

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don P.S.B., en nombre y representación de FERROVIAL AGROMAN, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 6 de octubre de 2012, por el que se excluye a la recurrente de la licitación, del expediente de contratación "Contrato de las obras de 88 viviendas con protección pública de precio básico, garajes, trasteros y locales comerciales (etapa I) en la parcela RC-1 sector 115-A de "Espartales Norte", -Alcalá de Henares- Madrid", tramitado por la Empresa Municipal de la Vivienda de Alcalá de Henares, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Empresa Municipal de la Vivienda de Alcalá de Henares tiene la consideración de poder adjudicador, estando sujeta en la adjudicación de los contratos a lo dispuesto en los artículos 189 a 192 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), en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001,

de 12 de octubre, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) fueron aprobados por Acuerdo del Consejo de Administración de 25 de junio de 2012 y por Acuerdo de 11 de julio de 2012, se convocó licitación para la adjudicación del referido contrato con un valor estimado 6.850.000 € (IVA excluido) a tramitar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE de 17 de diciembre de 2011 y a la licitación concurren 26 empresas.

La cláusula 8 del PCAP dispone: *“Cualquier consulta o aclaración sobre la documentación o sobre el propio Pliego habrá de dirigirse a la Empresa Municipal de Vivienda de Alcalá de Henares, antes de la presentación de ofertas (...), así como que la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas que rigen el presente contrato, sin salvedad alguna”.*

La cláusula 9 *“Forma y contenido de las proposiciones”*, dispone que las proposiciones se presentarán redactadas en lengua castellana, o traducidas oficialmente a esta lengua, y constarán de TRES (3) SOBRES, cerrados y firmados por el licitador o persona que lo represente, y en su interior se hará constar una relación numérica de los documentos que contienen y que: *“Los sobres se dividen de la siguiente forma:*

- A) *SOBRE N° 1 “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA”.*
- B) *SOBRE N° 2. “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA”.*

En este sobre se incluirá la documentación técnica que se exija, en su caso, en el apartado 8 del anexo I, en orden a la aplicación de los criterios objetivos de

adjudicación del contrato especificados en el apartado 7 del citado anexo, así como toda aquélla que, con carácter general, el licitador estime conveniente aportar, sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa a la proposición económica. Cuando se establezcan criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, en este sobre se incluirán dos sobres: (2-A y 2-B).

En el sobre 2-A se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, indicados en el punto B) apartado 7 del anexo I.

En el sobre 2-B se incluirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas indicadas en el punto A) apartado 7 del anexo I.

C) SOBRE Nº 3 "PROPOSICIÓN ECONÓMICA".

Este sobre contendrá la proposición económica, que se presentará redactada conforme al modelo fijado en el anexo II al presente pliego".

En cuanto al Anexo I concreta:

Apartado 7.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato.

A) Criterios que dependen de una aplicación matemática:

1.- Oferta económica: hasta 60 puntos.

(...)

B) Criterios que dependen de un juicio de valor:

1.1.-Mejoras directamente relacionadas con el objeto del contrato: hasta 40 puntos.

(...)

Apartado 8.-

Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de Adjudicación del contrato.

Presupuesto ejecución contrata siguiendo modelo aportado en el ANEXO II.

Mejoras relacionadas con el objeto del contrato.

La Mesa de contratación el día 6 de septiembre de 2012 procedió a la apertura del sobre 2-A que debía contener la documentación técnica de las empresas, correspondiente a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, que en este caso debía contener las mejoras ofertadas. La Mesa detectó en la apertura del sobre 2-A, respecto de la oferta presentada por la recurrente, que el sobre contenía, además de las mejoras que ofertaba, un documento con la oferta económica dentro del mismo sobre, lo que ocurrió igualmente con la apertura del citado sobre 2-A de otra de las empresas, sin que en los 24 licitadores restantes se produjese ninguna incidencia.

La Mesa de contratación, el 22 de octubre de 2012, elevó consulta al Secretario del Consejo de Administración de la EMV, a su vez Secretario del Ayuntamiento, para que informara sobre la procedencia de excluir definitivamente las ofertas presentadas por las dos empresas que habían presentado la oferta económica junto con la documentación de mejoras, y el alcance que esta incidencia podía tener en cuanto a la admisibilidad de sus ofertas. El Secretario del Consejo de Administración indicó que a la vista de la doctrina administrativa sentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, era procedente la exclusión de las citadas ofertas por estar contaminada su proposición económica al haberse conocido por la Mesa de contratación con anterioridad a la apertura del resto de sobres. Estos extremos se contienen en el certificado del Secretario del Consejo de Administración de la EMV, incluido en el expediente administrativo.

