



Recurso nº 404/2019

Resolución nº 652/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de junio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. D. A. M. en nombre y representación de SERINPREN, S.L. contra el acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación para la “*adquisición de tejido para la confección de ropa de uniformidad y ropa laboral*”, con expediente 2018/00148, convocado por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 27 de diciembre de 2018 se aprueba el inicio del expediente que tiene por objeto la adquisición de tejido para la confección de ropa de uniformidad y ropa laboral por parte de la la entidad estatal de Derecho Público, Trabajo Penitenciario, y Formación para el Empleo, acordando su tramitación por procedimiento abierto con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector Público (en adelante, LCSP).

Segundo. El 6 de febrero de 2019 se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación mediante procedimiento abierto ordinario, dividido en 8 lotes, con un valor estimado de 1.735.356,60 €, IVA excluido. Se publicó también, el 4 de febrero, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y el 5 de febrero en el BOE.

Tercero. De acuerdo con el anuncio de licitación, el plazo para presentar ofertas finalizaba el 8 de marzo de 2019, habiéndose presentado en dicha fecha los siguientes licitadores:



- AGRUPACIÓN EUROPEA DE INDUSTRIAS DE TRANSFORMACIÓN, S.L.
- EL CORTE INGLÉS, S.A.
- IBEROAMERICANA DE HILADOS Y TEJIDOS, S.A.
- INDUSCORPE, S.L.
- MANUFACTURAS AURA, S.A.
- MASTER TOUCH PUBLICIDAD, S.L.
- MONROY SPORT, S.L.
- RAFITEXTIL DDT 3.8 S.L.
- ROYAL EUROPE TEXTILE, S.L.
- SERINPREN, S.L.
- TABER, S.A.
- TEJIDOS ESPECÍFICOS, S.A.
- TEXTIL DISTRIBUIDORA, S.A.
- TRAZABILIDAD GESTIÓN Y TEXTILES SANITARIOS, S.L.U.

Cuarto. En fecha 20 de marzo de 2019 se reúne la Mesa de Contratación para proceder al examen de la documentación administrativa, acordando la exclusión de SERINPREN S.L. porque *«incluyó su propuesta económica (Anexo 2 del PCAP) en el sobre de documentación administrativa»*.

Como consecuencia de lo anterior, se dicta acuerdo de exclusión en fecha 21 de marzo de 2019, con base en el artículo 139.1 de la LCSP, el artículo 80.1 del Reglamento y el punto 10.1.1 del Cuadro de Características del PCAP en relación con el punto 8.1.4 del mismo pliego.

Quinto. Frente a dicho acuerdo de exclusión, que fue notificado al interesado el 22 de marzo de 2019, se interpone el presente recurso el 4 de abril de 2019, en el que el interesado pone de manifiesto que a su juicio se trata de *«un error subsanable, toda vez que, la documentación de un sobre se ha incluido en otro distinto, sin mala fe alguna,*



tratándose de un despiste al introducir erróneamente la documentación en sobre distinto», por lo que solicita que se «proceda requerir a mi representada para la subsanación de los defectos, y se decrete la admisión de su oferta presentada en su día».

Sexto. A la vista del recurso, el OC presenta informe de fecha 4 de abril de 2019, en el que manifiesta los motivos por los que, a su juicio, el acuerdo de exclusión es conforme a Derecho, con referencia a lo dispuesto en los pliegos, y cita de los artículos 1 y 139.2 de la LCSP. Se cita, además, la resolución de este Tribunal 446/2015.

Indica el órgano que *«La mesa de contratación en sesión celebrada el día 20 de marzo de 2019, procede a la apertura de los sobres número 1 (documentación administrativa), en el correspondiente a la empresa SERIPREN, S.L, aparecen la declaración de art. 71 (no encontrarse incurso en prohibición a contratar), Anexo 3 (certificado de acomodación a las prescripciones técnicas del pliego), Anexo 4 (declaración sobre grupo empresarial) y Anexo 2 (oferta económica- precio). Entendiendo que el Anexo 2 A (reducción en el plazo de entrega) se encuentra en el sobre 2. (Proposición económica-técnica)».*

Como consecuencia de ello, a juicio del OC *«la documentación presentada en el sobre nº 1 por la empresa SERIPREN, S.L., sí es relevante, al tratarse de un criterio que tiene un peso del 90% del total de la oferta».*

Séptimo. El 10 de abril de 2019, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal a tenor de lo establecido en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. Los recursos se interponen contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2.b de la LCSP.



Tercero. En cuanto a la legitimación, la entidad recurrente tiene legitimación para recurrir ex artículo 48 de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir (arts. 50.1.c y 51.3 de la LCSP).

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 ECONÓMICA-TÉCNICA 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. A partir de ahí, los criterios para la adjudicación del contrato, según consta en el Cuadro de características del PCAP (documento 8.2 del expediente) eran dos: uno económico, el precio ofertado (con un máximo de 90 puntos) y otro cualitativo, la reducción del plazo de entrega (con un máximo de 10 puntos).

