

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

En Madrid, a 20 de abril de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Deloitte, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación del Ente Público Canal de Isabel II, de fecha 8 de febrero de 2023, contenido en el acta de fecha 9 de febrero del mismo año, en relación con el contrato “servicio de asistencia técnica para la consolidación de los estados financieros del Canal de Isabel II y sociedades dependientes y elaboración de las cuentas anuales consolidadas del Canal de Isabel II y sociedades dependientes”, número de expediente 2023/02, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 20 de enero de 2023 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato es de 237.400,00 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación concurren tres mercantiles, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 8 de febrero de 2023, se procede a la apertura del sobre electrónico que contiene la documentación administrativa.

En este mismo acto y en lo que aquí interesa, la mercantil DELOITTE es excluida de la licitación por el siguiente motivo:

*“La empresa **DELOITTE, S.L.** presentó la documentación en UN (1) ÚNICO SOBRES debiendo constar la oferta de DOS (2) SOBRES, no estando la documentación administrativa separada de la proposición económica y de los criterios cuantificables mediante fórmulas. De conformidad con lo establecido en el apartado 10.14 del Anexo I del PCAP los licitadores no deberán incluir en el sobre nº 1 información referida a los criterios sujetos a juicio de valor ni a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, en caso contrario serán excluidos del procedimiento.*

(...)

Por lo anterior, la Mesa de Contratación adoptó por unanimidad los siguientes acuerdos:

(...)

*II. No tomar en consideración la oferta presentada por la empresa **DELOITTE, S.L.** al amparo de lo dispuesto en el apartado 10.14 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.*

El contrato ha sido adjudicado a VACIERO AUDITORES, S.L. por Resolución del Director Gerente de la entidad, de fecha 22 de marzo de 2023.

Tercero.- El 2 de marzo de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de DELOITTE, en el que solicita se anule el acuerdo de exclusión y se ordene la retroacción de actuaciones a efectos de toma en consideración de su oferta. Se solicita asimismo la adopción de la medida cautelar de suspensión de la tramitación del procedimiento.

El 29 de marzo de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso y oponiéndose a la suspensión.

Cuarto.- No obstante lo anterior, a la vista de la interposición del recurso, el órgano de contratación ha procedido, de oficio, a la suspensión de la tramitación del procedimiento en fecha 29 de marzo de 2023, publicándolo para conocimiento general en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 30 del mismo mes.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En el plazo otorgado a tal fin, se ha presentado escrito por parte de VACIERO AUDITORES, S.L., oponiéndose a la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de *licitación* “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 8 de febrero de 2023, publicado al día siguiente e interpuesto el recurso ante este Tribunal el 2 de marzo de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- 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 servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Entrando en el fondo del recurso, basa la recurrente su disconformidad con la exclusión en la contradicción patente y manifiesta del clausulado de los pliegos en relación a la presentación de los sobres, que le indujo al error de presentar, en el mismo sobre, la documentación administrativa y la proposición económica y documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas.

Considera la recurrente que si bien el apartado 10.14 del Anexo I del Pliego indica que en el sobre nº1 no se podía incluir documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas y que, por lo tanto, se deberían de haber presentado dos sobres distintos, en otro apartado del propio Pliego se indica justamente lo contrario respecto a la presentación de las ofertas.

Así, la Cláusula 10 del PCAP, relativa a la “*Forma y contenido de las proposiciones*”, señala que las proposiciones constarán de uno o dos sobres, en función del supuesto A o B indicado en la misma cláusula y cuya diferencia estriba en si el apartado 8 del Anexo I recoge o no, entre los criterios de adjudicación, algún criterio cuya valoración dependa de un juicio de valor.

De conformidad con lo anterior, si para la valoración de las ofertas presentadas no se utiliza ningún criterio que dependa de un juicio de valor, la documentación se

presentará en un único sobre; mientras que si, por el contrario, se utilizan criterios sujetos a juicio de valor, la documentación se presentará en dos sobres. Y, para el presente supuesto, el apartado 8 del Anexo I del Pliego, señala que no se aplican criterios sujetos a juicio de valor en este procedimiento, al recoger: *“B) Criterios sujetos a un juicio de valor.... No aplica”*.