El 26 de octubre de 2012 se aprobó por Consejo de Administración la puntuación otorgada a los diferentes licitadores, así como la exclusión de las dos licitadoras que habían presentado erróneamente la documentación.

El día 6 de noviembre de 2012 se procedió por la Mesa de contratación, a dar cuenta de la puntuación obtenida por los licitadores en relación con las mejoras

planteadas en el sobre 2-A, y se comunicó que la oferta de la recurrente no había sido admitida por contener dicho sobre la oferta económica, estando establecido en los Pliegos que dentro del mismo ha de incluirse exclusivamente la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor. La Mesa procedió a la apertura del sobre 2-B que contenía la proposición económica presentada por cada licitador. (Según consta se estableció por la Mesa, con acuerdo de los licitadores, que no era necesaria la apertura del sobre 2-B en tanto que su contenido era reiterativo del contenido del sobre 3).

El 23 de noviembre de 2012 se efectuó comunicación electrónica a la recurrente y se remitía el acta de la reunión de la Mesa de contratación del día 6 de noviembre de 2012, por la que resultaba excluida de la licitación al haber incluido la oferta económica dentro del sobre 2-A.

En dicha acta consta que entre los asistentes se encontraban dos representantes de la empresa Ferrovial, así como el motivo de exclusión.

Segundo.- El 29 de noviembre de 2012, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición del recurso especial en el que se solicita la anulación del acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye la proposición de la recurrente por haber incluido en el sobre 2 de documentación técnica, documentación relativa a la proposición económica alegando que el Pliego conducía a confusión y solicitando se retrotraigan las actuaciones para que la Mesa de contratación vuelva a valorar las ofertas de acuerdo con los criterios fijados en los PCAP y sea admitida en el procedimiento de contratación retrotrayendo las actuaciones al momento de la exclusión. Solicita igualmente la suspensión de la tramitación del expediente.

Tercero.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación y su correspondiente informe, el día 3 de diciembre.

En la documentación aportada se observa que existe un error en la fecha que aparece en el acta de la Mesa de contratación que adopta el acuerdo objeto de impugnación, en la que figura el día 6 de octubre, siendo la fecha real en la que se celebró dicha reunión el día 6 de noviembre, procediéndose a ratificar dicha fecha por el órgano de contratación.

En el informe sobre el recurso, el órgano de contratación relaciona las actuaciones previas seguidas para la adjudicación por procedimiento abierto con pluralidad de criterios del contrato referido, y después de relatar los hechos más arriba descritos, señala que el PCAP establecía en su cláusula 9 respecto a la "forma y contenido de las proposiciones" que cada una de ellas debía "*constar de TRES (3) SOBRES*" y que el pliego especificaba, después, que los sobres se dividían en la forma que antes se ha transcrito.

Invoca también el artículo 145.2 del TRLCSP sobre las proposiciones que presenten los licitadores, que dice: "*serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública*" y que ello significa que las proposiciones, conteniendo tanto las características técnicas como económicas de la oferta, deben mantenerse secretas hasta el momento en que de conformidad con el pliego deban ser abiertas. Por tanto, la documentación debe presentarse en sobre independiente del que contiene la oferta, por lo que la inclusión por error de esta última en el sobre de la documentación administrativa determina la nulidad de la proposición. Manifiesta que es claro y así lo entendieron 24 de las 26 empresas que concurrieron a la licitación, que de incluir en su oferta además de la proposición económica, mejoras para la adjudicación, habían de hacerlas en sobres separados señalados al efecto como sobre 2-A y sobre 3. Esta previsión del pliego de cláusulas procura que la valoración de los criterios técnicos se efectúe antes de conocer el precio de la oferta, con objeto de evitar que este conocimiento pueda influenciar la valoración. Expone que de la relación de los hechos resulta claro que en la apertura de las documentaciones técnicas dos de las empresas licitadoras incumplieron las exigencias formales del pliego.