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.



En efecto, la Ley regula la forma de presentación de las ofertas, distinguiendo especialmente los supuestos en los que se fijan criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor. Así, según el artículo 146.2 de la LCSP, *«En todo caso, 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 concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello»*; norma que reitera el art. 26 del RD 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, al disponer con total claridad 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 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. 2. 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»*.

Es decir, lo que establece la norma (con independencia de que lo digan o no los pliegos), es que en primer lugar deben evaluarse los criterios que no sean cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas; y para garantizar que esa valoración se haga con pleno respeto al principio de neutralidad, se impone la presentación de unos y otros



documentos en distintos sobres o archivos electrónicos. Ello es en realidad una garantía para todos los licitadores, al asegurar que, a la hora de valorar las proposiciones cuya ponderación depende de un juicio de valor, ese juicio sea lo más objetivo posible, y no se vea afectado por la oferta económica ni por las mejoras ofrecidas por unos u otros licitadores.

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 intrascendente, 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).

3. Se prevé en la cláusula 10 del PCAP la exclusión de aquellas soluciones que incumplan las especificaciones del pliego o en normas y demás disposiciones o instrucciones que resulten de aplicación al objeto de la licitación o a su realización, así como por cualquier otra circunstancia prevista en la LCSP y en sus normas de desarrollo.

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 este sentido ya se pronunció el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) 62/08, en el que se señala: “Pues bien, precisamente las cautelas que, habitualmente se establecen en los pliegos de cara a la valoración de los criterios técnicos (se entiende que en los casos en que los mismos no son susceptibles de



valoración mediante la simple aplicación de una fórmula) tienen por objeto como ya se ha dicho mantener la máxima objetividad posible en la valoración. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de parte de los licitadores solamente, a desigualdad en el trato de los mismos. Frente a ello la única solución es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas en forma que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto al secreto de las mismas”.

Por su parte, este Tribunal se ha pronunciado sobre estas cuestiones en diversas resoluciones. Así, en la Resolución 146/2011 señala: “(...) En efecto, la razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar por los técnicos, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Así, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no hayan cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la general, la técnica y la económica, la documentación en este caso a incluir en el sobre nº 3 (oferta económica) y referida al equipo de trabajo que se ha incluido en el sobre nº 1 (documentación general), hacen que los técnicos al realizar su valoración dispongan de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino solo de aquellos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley de Contratos del Sector Público. Ello supone también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 129.2 de la Ley citada, pues documentación que debiera de estar incorporada en el sobre nº 3 se conoce con anterioridad a la apertura del mismo”».

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.

Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos”. El principio de igualdad de trato justifica el mandato contenido en el artículo 145.2 del TRLCSP, con arreglo al cual “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”. Y, con la finalidad de garantizar este secreto, el artículo 80.1 del RGLCAP, dispone que “la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa”, añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse “ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados” (apartado 2), articulándose medidas (apartado 3) para el caso en que “se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”. Como se indicó en la Resolución 205/2011, la citada normativa “persigue por tanto una doble garantía, por un lado, asegurar que la



información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el período de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público, (...) y por otro, que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada”».

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

«Artículo 139. Proposiciones de los interesados.

1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones».

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.



2. 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.

3. En todo caso la apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de veinte días contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las mismas.

Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se entenderá cumplido cuando se haya abierto, dentro del mismo, el primero de los sobres o archivos electrónicos que componen la proposición.

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.

En ese sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de julio de 2004, Rec. nº. 3885/2000 determina:

«Adjudicación que tendrá lugar tras el más absoluto respeto de los principios de publicidad (art. 79 LCAP) competencia e igualdad de oportunidades (arts. 80, 81 y 83 LCAP) en la que la racionalidad invocada por la recurrente no desempeña papel alguno. Si, en cambio, es esencial el principio de legalidad que exige respetar el procedimiento legal y reglamentariamente establecido en las normas de contratación.

(...)

Ese automatismo en la adjudicación al que nos acabamos de referir exige que la LCAP determine de forma clara el procedimiento de selección del contratista, en el que la fase de calificación previa de los documentos a que se refiere el art. 80, en aras a acreditar la seriedad de la proposición económica y la capacidad para contratar del empresario (personalidad jurídica de la empresa, clasificación de la empresa o justificación de su solvencia económica, resguardo acreditativo de la garantía provisional, justificación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de seguridad social, etc.) es absolutamente independiente y previa de la fase ulterior y pública de propuesta por la Mesa de contratación al órgano de contratación de la adjudicación al postor que oferte el precio más bajo.



