundamentaban la misma y que no eran otros que *«En la cláusula 2.2.4.1 del PCAP –documentos a incluir en el sobre 1- se incluye en el apartado 11º la declaración relativa a la parte del contrato que el licitador tenga previsto subcontratar cuando así se exija en el apartado P del cuadro resumen, sin embargo tanto el porcentaje como en nivel de subcontratación son criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación posterior y que únicamente han de incluirse en el sobre 3 según el Anexo VII»*. Por lo que no cabe apreciar oscuridad o confusión en el PCAP, como pretende la recurrente.

Por último, en cuanto a que únicamente es la Mesa de contratación, en acto no público, la que ha conocido el contenido de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

documentación relativa a la subcontratación, hay que insistir en que aún cuando se pudiera argumentar que ese conocimiento anticipado no coloca en posición de ventaja al licitador incumplidor frente al resto al no influir en la valoración de las ofertas, —lo que no es el caso— lo cierto e incuestionable es que revela datos de la proposición en un momento procedimental en que la oferta debe ser aún secreta para todos y por tanto, también para la Mesa de contratación que, además, debe resaltarse, es el órgano competente para su valoración conforme al artículo 160.1 TRLCSP.

Así, establece el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 20 de noviembre ya citada, con referencia al anterior marco legislativo contractual, *«Ciertamente la norma legal aquí aplicable, art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproducida en los artículos 79.1 y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, impone el carácter secreto de las proposiciones. Se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias»*.

Procede, en consecuencia, desestimar también el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, presentado por D. Luis García Vegazo, en nombre y representación de PUENTES Y CALZADAS INFRAESTRUCTURAS, S.L.U, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 24 de junio de 2014, notificado el 1 de julio de 2014, por el que se excluye de la licitación del contrato denominado «Acondicionamiento de la carretera A-226 de Teruel a Calanda por Cantavieja, P.K. 95+200 al P.K. 104+900. Tramo Mirambel, L.P Castellón. Fase I y Fase II», promovida por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 7/2014, de 17 de julio, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.