Que en el caso de la recurrente, si cometió un error o de forma intencionada incluyó en el sobre 2-A tanto la documentación de las mejoras (que se cuantifican de acuerdo a juicios de valor de la Mesa de contratación), como la oferta económica (que se cuantifica automáticamente), es indiferente, pues los efectos que provocó tal defecto son iguales.

Añade que: *“Esto es, la consecuencia inevitable de que la Mesa de contratación conozca la oferta económica de un licitador de forma previa a la apertura del sobre donde debe estar contenida, y de forma previa al resto de licitadores, no es otra que la "contaminación" del proceso de adjudicación, en tanto que se ven atentados los principios de concurrencia e igualdad en los procesos de adjudicación pública de contratos, contraviniendo lo establecido por el artículo 139 TRLCSP”,* citando en apoyo de sus afirmaciones la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en los informes 62/2008 de 02 de diciembre, Informe 30/2011 de 15 de diciembre, el Informe 43/2002 de 17 de diciembre y 62/2008.

Finaliza considerando ajustada a derecho la decisión de la Mesa de contratación y que todo el proceso de contratación se ha desarrollado con la máxima transparencia, que no existe ningún tipo de oscuridad en el PCAP que rige la adjudicación, y que la decisión de la Mesa de contratación no ha sido bajo ningún concepto arbitraria, sino antes al contrario meditada, consultada y fundamentada.

El informe preceptivo también realiza alegaciones respecto de la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión de la adjudicación.

Cuarto.- El día 4 de diciembre se da traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Finalizado

el plazo, se han recibido alegaciones de la empresa COTOLMA Obras y Construcciones, S.L.

La empresa manifiesta que el recurso formulado por Ferrovial Agromán, S.A. es extemporáneo por cuanto el dies a quo para interponer el recurso no es desde el día 23 de noviembre sino desde la fecha en que tuvo conocimiento de la posible infracción (cita el contenido del artículo 44.2.b) del TRLCSP) y en este caso el recurrente tuvo conocimiento de su exclusión el día 6 de noviembre ya que estuvieron presentes en el acto de apertura de plicas dos representantes de la empresa y cita al respecto varias resoluciones de este Tribunal y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre extemporaneidad de recursos en supuestos similares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa FERROVIAL AGROMAN, S.A., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

También queda acreditado que el recurso se interpuso 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 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Segundo.- El licitador recurrente ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo para interposición del recurso cuya extemporaneidad ha sido alegada por una de las empresas licitadoras, procede considerar lo siguiente:

Sobre el plazo para interposición del recurso, el TRLCSP no prevé la necesidad de notificación de la decisión de exclusión, ello sin perjuicio de que pueda hacerse y sea recomendable y en ese caso, en la notificación a los licitadores, se darán a conocer los motivos de la exclusión.

El artículo 151.4 sobre la notificación de la adjudicación, dispone que ha de contener la motivación suficiente que permita la interposición de un recurso. Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, dispone en el apartado 4.a) que se expresará en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta. El artículo 151.4 del TRLCSP es de aplicación a los poderes adjudicadores que tienen carácter de Administraciones Públicas y hace referencia a la necesidad de que la notificación contenga la *“información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”*.

Dentro del concepto de información necesaria se considera que han de incluirse no sólo los aspectos sustantivos relativos a la calificación de la documentación y valoración de las ofertas presentadas, sino también los aspectos formales relativos a la forma de impugnación de la decisión de adjudicación, es decir, recurso procedente, plazo para su interposición y órgano ante el que ha de interponerse. Esta información se considera exigible a todos los poderes adjudicadores, ya que en otro caso se daría tratamiento distinto a los adjudicatarios de contratos, según que la entidad contratante fuera Administración Pública o poder adjudicador que no tuviera tal carácter, lo que sería contrario a la finalidad perseguida por el TRLCSP.

En el caso que se analiza, la exclusión fue acordada por la Mesa de contratación en su reunión del día 6 de noviembre y en el acto público celebrado estuvieron presentes dos representantes de la empresa recurrente, constando el motivo de la exclusión que se concretaba en que la oferta *“no había sido admitida por contener el sobre 2-A la oferta económica, estando establecido en los Pliegos que dentro del mismo ha de incluirse exclusivamente la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor”*.

