

ÁREA DE GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN
Exp.: ECON/000211/2019
COMUNICACIÓN DE EXCLUSIÓN DE BECHTLE DIRECT S.L
TÍTULO DEL CONTRATO: SUMINISTRO DE TARJETAS CAPTURADORAS DE VIDEO, CAPTURADORAS DE FIRMA, LECTORES DE TARJETAS DE BANDA MAGNÉTICA Y LECTORES/GRABADORES DE TARJETAS DE BANDA MAGNÉTICA

La Mesa de Contratación de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo previsto en las **cláusula 13** del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, ha acordado en la reunión del día 5 de noviembre de 2019, convocada para la calificación de la documentación contenida en el Sobre Nº 1 "Documentación Administrativa" presentada por los empresarios interesados en la licitación, la exclusión del procedimiento de licitación de la empresa que se indica a continuación y por los motivos que se señalan.

EMPRESA	MOTIVOS DE EXCLUSIÓN
<u>BECHTLE DIRECT S.L</u> <u>LOTES 1 y 2</u>	<p>La empresa BECHTLE DIRECT, S.L.U. presentó oferta a los lotes 1 y 2. Una vez descifrado el sobre nº 1 presentado por medios electrónicos por la empresa citada, que ha de contener la documentación administrativa, la Mesa de Contratación advierte que entre la documentación contenida en dicho sobre se encuentran las proposiciones económicas presentadas a los lotes 1 y 2.</p> <p>La cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece, de forma clara, que las proposiciones se han de presentar redactadas en lengua castellana, o traducidas oficialmente a esta lengua, y constarán de DOS ARCHIVOS ELECTRÓNICOS (SOBRES).</p> <p>Los archivos electrónicos (sobres) se dividen de la siguiente forma:</p> <p style="text-align: center;">SOBRE Nº 1 DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE Nº 2 PROPOSICIÓN ECONÓMICA.</p> <p>El artículo 139 de la LCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo establecido en los pliegos, y serán secretas, debiendo arbitrarse los medios que garanticen tal</p>



carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones. En este sentido la cláusula 13 del PCAP establece la forma de apertura de los distintos sobres, indicando que una vez abierto el Sobre nº1 que contiene la documentación administrativa, y una vez subsanados los defectos advertidos en dicha documentación, en acto público la mesa abrirá el Sobre nº 2 que contiene la documentación económica de las empresas admitidas, y se dará lectura de la misma en dicho acto.

Por tanto, al incorporar la proposición económica en el Sobre nº 1, se ha de estimar que se ha vulnerado el secreto de dicha oferta, que no se ha abierto en el acto público correspondiente, convocado para el 11 de noviembre, tal y como indica el artículo 157 de la LCSP, **lo que ha de conllevar a la exclusión del licitador.**

En este sentido se pronuncia, entre otras, la reciente **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES nº 652/2019, de 13 de junio**, que concluye lo siguiente:

<Quinto. En cuanto al fondo del asunto, se recurre el acuerdo de exclusión, que se motiva por la Mesa en el hecho de que la empresa recurrente incluyó en la documentación incorporada al Sobre 1 («Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos») su oferta económica, criterio evaluable en el sobre 2 («Oferta ECONÓMICATÉCNICA evaluable de forma automática») según se establece en los pliegos, como enseguida veremos.

Así las cosas, debemos analizar, en primer lugar, si se ha producido un incumplimiento de lo previsto en los pliegos, para después determinar, en caso afirmativo, las consecuencias que se deben aplicar a dicho incumplimiento.

Sexto. Empezando por el análisis de si se han incumplido las previsiones de los pliegos, nos encontramos con que en los mismos se



exige la presentación de la documentación de la oferta de cada licitador en dos sobres: el Sobre nº 1 «contendrá documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos previos recogidos en el artículo 140 de la LCSP», mientras que el Sobre nº 2 debía contener la oferta ECONÓMICA-TÉCNICA, que debía ajustarse al modelo del Anexo 2-A del Cuadro de Características....

Pues bien, resulta del expediente que el licitador ahora recurrente incorporó al sobre nº 1 su oferta económica, redactada de acuerdo con el Anexo 2 de los pliegos, por lo que es incuestionable que con ello ha incumplido las previsiones de los PCAP. Y no solo de los pliegos, sino también de la propia LCSP, como pasamos a analizar.

... Por otro lado, con arreglo al artículo 139.2 de la LCSP, «Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación». Y con arreglo al artículo 157 de la LCSP, «1. **La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición.** Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario.

Pues bien, en el presente supuesto **no cabe duda de que el ahora recurrente incumplió las previsiones de los pliegos, al incluir en el sobre nº 1 su oferta económica**. Sentado lo anterior, debemos pasar a analizar si ese incumplimiento puede considerarse o no irrelevante e intranscendente, para lo cual es esencial atender a los criterios con base en los cuales debe producirse la adjudicación, como pasamos a analizar.

Séptimo. La solución de la cuestión planteada en el FD anterior exige poner de manifiesto ciertas determinaciones contenidas en el PCAP,



que son:

1. Se trata de una licitación en la que solo existen criterios automáticos, económicos y técnicos, por lo que impone la presentación de solo dos sobres, el nº 1 con la documentación relativa a los requisitos previos de las empresas licitadoras y el nº 2 con la oferta o proposición ajustada al modelo del anexo.

2. Las proposiciones tienen carácter secreto hasta el momento de la licitación pública y se han de ajustar en su forma y contenido a lo dispuesto en el PCAP, cuyo modelo figura como anexo 2 (2-A y 2-B cuando haya varias fases en el procedimiento) (cláusula 8 del PCAP).

Por su parte, en el apartado 10 del Cuadro de Características del PCAP se prevé la presentación de dos sobres, el nº1 con la documentación acreditativa de los requisitos previos y el nº 2 con la proposición económica técnica.