Cabría que las sociedades de un mismo grupo presenten propuestas independientes, aunque no que cada sociedad presentase más de un pliego, salvo el específico supuesto a que se refiere el art. 80 LCAP, pero, además, en aras a evitar que los concurrentes conozcan las propuestas de los otros partícipes en el procedimiento alterando así su naturaleza es consustancial al sistema la oferta en pliego cerrada a fin de evitar cualquier tipo de maniobra en el procedimiento de selección del contratista.

Sienta, por ello, el citado art. 80 LCAP que "las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública". Aspecto en modo alguno alterado en la normativa actualmente en vigor. Licitación que, reiteramos, tendrá lugar mediante la oportuna propuesta de adjudicación del contrato al postor que oferte el precio más bajo en acto público con la apertura de las ofertas admitidas realizada por la mesa de contratación, conforme al art. 83 LCAP , tras la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma. Por ello el art. 99 del Reglamento de desarrollo de la Ley (RGC) determina que han de presentarse en sobre cerrado y separado, firmados por el licitador o la persona que lo represente, tanto las proposiciones económicas como los documentos acreditativos de los requisitos de capacidad y solvencia. Procedimiento del que hablamos en el que, insistimos, si bien la subasta constituye un acto público, la calificación previa de los documentos no ostenta tal carácter ya que debe realizarse a puerta cerrada, conforme se colige "a sensu contrario" del art. 101 del RGC al estatuir el acto público exclusivamente para la apertura de proposiciones admitidas.

Mediante la antedicha actuación se respeta plenamente el principio de competencia por cuanto los concurrentes no toman conocimiento hasta tal momento de las ofertas realizadas por los otros partícipes sin que por ello padezca el principio de transparencia. Así el citado art. 101 RGC determina, en línea con lo dispuesto en el antedicho art. 83 LCAP , que, a efectos de la citada calificación, el Presidente de la Mesa ordenará la apertura de los sobres relativos al cumplimiento de la exigencia de acreditación de la antedicha capacidad financiera, económica y técnica así como de la necesaria solvencia de los solicitantes, con exclusión del relativo a la proposición económica, debiendo, por ello, proceder a la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma.



(...)

SEXTO.- De los pronunciamientos anteriores se concluye la absoluta subsanabilidad de deficiencias documentales mas no que tal rectificación debe llevarse a cabo en paralelo a la apertura de las proposiciones económicas por mucha urgencia que se invoque. No olvidemos que los contratos cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público se encuentran especialmente regulado en la LCAP (art. 72) con una drástica reducción de plazos, entre otras características, mas sin que por ello se altere el respeto a los principios esenciales del procedimiento.

Y si alguna duda existiese acerca de la absoluta separación entre lo actuado en una y otra fase, así como el carácter indiscutiblemente previo de la calificación de documentos, nos la resuelve el contenido del art. 104 RGC al decretar que "antes de la apertura de la primera proposición económica se invitará a los asistentes a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la Mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que este momento pueda aquella hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de subsanación de defectos a que se refiere el art. 101". De su lectura se infiere inequívocamente que el plazo de corrección de los defectos de la documentación administrativa es absolutamente anterior al de apertura de las proposiciones económicas lo que veda, en consecuencia, que puedan desarrollarse en paralelo.

La transparencia resulta básica y esencial en la fase de apertura de proposiciones económicas por lo que se lleva a efecto en acto público, pero ni es buscada ni deseada en la fase de apertura de las plicas administrativas a fin de no alterar el normal régimen de concurrencia competitiva e igualdad de oportunidades. Es esencial, en términos de la sentencia de 20 de febrero de 2001 citando otra anterior de 17 de febrero de 1992, evitar el surgimiento de favoritismos que desnaturalicen la esencia de la contratación».

Es cierto que esta Sentencia se refiere a un supuesto muy específico, en el que el órgano de contratación vulneró el procedimiento establecido para las entonces denominadas «subastas», abriendo en el mismo acto público la documentación administrativa y las



ofertas económicas de todos los licitadores, de tal modo que cuando concedió el plazo de subsanación de 3 días de la documentación administrativa, todas las empresas conocían las ofertas económicas del resto de licitadores. Ello produjo que algunos de ellos (los que habían ofertado precios más altos) optaran por no subsanar las deficiencias de sus proposiciones, lo que produjo una distorsión en la determinación de las ofertas que finalmente se encontraron incursas en presunción de anormalidad o desproporción. Por este motivo, hay que tomar las conclusiones de esta Sentencia en sus justos términos, pudiendo también tenerse en cuenta según los casos, la doctrina contenida en la STS de 15 de enero de 1999 (a la que hace referencia el F.D. Quinto de la misma STS de 2 de julio de 2004):

«Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la LCE de 8 de abril de 1965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1987, y 19 de enero de 1995».

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, por lo que el presente recurso debe ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M. D. A. M. en nombre y representación de SERINPREN, S.L. contra el acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación para la “*adquisición de tejido para la confección de ropa de uniformidad y ropa laboral*”, con expediente 2018/00148, convocado por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.

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 58.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la



Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.