El día 23 de noviembre se remite al recurrente el acta íntegra de la sesión celebrada por la Mesa de contratación el día 6 de noviembre por la que resultó excluida la empresa en la que constan los motivos. En dicha remisión, no se hace referencia a la interposición de recurso especial ni plazo para interponerlo.

La notificación de la exclusión, de realizarse con independencia de la notificación de adjudicación, por aplicación del principio de transparencia, ha de estar motivada, no precisando que se trate de un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, pero sí ha de ser suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto y puedan defender, en su caso, sus derechos e intereses.

La información obtenida por la recurrente en el acto público celebrado el 6 de noviembre por el que la Mesa de contratación acuerda la exclusión de su oferta, se considera suficiente, en cuanto al motivo de exclusión, ya que no requería mayor explicación para que éste pudiese interponer el recurso suficientemente fundado, como efectivamente hace. No se le indicaba el recurso procedente pero la recurrente tenía esta información por haberse publicado en el anuncio de la convocatoria publicado en el DOUE el día 11 de julio de 2012, donde se especificaba el régimen de recursos, el órgano ante quien debía interponerse y el plazo para su interposición. Pero en dicho anuncio se precisaba, en el apartado VI.4) *“Procedimiento de recurso”* y en concreto en el epígrafe 4.2 *“Presentación de*

recursos” dice: 15 días hábiles a partir del siguiente de la notificación del acto impugnado.

El Tribunal, considerando la información dada por el órgano de contratación sobre el plazo de presentación del recurso, que el acto impugnado fue notificado el día 23 de noviembre de 2012, y que el recurso fue interpuesto el día 29 de noviembre, estima que se ha efectuado dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto el recurso se fundamenta en lo siguiente:

1.- El recurrente solicita que se anule el acuerdo impugnado e invoca para ello los principios de proporcionalidad y concurrencia en la contratación que exigen que las medidas que se adopten sean las necesarias para la consecución del interés público y para favorecer en los procedimientos de contratación, el acceso del mayor número posible de licitadores y evitar que se rechacen proposiciones óptimas para el interés público por motivos meramente formales o que no guarden relación de proporcionalidad con la medida de exclusión adoptada. Invoca en apoyo de su argumentación la Sentencia el Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 1988, y la de 15 de enero de 1999 (RJ 1999\1312).

2.- Así mismo, en cuanto al motivo del rechazo o exclusión de la oferta por haber incluido la oferta económica, dentro del SOBRE 2-A y en relación con la cláusula 9 del PCAP sobre *"Forma y contenido de las proposiciones"*, antes reproducida, manifiesta que dicha inclusión es debida a la oscuridad del PCAP. Efectivamente señala que es en relación con el sobre 2 *"documentación técnica"*,

donde se plantea la controversia, ya que la cláusula que lo regula, dispone que: *“en este sobre se incluirá la documentación técnica que se exija, en su caso, en el apartado 8 del anexo I, en orden a la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación del contrato especificados en el apartado 7 del citado anexo, así como toda aquella que, con carácter general, el licitador estime conveniente aportar sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa a la proposición”*.

Considera que del análisis del contenido del PCAP se concluye que aunque en la cláusula 9 y respecto del citado *“sobre 2”*, se establece que no puede figurar en el mismo ninguna documentación relativa a la proposición económica, se contradice con la propia exigencia impuesta en la misma cláusula de aportar en ese mismo sobre la documentación que figura en el apartado 8 del Anexo I, siendo uno de ellos *“el presupuesto ejecución contrata siguiendo modelo aportado en el Anexo II”* o lo que es lo mismo, la oferta económica.

Añade que la misma cláusula más adelante exige *“que se presente dentro del sobre 2, lo que podríamos denominar como un subsobre 2-B, en el que deberá incluirse la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas en el punto A) apartado 7 del Anexo I, que trata precisamente de la oferta económica y el cálculo de la baja”*.

