Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 080/2022

Acuerdo 84/2022, de 1 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "FOMENTO DE BENICASIM, S.A.", frente a su exclusión de la licitación del contrato denominado «Servicio de recogida y transporte de residuos domésticos, fracción resto, voluminosos, selectiva del punto limpio móvil y del cartón comercial puerta a puerta, producidos en el municipio de Teruel (Teruel ciudad y sus barrios pedáneos)», promovido por el Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel.

Ponente: Paula Bardavío Domínguez

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de febrero de 2022 se envió al Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación del procedimiento que figura en el encabezamiento de este Acuerdo para su publicación. El mismo anuncio se publicó el día 23 de febrero siguiente en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP). Según figura en los citados anuncios, el plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el día 22 de marzo de 2022.

Se trata de un contrato de concesión de servicios, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 11 741 716,40 euros, IVA excluido.

Segundo.- En el curso de la tramitación del procedimiento, la Mesa de contratación, a la vista del informe de valoración de los criterios sujetos a valoración previa, acordó –en sesión de fecha 2 de junio de 2022– la exclusión

de algunos licitadores, entre los que se encuentra la ahora recurrente. Según figura en el acta levantada al efecto, la exclusión trae causa de que la actora habría incluido en el sobre “B”, información cuantificable mediante la aplicación de fórmulas matemáticas y que debía ser incluida en el Sobre “C”.

Ese mismo día, se publicó en la PCSP tanto el informe de valoración como el acta de la reunión.

Tercero.- El día 23 de junio de 2022 se recibió en este Tribunal –a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón- un escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don J.P.M.M., en nombre y representación de la mercantil “FOMENTO DE BENICASIM, S.A.”, en el que manifiesta su disconformidad con el acuerdo de exclusión de su oferta.

El recurso, defiende, en síntesis, la corrección de su oferta, argumentando, por una parte, que ésta cumple la literalidad establecida en los Pliegos que rigen la contratación –aludiendo a posible confusión en los mismos- y por otra, la existencia de errores cometidos en el informe técnico de valoración respecto a su proposición.

Por lo expuesto, y considerando su exclusión contraria a Derecho, interesa de este Tribunal la anulación del acto de exclusión y del procedimiento de contratación en su totalidad.

Cuarto.- El día 24 de junio de 2022, este Tribunal dio traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente e informe a que alude 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 (en adelante, LCSP). La documentación requerida se recibió el día 28 de junio siguiente.

En su informe, el meritado órgano se ratifica en la conformidad a Derecho del acto de exclusión, interesando la desestimación del recurso.

Quinto.- El mismo día 24 de junio de 2022, este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió a la actora la subsanación de la documentación que acredita la representación de la persona firmante del escrito de recurso, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. La documentación requerida fue aportada el día 30 de junio siguiente.

Sexto.- El día 5 de julio de 2022 se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Durante el plazo otorgado, no se han recibido alegaciones.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “FOMENTO DE BENICASIM, S.A.” para interponer el recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3 000 000 de euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de

exclusión de un licitador, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.b) de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en los que se fundamenta. La actora combate su exclusión del meritado procedimiento de contratación, la cual se acordó –según señala el acta levantada al efecto- debido a que se había incorporado en el Sobre "B", información concerniente a uno de los parámetros que habían de ser ponderados en el Sobre "C", mediante un criterio sujeto a evaluación posterior. En relación a la cuestión planteada en este recurso, el acta referida señala lo siguiente:

«Es decir, el número de unidades de contenedores exigido en el PPT es de 354 para la fracción biorresiduo ó MO, FOBESA propone introducir 540 uds para este servicio, siendo una propuesta clara y repetida en su exposición de las características del servicio y que conlleva el suministro de 186 uds adicionales de contenedores con respecto a las exigidas en los pliegos, por tanto aporta información que sólo debe reflejarse en el Sobre C.»

Pues bien, la recurrente sostiene que en su oferta técnica presentada en el Sobre "B", se ha limitado a cumplir los pliegos y efectuar una propuesta técnica que incluía los datos necesarios para un correcto dimensionamiento de la prestación de los servicios, en la que se especificaba el número de contenedores. Afirma que los pliegos así lo exigen porque, de no especificar el número de contenedores, no podrían describirse las características de los itinerarios de recogida, el número de vehículos necesarios para la correcta prestación de los servicios o las características de los contenedores propuestos para la ejecución del servicio.