Por ello entiende que solo cabe interpretar que, al no figurar ningún criterio que dependa de un juicio de valor, entramos en el ámbito del supuesto A, en el que se exige la presentación de un único sobre, recogiendo asimismo entre los documentos que ha de contener ese único sobre, la documentación necesaria para acreditar los valores propuestos por el licitador en relación a los criterios técnicos cuantificables mediante la aplicación de fórmulas y la proposición económica.

Concluye, a la vista de lo anterior, que DELOITTE procedió a presentar la proposición en un único sobre, cumpliendo escrupulosamente lo estipulado en la cláusula 10 del PCAP.

Y considera un error lo recogido en el apartado 10.14 del Anexo I al PCAP que señala que las proposiciones constarán de dos sobres, nº 1 *“Documentación administrativa”* y nº 3 *“Proposición relativa a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”*, pues entra en contradicción manifiesta con lo señalado en el clausulado. Entiende que el Pliego incurre en una contradicción patente y manifiesta que se debe a un error en su elaboración y que no puede perjudicar al licitador, aportando resoluciones del TACRC y de este Tribunal que sintetizan consolidada doctrina al respecto.

Por su parte, el órgano de contratación alega que los pliegos de los contratos licitados por el Ente Público de Canal de Isabel II se rigen por un Pliego de Condiciones Administrativas, cuyo contenido se estructura en base a un clausulado general donde se recoge un memorial comprensivo de las condiciones o cláusulas que se proponen con carácter general en el procedimiento de licitación, y un Cuadro de Características Particulares del Contrato incluido como Anexo I del PCAP, en el

que se concretan las condiciones de índole administrativa, económica y jurídica del procedimiento, además de un Pliego de Prescripciones Técnicas donde se concretan las condiciones particulares de carácter técnico.

Teniendo en cuenta esta estructura de pliegos y, atendiendo a la literalidad de las cláusulas cuya contradicción invoca la recurrente, considera el Ente Público que es clara la forma establecida de presentación de ofertas: *“Las proposiciones constarán de DOS (2) SOBRES: nº1 y nº3, según se definen a lo largo de este Pliego”*.

Entiende, por otro lado, que cualquier discrepancia entre ambos, clausulado general y Anexo I *“Características del Contrato”* ha de ser resuelta mediante la prevalencia no de uno sobre otro, pues no existe una relación jerárquica entre ambos, sino en base al principio de especialidad, en función de lo que corresponde regular a cada uno de ellos.

A su juicio, no existe la oscuridad o contradicción en el clausulado alegada por la recurrente, pues tal y como se ha expuesto, se regula con claridad la forma de presentación de ofertas mediante la dinámica de un clausulado general que remite a unas condiciones particulares recogidas en el Cuadro de Características del Contrato. Esta conclusión en cuanto a la forma de presentación de ofertas, basada en la simple lectura del clausulado de los pliegos fue la misma a la que llegaron el resto de las licitadoras que presentaron ofertas en dos sobres diferenciados, frente a lo interpretado por la recurrente, por lo que el error de comprensión en ese punto, sería atribuible únicamente a DELOITTE, S.L. Además, ninguna de las licitadoras, incluida la recurrente, hizo uso de su facultad de solicitar aclaraciones sobre la interpretación correcta de las cláusulas citadas en el recurso, pretendiéndose ahora una impugnación extemporánea de los pliegos, sin concurrir nulidad de pleno Derecho, y sin que quepa entender que la recurrente no pudiera comprender en aquel momento las condiciones de la licitación.

Concluye, por tanto que la actuación de la Mesa fue acorde con la literalidad de los pliegos, que prevén la exclusión de los licitadores que incluyan en el sobre 1

información referida a los criterios de juicio de valor o a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, exponiéndose en el Acta la motivación de la exclusión de DELOITTE. Y considera que aceptar la retroacción de actuaciones a efectos de admitir la oferta de la recurrente supondría, además de una actuación contraria a pliegos, la desvirtualización del sentido del procedimiento arbitrado en dos sobres, pues tiene además repercusión directa en aspectos tales como la determinación de las ofertas anormalmente bajas, lo cual obligaría a la Mesa a adoptar decisiones distintas de las que adoptó, en claro perjuicio de otros licitadores.