Considera que el resultado *“es tremendamente confuso porque según la redacción literal de la cláusula no se puede aportar ningún documento relativo a la proposición económica pero por otro, se exige su aportación de dicha oferta en el sobre 2-B y el panorama se hace todavía más oscuro cuando además, en el sobre 3, se dedica a la presentación de la oferta según modelo del anexo II”*. Señala que el artículo 1.288 del Código Civil de aplicación subsidiaria en la contratación administrativa, es muy tajante en lo referente a las cláusulas oscuras de los contratos y por extensión de los PCAP como *“Ley del contrato entre órgano de contratación y licitador”* y cita las Sentencias de 22 de Julio de 1992 (Ar.6448), 3 de

Octubre de 1994 (Ar.7444), 30 de Diciembre de 1996 (Ar.9512), 29 de Septiembre de 1998.

3.- Entiende que la distribución de documentación contenida en el PCAP, infringe lo dispuesto en el artículo 26, del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, en el sentido de que esta norma exige una neta separación en sobres independientes de la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor de aquellos otros de valoración automática, con la finalidad de, en primer lugar, evitar el conocimiento de otra documentación distinta de la sujeta a un juicio de valor y en segundo lugar, de ahuyentar completamente cualquier posibilidad de confusión de documentación que interfieran o se condicionen entre sí.

Añade que en este último sentido es evidente, además, que la distribución de dos subsobres (criterios dependientes de juicios de valor y criterios automáticos) dentro del sobre nº 2 "DOCUMENTACIÓN TÉCNICA", favorece notablemente el que por parte de la Mesa de Contratación y sus servicios técnicos se abriera por error los sobres 2-A y 2-B, máxime si tenemos en cuenta que el pliego no exige que se consigne ningún título o denominación a cada uno de esos sobres.

4.- En cuanto a la posible conculcación del secreto de las proposiciones, al haber podido conocer la Mesa de contratación la oferta de la recurrente con antelación a la apertura de las proposiciones económicas, aduce que entender que el conocimiento de la oferta económica pueda condicionar la puntuación de los criterios sometidos a juicio de valor es poner en sospecha la objetividad e independencia de los miembros de la Mesa o la de la Comisión Técnica de Valoración, en la valoración de las proposiciones, además del obligado secreto que se impone hasta el conocimiento en acto público de las ofertas (artículo 145.2 TRLCAP).

Asimismo, afirma que ninguna ventaja podía obtener la recurrente o cualquier otro licitador, ni podría hablarse de trato discriminatorio con el resto, si se tiene en cuenta que el conocimiento de la oferta quedó exclusivamente limitado al conocimiento de la Mesa de Contratación, cuyos miembros están obligados a guardar secreto al respecto.

Alega además que conocida la oferta económica después de abrir el sobre 2, hubiera resultado imposible influir, porque se presentaron otras 25 ofertas económicas más, cuyo conocimiento era preciso para establecer el panorama de comparación, porque el cálculo de la puntuación de las ofertas económicas, según el criterio fijado en la cláusula C.1 "*criterios de adjudicación cuya valoración es automática*", se realiza en función de la Baja Media y no en una proporción lineal progresiva, de modo que era imposible de prever la puntuación que se podía alcanzar, conociendo sólo una oferta, citando para ello la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de Octubre de 2004, (JUR 2005\150116).

Finaliza manifestando que no se cuestiona la necesidad de respetar las formalidades establecidas en los pliegos como manifestación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación, en cuanto a la documentación requerida para presentar la proposición, sino que lo que se somete a consideración del Tribunal es que ante un defecto formal en la presentación de un documento causado, sin lugar a dudas, por la oscuridad y contradicción de una de las cláusulas del PCAP, no debe provocar la exclusión de la proposición en consonancia con la Jurisprudencia invocada y con el principio de proporcionalidad que exige, en aras del interés público y de la obligación de favorecer la concurrencia en la contratación pública, no rechazar una oferta, salvo que el incumplimiento tenga la gravedad suficiente y sea atribuible únicamente al licitador.

Sexto.- Para resolver sobre el fondo del asunto se debe determinar, en primer lugar, si el contenido de la cláusula 9 del PCAP sobre "*Forma y contenido de las proposiciones*" y respecto del sobre 2 "*documentación técnica*", adolece de

oscuridad sobre la documentación que se debía aportar correspondiente a los criterios de adjudicación según se especificaba en los apartados 7 y 8 del Anexo I.