Además, señala en su escrito lo siguiente:

«El informe emitido por el técnico asesor de la Mesa de Contratación concluye, erróneamente, que FOBESA ha incluido en la oferta técnica el número de contenedores adicionales de carga lateral y trasera que está dispuesto a aportar y que, según su entender, debía consignar en el sobre C o propuesta económica. Así lo reconoce expresamente cuando indica que (la negrita es nuestra):

"el número de unidades de contenedores exigido en el PPT es de 354 para la fracción biorresiduo o MO, FOBESA propone introducir 540 uds para este servicio, siendo una propuesta clara y repetida en su exposición de las características del servicio y que conlleva el suministro de 186 uds adicionales de contenedores con respecto a las exigidas en los pliegos, por tanto aporta información que sólo debe reflejarse en el sobre C"

Según los datos facilitados en su oferta obtendría por estos conceptos la siguiente puntuación:

*Incremento de 186 contenedores, de los cuales 82*0,015 = 1,23 y 104*0.03 = 3,12 total 4,23,como el máximo es 4 esa sería la puntuación obtenida.*

Como se acredita mediante la aportación del documento nº 4, correspondiente con el Anexo II de la oferta económica de FOBESA, y podrá comprobarse mediante la revisión de la oferta que en aplicación estricta de los Pliegos no debe haber sido abierta (la exclusión de esta recurrente es anterior al acto de la Mesa de apertura de las mismas y los Pliegos en su artículo 18, citando el artículo 83.5 del Reglamento, prevén "las ofertas que correspondan a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación y los sobre que las contengan no podrán ser abiertos"), la propuesta económica que el informante presupone que FOBESA ofertó, no coincide con la oferta real que se realizó.

*En realidad, el incremento de contendores que se propuso es de 100 contenedores de carga lateral (100*0,03 = 3p) y de 200 contenedores de carga trasera (200*0,015 = 3p) siendo el resultado de la valoración distinto del que el informante previó.*

*Consecuentemente**,** la suposición que lleva al técnico informante a proponer la exclusión de mi representada, y que es asumida por la mesa de contratación al dictar la resolución objeto del presente recurso, resulta ser una premisa totalmente errónea y carente de rigor. Si esta parte hubiere querido incluir en el sobre B el contenido de la oferta económica no hubiere consignado un dimensionamiento de 186 contenedores de más de los mínimos exigidos, sino que hubiere consignado los 300 contenedores que realmente ofreció como incremento y que le deberían reportar los 6 puntos previstos en la fase de valoración correspondiente. Es irrefutable que el técnico realizó una deducción incorrecta y que ello le llevó a proponer una exclusión que, a la postre,* provocará la nulidad del procedimiento.

2.3.- La equivocación cometida por el técnico informante al mezclar las valoraciones de los apartados técnico (B) y económico (C):

El técnico informante yerra en sus consideraciones por no diferenciar correctamente las distintas valoraciones. Como prevé el artículo 19 del PCAP relativo a los criterios de adjudicación, la valoración de las proposiciones se divide en los siguientes apartados:

1. *JUICIOS DE VALOR (30 PUNTOS)*
    - *Descripción y dimensionamiento servicios (10)*
    - *Maquinaria, material, instalaciones (7,5)*
    - *Organización y control del servicio (3,5)*
    - *Aspectos sociales (5)*
    - *Propuesta implantación recogida Biorresiduos (4)*

2.A) OFERTA ECONÓMICA (60 PUNTOS)

- *Canon anual ofertado (58)*
- *Precios unitarios ofertados servicios extraordinarios (2)*

B) ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS (10 PUNTOS)

- *Incorporación tarjetas electrónicas (4)*
- *Suministro contenedores adicionales carga lateral (3)*
- *Suministro contenedores adicionales carga trasera (3)*

*El informante mezcla lo que debería ser la valoración de la propuesta de implantación de recogida de biorresiduos del apartado técnico, con la valoración de las actuaciones complementarias del apartado económico. El error es evidente pues, según sus propias palabras "Incremento de 186 contenedores, de los cuales 82*0,015*