En último término, el adjudicatario entiende que los pliegos son claros y no inducen a error, pues el apartado 10.14 del Anexo I al PCAP estipula que las ofertas se presentarán e dos sobres; que VACIERO, al igual que el resto de licitadores, a excepción de DELOITTE, pudo comprender que esta era la forma correcta de presentación de ofertas. Entiende asimismo un evidente interés carente de buena fe por parte de la recurrente, que reacciona ante su exclusión alegando que los pliegos inducen a error y son contradictorios una vez es concedora de las ofertas del resto de competidores. Y alega que la retroacción de actuaciones vulneraría el principio de igualdad de trato al resto de licitadores, pues se produciría una valoración de ofertas sin respetar el carácter secreto de las proposiciones que promulga el artículo 139 de la LCSP.

Vistas las alegaciones de las partes, procede transcribir aquellas cláusulas del PCAP, contradictorias a juicio de la recurrente, que le indujeron a error a la hora de presentar su proposición.

Como señala el órgano de contratación en su informe, el PCAP se compone de un clausulado general y un Anexo I denominado *“Características del contrato”*.

Dentro de las *“DISPOSICIONES GENERALES”*, la Cláusula 10 del PCAP, relativa a la *“Forma y contenido de las proposiciones”*, señala que *“Las proposiciones constarán de UNO (1) O DOS (2) SOBRES, en función del supuesto A o B indicados en la presente cláusula”*.

En la misma cláusula, se recogen los supuestos A y B y la documentación a incluir en los sobres, en función de cada supuesto, como se expresa a continuación:

“A.- PRESENTACIÓN DE UN (1) ÚNICO SOBRE:

*Cuando, según lo indicado en el apartado 8 del Anexo I, entre los criterios de adjudicación **no figure ninguno cuya valoración dependa de un juicio de valor, las proposiciones se presentarán en un único (1) sobre (...)***, que incluirá preceptivamente los siguientes documentos:

(...)

*6.- Criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas
Requisitos para presentar la proposición del licitador relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas distintos del precio: 1. Cumplimentar el modelo de declaración establecido en el Anexo II bis al presente Pliego. 2. Aportar la documentación que se exija, en su caso, en el citado Anexo para acreditar los valores propuestos por el licitador.*

7. Proposición económica La proposición económica se presentará redactada conforme al modelo fijado en el Anexo II al presente Pliego.

(...)

“B.- PRESENTACIÓN DE DOS (2) SOBRES:

*Cuando, según lo indicado en el apartado 8 del Anexo I, entre los criterios de adjudicación **figure alguno o algunos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, las proposiciones se presentarán en DOS (2) SOBRES**, que incluirán los siguientes documentos:*

a). SOBRE Nº 1 "DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA Y PROPOSICIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS SUJETOS A UN JUICIO DE VALOR" que incluirá, preceptivamente, los siguientes documentos: Se incluirán los documentos indicados en los números 1 a 5 para el supuesto de presentación de un único sobre. Adicionalmente, se incluirá en este sobre la PROPOSICIÓN del licitador RELATIVA A LOS CRITERIOS SUJETOS A UN JUICIO DE VALOR, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 del Anexo I, en orden a la aplicación de los criterios de adjudicación del Contrato sujetos a un juicio de valor especificados en el apartado 8 del citado Anexo, sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa al precio ni, en caso de existir éstos, a los criterios técnicos cuantificables mediante la

mera aplicación de fórmulas. Finalmente, deberá indicarse una dirección de correo electrónico a efectos de notificaciones, así como un número de teléfono de contacto.

b). SOBRE Nº 2. “PROPOSICIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE LA MERA APLICACIÓN DE FÓRMULAS”, que incluirá preceptivamente los siguientes documentos:

1.- Criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas Se presentará conforme a lo indicado en el número 7 del supuesto de presentación de un único sobre.

2.- Proposición económica Se presentará conforme a lo indicado en el número 8 del supuesto de presentación de un único sobre”.

Las disposiciones generales del pliego recogen asimismo en la cláusula 11 la regulación de la constitución de la mesa de contratación y la apertura de proposiciones, estipulando lo siguiente:

“Cuando, según lo indicado en el apartado 8 del Anexo I, entre los criterios de adjudicación no figure ninguno cuya valoración dependa de un juicio de valor, la Mesa de contratación procederá, en acto público, a la apertura del único sobre que contiene la documentación administrativa, especificaciones técnicas, criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas y proposiciones económicas de los licitadores. Cuando, según lo indicado en el apartado 8 del Anexo I, entre los criterios de adjudicación figure alguno o algunos cuya valoración dependa de un juicio de valor, la Mesa de contratación procederá, en acto público, a la apertura del sobre nº 1 de las ofertas de los licitadores que contiene la documentación administrativa y la proposición relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor.” En este último caso, la valoración de las proposiciones relativas a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación y, en el acto público de apertura del Sobre nº 2, se manifestará el resultado de la calificación de los documentos presentados en el Sobre nº 1 y se pondrá en conocimiento de los interesados el resultado de la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor. La Mesa abrirá a continuación el Sobre nº 2 “Proposición relativa a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas” de los licitadores admitidos, dando lectura a las ofertas”.