Del contenido literal de la citada cláusula resulta que en el sobre 2 se debía incluir la documentación técnica que se exigiese en el apartado 8 del anexo I, en relación con la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación del contrato que se especificaban en el apartado 7 del citado anexo y se disponía expresamente que cuando concurriesen criterios cuya cuantificación dependiese de un juicio de valor y criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, en este sobre se incluirán dos sobres: 2-A y 2-B.

Seguidamente, especificaba que en el sobre 2-A se debía incluir la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependiese de un juicio de valor, que se indicaban en el punto B) apartado 7 del anexo I, que en este caso correspondía a las mejoras, y por otra parte disponía que en el sobre 2-B se incluiría la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas que se indicaban en el punto A) Apartado 7 del anexo I y que en este caso correspondía al precio.

Se observa que el PCAP establecía claramente cuál era la documentación que debía incluirse en cada sobre, siendo indiferente que el PCAP estableciese la presentación en sobre 2-A y 2-B en lugar de denominarlos sobre 2 y 3, ya que la separación de la documentación en sobres diferentes tiene por objeto que la valoración de estos criterios siga el orden secuencial que establece el TRLCSP y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público.

Además y sobre la oscuridad del Pliego alegada por la recurrente, se advierte que el PCAP en la cláusula 1 “*Régimen jurídico*” establece que las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en el Pliego y que los Pliegos constituyen la Ley del contrato para ambas partes. En este caso, si hubiese considerado la

contradicción que alega respecto de la cláusula 9, podría haber solicitado información adicional sobre el Pliego y sobre la documentación a incluir en los sobres 2-A y 2-B, posibilidad que ofrece el artículo 158 del TRLCSP. Además, la cláusula 8 expresamente contenía dicha posibilidad al disponer *“que cualquier consulta o aclaración sobre la documentación o sobre el propio Pliego habrá de dirigirse a la Empresa Municipal de Vivienda de Alcalá de Henares, antes de la presentación de ofertas”*. Y que la presentación de proposiciones suponía por parte del empresario la aceptación incondicional del clausulado de pliego.

Por lo que no se aprecia que existiese oscuridad en el PCAP que hubiese inducido a la confusión en que incurrió al presentar la documentación y que, como prevé el artículo 145.1 del TRLCSP, las proposiciones deberán ajustarse a lo previsto en el PCAP y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. En este caso, la recurrente no impugnó el PCAP, por lo que la presentación de su proposición determinaba la aceptación de sus condiciones.

Séptimo.- En segundo lugar y en cuanto a la apertura de la documentación, el artículo 150.2 del TRLCSP dispone 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.

Sobre la funciones de la Mesas de contratación y la forma de presentación y apertura de la documentación, relativa a criterios de adjudicación mediante evaluación objetiva o la de los de evaluación mediante juicio de valor, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la LCSP, en su artículo 22.a) y b) establece entre otras, como funciones de las Mesas de contratación respectivamente, la de calificar la documentación de carácter general y la de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP. A su vez, en el

artículo 30.2 sobre práctica de la valoración, dispone que en todo caso la valoración de los criterios de adjudicación cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Y en su apartado 3 dispone que la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición salvo que en el PCAP se disponga otra cosa.

La finalidad de estas disposiciones, al exigir que la valoración de los criterios de forma automática se realice con posterioridad a la de los criterios de valoración mediante juicio de valor, reside en la salvaguarda de los principios de igualdad de trato y transparencia, de manera que se impida el conocimiento previo de la puntuación efectuada automáticamente para evitar la posibilidad de que se otorgue una puntuación a los criterios valorables mediante juicio de valor, que incline la adjudicación a favor de determinado licitador y para cuyo cumplimiento la documentación correspondiente a estos dos tipos de criterios deberán ir en sobres distintos.

Por otra parte, el recurrente alega que en este caso el conocimiento de su oferta no afectaba a los restantes licitadores, ya que las ofertas estaban presentadas y no podían modificarse y que sobre el precio habría que considerar que el cálculo de la puntuación de las ofertas económicas, según el criterio fijado en la cláusula se realiza en función de la baja media y no en una proporción lineal progresiva, de modo que era imposible prever la puntuación que se podía alcanzar, conociendo sólo una oferta.

Invoca en apoyo de su alegación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de Octubre de 2004, que considera se trata de un caso semejante y en la que se consideraba que *“la inclusión en uno de los sobres de documentación económica, cuando no era procedente, no podía conducir a la no*

admisión de la proposición, porque se trataría de un defecto puramente formal y al actuar así se vulnera el principio de concurrencia”.