*= 1,23 y 104*0.03 = 3,12 total 4,23,como el máximo es 4 esa sería la puntuación obtenida", en la valoración relativa a la propuesta de implantación recogida de Biorresiduos (topada con un máximo de 4 puntos), en lugar de valorar la puntuación que entienda conveniente a la vista de la propuesta técnica, traslada a dicho apartado la valoración prevista para el suministro de contenedores adicionales de carga lateral y trasera (sin disponer de los datos reales ofertados por esta parte), cuando ello únicamente debería ser objeto de valoración en el punto B de la oferta económica pudiéndose obtener por cada licitador hasta una máximo de 3 puntos por cada tipo de contenedor, en total 6 puntos. Resulta curioso que ni dicha contradicción le hiciera advertir de la trascendental confusión en la que incurrió.»*

De contrario, el órgano de contratación defiende en su informe la corrección de su actuación razonando que

«Una vez expuesto que el PCA, indicaba con claridad la forma de presentar las ofertas y las consecuencias de incluir información del sobre C en el sobe B,

resulta evidente que la oferta de FOBESA, incurrió en ese error y facilitó información, número de contenedores adicionales, en su proyecto técnico, que debieran haber figurado en el sobre C.

Resulta, cuando menos curiosa, la interpretación que el recurrente plantea en su recurso al indicar que no tenía otro remedio que facilitar esa información, (cuando ningún otro licitador lo ha hecho), cometiendo a nuestro juicio un error que le ha llevado a la exclusión. Destacar además que como resulta imposible negar que la recurrente ha incorporado al proyecto un número de contenedores adicionales a los exigidos en el PPT, trata de justificar lo injustificable poniendo entela de juicio los pliegos y la posterior valoración de las ofertas.

Una primera cuestión clave a nuestro juicio es, "si el pliego valora la incorporación de contenedores adicionales, con respecto a qué número, pensaba la recurrente que tenía que compararlos para obtener la puntuación que se otorga por ese concepto. La respuesta no es otra, que lo son con respecto a las relaciones de contendores reflejadas en el PPT. Y esa información sólo se puede facilitar en el sobre/archivo C"

Además conviene recordar al recurrente que:

- *n el PPT está reflejado de forma clara y concreta el número de contenedores que se han de suministrar como los puestos en servicio, tanto los destinados a la fracción resto (FR) como a los biorresiduos (Artículos 2.2 , 3.1 del PPT y 4.22.a; anexo A.1.1 del PPT), tal y como se recoge a continuación:*

Articulo 2.2

El número (mínimo), de contenedores, según sectores, que se instalarán destinados a la recogida separada de biorresiduos, en el momento de la implantación generalizada del servicio será :

	ContCT 800/1000 1	*Cont CL 22001*
Casco Urbano Centro	*133*	
Casco Urbano Ensanche y ctaAlcañiz		*168*
Barrios pedáneos		*53*

-Artículo 3.1.- Suministro y Renovación de contenedores

Al inicio de la prestación del servicio se renovará la totalidad de los contendores destinados a la fracción resto instalados actualmente hasta completar el número que para el municipio está reflejado en el Anexo 1.1. Se contará además desde el inicio de la prestación del servicio, y en todo momento, de un número de contenedores nuevos, del mismo tipo que los instalados, que no será inferior al 5 % de los instalados fijos para su uso en posibles ampliaciones , servicios extraordinarios y sustituciones. El número de los contenedores a suministrar, destinados para la recogida de la fracción resto y biorresiduos, según capacidades y sistema de carga será:

Denominación	*Nº*
Contenedor CL de 3,2 m3 PEAD FR	*370*
Contenedor CL de 2,2 m3 PEAD SMO	*221*
Contenedor CT de 1,0 m3 PEAD FR	*314*

Contenedor CT de 1,0 m3 PEAD SMO	*133*

Artículo 4.2-. Material y maquinaria

a) Material nuevo (contenedores) a amortizar en el periodo del contrato

El adjudicatario suministrará como mínimo al inicio del contrato el material de nueva adquisición que se relaciona seguidamente y que quedará adscrito al servicio.

Denominación	Nº
Contenedor CL de 3,2 m3 PEAD FR	370
Contenedor CL de 2,2 m3 PEAD SMO	221
Contenedor CT de 1,0 m3 PEAD FR	314
Contenedor CT de 1,0 m3 PEAD SMO	133

En concreto y refiriéndonos a los destinados a los biorresiduos que son los propuestos en exceso por FOBESA, el PPT especifica claramente que los contenedores a suministrar y poner en servicio destinados a los biorresiduos son 133 uds de carga trasera y 221 uds de carga lateral. Estas unidades podrán ser incrementadas de acuerdo con lo ofertado por el adjudicatario en la documentación presentada en el SOBRE C. FOBESA introduce como suministro y puesta en servicio un número de contenedores destinados a biorresiduos muy superior: 215 uds de contenedores de carga trasera y 325 uds de carga lateral