De otra parte, dentro de la regulación que hace el Anexo I de las “*CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO*”, el apartado 10.14, en relación al número de sobres, dispone lo siguiente: “*Las proposiciones constarán de DOS (2) SOBRES: nº1 y nº3, según se definen a lo largo de este Pliego.*”

SOBRE Nº1 “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA”

El Sobre Nº1 deberá contener la documentación relacionada en la cláusula 10 A) del presente pliego. Los licitadores no deberán incluir información referida a los criterios sujetos a juicio de valor ni a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, en caso contrario serán excluidos del procedimiento.

SOBRE Nº3 “PROPOSICIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE LA MERA APLICACIÓN DE FÓRMULAS Los licitadores presentarán su oferta económica conforme al modelo establecido en el Anexo II”.

De la literalidad de ambas cláusulas se desprende una evidente contradicción, pues mientras que en la cláusula 10, para un supuesto como el que nos ocupa, en que no se han introducido criterios cuya valoración implique un juicio de valor, se prevé la presentación de un único sobre, en el que deberá introducirse la proposición económica y resto de documentación relativa a criterios de evaluación automática, dejándose la presentación de dos sobres para aquellas licitaciones en que se hayan introducido criterios de juicio de valor; en el apartado 10.14 del Anexo I se mencionan dos sobres (números 1 y 3), conteniendo el primero la documentación administrativa y el número 3 la proposición relativa a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Se constata además, que, al igual que hace el clausulado general para la concreción de otros aspectos (objeto del contrato, presupuesto, criterios de selección, o criterios de valoración), la cláusula 10 de las disposiciones generales no se remite a un apartado concreto, que en el caso de la presentación de los sobres sería el apartado 10.14 del Anexo I, pues solo existe remisión al apartado 8 de dicho Anexo al objeto de tomar en consideración si entre los criterios de valoración figuran criterios

cuya valoración depende de un juicio de valor, a efectos de presentar la documentación en uno o dos sobres, conforme a esa cláusula.

Establece el artículo 139 de la LCSP, que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en los pliegos y documentación que rige la licitación y, que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.

Es doctrina reiterada de este Tribunal y del resto de tribunales y órganos de resolución de recursos especiales la que defiende que los pliegos, una vez aceptados y consentidos devienen firmes y no cabe ya cuestionar ninguno de sus extremos, siempre que no se aprecien vicios determinantes de nulidad de pleno Derecho, convirtiéndose en *lex contractus*, y vinculando tanto a la Administración como a los licitadores.

La finalidad de los Pliegos, en tanto *lex contractus*, es aportar certeza y seguridad sobre los elementos de la licitación, por lo que la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre sus cláusulas no deben interpretarse en favor de la parte que las redactó, sino en favor de los licitadores que las hayan interpretado de forma razonable, en beneficio de la libre concurrencia y con respeto a los principios de igualdad de trato y no discriminación, criterio defendido por el TACRC en su Resolución 1383/2021, de 15 de octubre. Esta doctrina se recogía ya en resoluciones anteriores, 1037/2020, de 28 de septiembre, 983/2015, de 23 de octubre, 100/2014, de 5 de febrero o 49/2011, de 24 de febrero, señalándose *“que si las dudas de interpretación en los pliegos no es posible solventarlas de acuerdo con las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, debe acudir al Código Civil, cuyo artículo 1.288 dispone que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”*.

Respecto a las discrepancias del contenido de los Pliegos, señalábamos en nuestra Resolución 62/2022, de 10 de febrero lo siguiente: *“procede traer a colación*

*el Acuerdo 8/2016, de 22 de enero de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que señala: “Es también doctrina consolidada de este Tribunal, que la finalidad de los Pliegos, en tanto *lex contractus*, es aportar certeza y seguridad sobre los elementos de la licitación, en especial, sobre el objeto, plazo, retribución, condiciones de presentación y adjudicación. Difícilmente puede cumplirse la finalidad de un procedimiento de licitación, caracterizado por la comparación de ofertas, si estos extremos no son claros. Y, por ello, la oscuridad o contradicción de las disposiciones de los Pliegos nunca pueden ser interpretadas en perjuicio de los licitadores.*

La confusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico, proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo). Además, la valoración de la documentación requerida, y los efectos que se derivan de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de exclusión (Acuerdo 8/2011).