El caso a que se refiere la citada Sentencia es un contrato regulado por la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, que sobre valoración de las ofertas difería de la regulación establecida en la Ley 30/2007, de de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que efectúa un revisión general de la regulación de la gestión contractual, así como de la contenida en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la Ley Contratos del Sector Público, entre otros aspectos, en cuanto a las funciones de las Mesas de contratación y la forma de valoración de los criterios de apreciación subjetiva y que establece además los casos en que es obligatoria la constitución de Comité de expertos.

Es cierto que de forma automática, en ese acto, no podía conocerse el resultado de la puntuación final que podía obtener por el precio ofrecido, y en esa circunstancia se encontraba otra empresa, que en este caso tendría que resultar también incluida, y sobre ello debe tenerse en cuenta que en la valoración mediante aplicación de fórmulas, en especial si concurren muchos licitadores, se podrá dar con frecuencia el hecho de que no sea factible conocer de inmediato la puntuación de los criterios evaluables automáticamente al establecer el PCAP la aplicación de fórmulas, como se prevé en la Ley y en Real Decreto 817/2009 sin que admitan excepciones, ya que el artículo 30.2 del citado Real Decreto, sobre práctica de la valoración, utiliza el término “en todo caso” al referirse al momento de la valoración de los criterios de adjudicación. Por ello, admitir la alteración del orden de apertura de la documentación es contrario a lo establecido en la citada normativa contractual.

Por otra parte, el orden de actuación de las Mesas de contratación no está previsto en la normativa contractual vigente para evitar que las restantes empresas conozcan el precio ofrecido, como alega el recurrente, sino para que la evaluación de los criterios de apreciación subjetiva no pueda verse afectada por el conocimiento de los criterios de valoración automática por los órganos encargados de dicha

valoración y que ello pueda inclinar la adjudicación de manera parcial. Por lo tanto la valoración de los criterios de adjudicación cuantificables de forma automática se deberá efectuar siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

En cuanto a la consideración de que se ha incurrido en un error formal subsanable, el TRLCSP y su norma de desarrollo parcial, no introducen criterios que sean contrarios a lo previsto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), en vigor en cuanto no es contrario a lo dispuesto por TRLCSP en esta materia, ni a lo previsto en su norma de desarrollo parcial, en su artículo 84 dispone:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente del modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa, en resolución motivada. Por el contrario el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra, no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

El artículo 87.1 del RGLCAP prevé en el acto público de apertura de proposiciones un plazo de 2 días hábiles siguientes al del acto, para que los licitadores formulen observaciones o reservas contra el acto celebrado.

Los artículos 22 y 27 de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP otorgan facultades a la Mesa de Contratación para adoptar, en cada caso, la decisión sobre la admisión o rechazo motivado de las proposiciones y la apreciación de defectos subsanables o insubsanables.

El Tribunal considera que la doctrina consolidada del Tribunal Supremo reconoce el principio anti formalista en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública, para lograr la mayor concurrencia posible, pero siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos en los Pliegos.

En concordancia con las consideraciones anteriores, se estima que en el supuesto analizado no se ha incurrido en un error subsanable, sino que se ha incluido en el sobre que contenía la documentación relativa a los criterios de valoración subjetiva el precio ofertado, desvelándose con ello el secreto de la oferta y resultando incumplidos los requisitos exigidos en los pliegos de separar la documentación correspondiente a unos y otros criterios.

Por ello, la proposición adolece de defecto que no podría haberse subsanado en el acto público, ni en caso contrario, en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al acto, dado el carácter insubsanable del defecto, por lo que se considera procedente la exclusión acordada por la Mesa de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41. 2 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don P.S.B., en nombre y representación de FERROVIAL AGROMAN, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 6 de noviembre de 2012, por el que se excluye a la recurrente de la licitación, del expediente de contratación "Contrato de las obras de 88 viviendas con protección pública de precio básico, garajes, trasteros y locales comerciales (etapa I) en la parcela RC-1 sector 115-A de "Espartales Norte", -Alcalá de Henares- Madrid", tramitado por la Empresa Municipal de la Vivienda de Alcalá de Henares.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.