Pues bien, en nuestro caso concreto, es evidente, pues así lo reconoce la recurrente, que ha introducido en el sobre nº1 algunas declaraciones exigidas relativas a requisitos previos, así como la oferta económico-técnica ajustada al anexo 2 del Cuadro, y el resto de la documentación administrativa, entre ellas la declaración ajustada al DEUC, la ha introducido, por lo que él mismo manifiesta, en el sobre nº 2, que, en consecuencia, no se podía calificar.

Es indudable, por tanto, que se ha quebrantado el secreto de la oferta económica, de forma que no se ha abierto en acto público, sino en un acto celebrado a puerta cerrada por los miembros de la mesa de contratación, de calificación de la documentación de requisitos previos, incumpliendo con ello lo exigido en el PCAP, en la LCSP y en el RGLCAP. Por ello, y teniendo en cuenta que no se podía abrir el sobre nº 2 para calificar el resto de la documentación aportada, **solo procedía la exclusión** determinada por el PCAP para tales casos de incumplimiento de lo exigido, de acuerdo con la cláusula 10 del PCAP.

La consecuencia anterior deriva del incumplimiento de los pliegos, que son ley del contrato, y de la ruptura del secreto de la proposición económica en un acto que no ha tenido carácter público,



como exigen la LCSP y los pliegos, con quiebra de los principios de igualdad y no discriminación entre licitadores.

Aunque referido a un procedimiento en el que existían criterios subjetivos de adjudicación, procede traer a colación el fundamento sexto de la Resolución 805/2018, de 14 de septiembre, en la que dijimos:

«Sexto. Ha sido constante la doctrina de este Tribunal en el sentido de que el conocimiento anticipado de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la licitación, al crear una situación de desigualdad entre los licitadores...

En el mismo sentido, la Resolución 533/2014 señaló en un supuesto similar al objeto del presente recurso:

«Este Tribunal ha declarado en múltiples resoluciones (por ejemplo, resoluciones 628/2013, 47/2012 y 173/2012), que “el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (sentencia del TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica)”, y que “a esta exigencia obedece que los artículos 145 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas”.

El Tribunal, siguiendo en este punto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 38/07, de 29 de octubre de 2007), ha señalado (Resolución 205/2011, de 7 de septiembre) que:

“La contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP). **Lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites.**

Esa normativa se contiene actualmente en los artículos 139 y 157 de la LCSP. El artículo 139. 1 y 2 determina:

...Y el artículo 157 determina en lo que aquí importa:



«Artículo 157. Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.

1. La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores **en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición.**

Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario....

4. **En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público,** salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos».

Tales determinaciones legales sobre presentación de las proposiciones en sobres distintos, según cual sea su contenido, y obligatoriedad de apertura de las ofertas económico-técnicas sujetas a criterios objetivos en todo caso en acto público, siempre después de haber superado la fase primera de apertura de sobres con la documentación administrativa y calificación de la misma, se completan en su regulación con lo determinado en los artículos 81 a 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

De esa normativa se deduce que, en todo caso, si se infringen sus determinaciones, habida cuenta que son normas imperativas y/o prohibitivas y se quebranta el secreto de las ofertas, el efecto es la exclusión de la licitadora cuya oferta infrinja ese régimen normativo.

Ese criterio es el sostenido en la doctrina del Tribunal Supremo que se concreta en que la anticipación de información sobre la oferta económica, incluso podría influir, en detrimento de los principios de objetividad e imparcialidad en la valoración de los requisitos de capacidad de la empresa y en la resolución de las dudas que la misma pudiera suscitar a la Mesa de Contratación. Todo ello con el consiguiente riesgo de favorecimiento de una determinada oferta en razón a ese conocimiento previo, en perjuicio de las restantes ofertas, viéndose menoscabado el principio de igualdad de trato a los licitadores. **La necesidad de preservar la imparcialidad y objetividad en el proceso de adjudicación exige la**



separación necesaria entre la apertura de la documentación administrativa y la toma de conocimiento de la proposición económica, e impone el carácter secreto de todas las proposiciones, cuyo incumplimiento ha de conllevar la nulidad del procedimiento.

...Además de los argumentos aducidos por los que se considera que debe desestimarse el recurso (el incumplimiento de lo que expresamente disponen los pliegos, la vulneración del secreto de la oferta económica, que no ha sido abierta en el acto público correspondiente, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo declarada en la Sentencia de 2 de julio de 2004), debemos añadir que la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Primera, de 18 de diciembre de 2013, Recurso de apelación 23/2013, considera en su Fundamento de Derecho Sexto, **en relación con el conocimiento anticipado de la proposición económica** que:

«Incluso podría influir, en detrimento de aquellos principios, en la valoración de los requisitos de capacidad de la empresa y en la resolución de las dudas que la misma pudiera suscitar a la Mesa de Contratación.

Todo ello con el consiguiente riesgo de favorecimiento de una determinada oferta en razón a ese conocimiento previo, en perjuicio de las restantes ofertas, viéndose menoscabado el principio de igualdad de trato a los licitadores. La necesidad de preservar la imparcialidad y objetividad en el proceso de adjudicación exige la separación necesaria entre la apertura de la documentación administrativa y la toma de conocimiento de la proposición económica, e impone el carácter secreto de todas las proposiciones, cuyo incumplimiento ha de conllevar la nulidad del procedimiento (STS de 2 de julio de 2004, rec. 3885/2000)».

Procede, por lo expuesto, confirmar la legalidad del acuerdo de exclusión y declarar su conformidad a Derecho...>

EL SECRETARIO DE LA MESA DE CONTRATACIÓN

Fdo.: Rafael Vera Urueña