Es oportuno recordar, como ya dijimos en nuestro Acuerdo 33/2012, que la carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección, son también responsabilidad de los mismos. Por ello, resulta desproporcionado y contrario a la equidad, que los poderes adjudicadores tengan la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones.

La jurisprudencia actual, frente a decisiones jurisprudenciales anteriores que otorgaban a la interpretación unilateral de la Administración el valor de una especie de interpretación «auténtica», ha destacado que la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad sólo debe perjudicar a la Administración que las redactó, en aplicación del artículo 1288 CC.

Con rotundidad se pronuncia en tal sentido la STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, según la cual «Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración».

En el mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2001 afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las SSTS de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999.

En su consecuencia, la Administración no puede salvar la contradicción que pudiera existir entre las cláusulas del pliego mediante una interpretación que perjudique a quienes cumplieron con lo establecido en ellas”.

La aplicación de la doctrina mencionada al caso que nos ocupa, en que existe una clara contradicción entre las cláusulas del PCAP, incompatibles entre sí, ha de conducir a la estimación del recurso, pues DELOITTE ha presentado su oferta siguiendo una de las estipulaciones del pliego reguladora de la presentación de ofertas en un único sobre para aquellos casos en que no se hayan introducido criterios de juicio de valor.

Aun entendiendo este Tribunal que la presentación de la oferta por parte de la recurrente ha sido correcta, se examina a continuación la vulneración de los principios de secreto de las ofertas y de igualdad de trato, que se produciría, a juicio de órgano de contratación y adjudicatario, en caso de retroacción de actuaciones a efectos de admisión de la oferta de la recurrente.

A estos efectos, debe señalarse que el artículo 157 de la LCSP tiene por objeto garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, al establecer en su apartado 2 que “*Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145*

se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. (...)”.

Así mismo, el artículo 139.2 señala que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones”*.

Ahora bien, como señalamos en nuestra reciente Resolución 137/2023, de 30 de marzo, *“el criterio establecido por el legislador, no tiene un carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar que la valoración de criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas.*

La resolución del TACRC número 916/2016, de 11 de noviembre resume adecuadamente el criterio mantenido por la jurisprudencia y por el propio TACRC “En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente Resolución 1108/2015: “Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquéllos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011). Esto, no obstante, la exclusión del licitador por la

inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, ‘siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal’ (Resolución 233/2011). En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas. Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: “Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos

formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que 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.

La conclusión definitiva es que, aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores”.

A mayor abundamiento, la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid en su Informe 2/2019, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, establece que *“el conocimiento de las ofertas en el momento de valoración de la documentación administrativa resulta irrelevante desde el punto de vista de los principios rectores de la contratación pública, de modo que estaríamos ante una irregularidad no invalidante del procedimiento”.*

En el supuesto que nos ocupa, no habiéndose contemplado la introducción de criterios sujetos a juicio de valor, la inclusión en el sobre 1, junto con la documentación administrativa, de la oferta económica y la documentación correspondiente a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, que como ya hemos visto, era además una de las dos previsiones posibles del pliego, constituiría una irregularidad no invalidante, pues en nada puede influir la puntuación a otorgar a los licitadores al ser criterios aplicables mediante fórmulas.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso anulando el acuerdo de exclusión de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Deloitte, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación del Ente Público Canal de Isabel II, de fecha 8 de febrero de 2023, contenido en el acta de fecha 9 de febrero del mismo año, en relación con el contrato “servicio de asistencia técnica para la consolidación de los estados financieros del Canal de Isabel II Y sociedades dependientes y elaboración de las cuentas anuales consolidadas del Canal de Isabel II y sociedades dependientes”, número de expediente 2023/02, anulando el referido acuerdo y, por consiguiente, la posterior resolución de adjudicación del contrato, con retroacción de actuaciones a efectos de admisión de dicho licitador, efectuando la nueva valoración que proceda conforme a Derecho.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.