- *En el PPT se informa claramente acerca de las frecuencias de recogida de contenedores y forma de llevar a cabo la puesta en marcha del servicio de recogida de contenedores de biorresiduos (Artic 2.2 del PPT)*
- *En el Proyecto de explotación del servicio cuyo alcance se refleja en la cláusula 17 del PCA y en el artículo 8 del PPT, se solicita que se lleve a cabo una descripción y dimensionamiento de los servicios de recogida con estimación de la producción de residuos y justificación del número y capacidad de los contenedores destinados para cada servicio, considerando las frecuencias asignadas. Tal y como se ha redactado este párrafo se entiende (y así ha sido entendido por los demás licitadores) que se trata de justificar que el número y capacidad de los contenedores destinados a los servicios (los reflejados en los artículos 2.2.,3.1 y 4.2.2 a del PPT) son los correctos según los criterios y cálculos de los licitadores. Si se interpreta erróneamente que existe libertad de diseño para proponer los contenedores ¿qué sentido tiene haber reflejado en el PPT repetidamente el número de contenedores que se exigen?*

Además esto no implica en modo alguno que los licitadores están obligados a exponer en el sobre B el número de contenedores, si es que este modifica los mínimos exigidos, sobre todo al alza, pues este es uno de los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas, que deben ser incluidos en el sobre c.

Tampoco se pide la realización de una ampliación del servicio que lógicamente afectaría al propuesto en el PPT, dimensionado por el Consorcio, a su presupuesto y posiblemente a la calidad del mismo, generando de esta forma otro incumplimiento del pliego.

En cuanto a la interpretación del pliego que plantea el recurrente para justificar su propio error al facilitar el número de contenedores adicionales en su propuesta técnica, manifestar que el PCA, cláusula 19, en el apartado correspondiente a la valoración de los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, en lo que respecta al suministro de contenedores está reflejado de forma clara que se considerará el número de contenedores adicionales a los exigidos suministrados al inicio del contrato.

El pliego, como ya hemos referido anteriormente indica de forma clara el número de contenedores, según sectores que se instalarán destinados a la recogida de biorresiduos, en el momento de la implantación generalizada del servicio será:

	Cont CT 800/1000 ***1***	*Cont CL 22001*
Casco Urbano Centro	*133*	
Casco Urbano Ensanche y ctaAlcañiz		*168*
Barrios pedáneos		*53*

FOBESA en su proyecto de explotación propone, la incorporación y suministro de un número de contendores superior a los exigidos suministrados al inicio del contrato. En concreto 186 uds adicionales.

Esta propuesta la realiza de forma clara y concreta, no como una opción o sugerencia ya que la mantiene en todos los apartados del proyecto de

explotación en los que deben de reflejarse el número de contenedores (dimensionamiento de las rutas, lavado de contendores y SUMINISTRO de contenedores).

Así en uno de los apartados indica que "FOBESA. pretende acometer los servicios de recogida de biorresiduos desde el comienzo de la contrata. Nuestra empresa platea una solución integral para alcanzar e incluso sobrepasar los índices de recuperación en origen mediante la instalación de 540 ud de contenedores de fracción orgánica (215 unidades de carga trasera y 325 unidades de carga trasera)"

Esta información en la que indica el número de contenedores, sin tener que facilitar esa información en ese momento. origina que el técnico que valore sepa con absoluta certeza que en ese apartado obtendrá por los dos conceptos la puntuación de 4.23 puntos. tal y como se desprende de la mera aplicación de los criterios de valoración.

Según los datos facilitados en su oferta obtendría por estos conceptos la siguiente puntuación:

*Incremento de 186 contenedores, de los cuales 82 * 0.015 (carga trasera) = 1,23 y 104 * 0.03(carga lateral) = 3,1 2 total 4,23. (efectivamente hay un error de trascripción en el informe de valoración donde había que poner 6 ponía 4, aspecto este que en nada cambia la valoración que de forma automática se efectúa, ni la información innecesaria que facilita FOBESA, pues podría haber mantenido su propuesta de plantear la recogida desde el inicio, aun cuando no es competencia suya cuando iniciarlo sino del Consorcio, pero sin necesidad de facilitar el número exacto de contenedores que proponen por encima de los exigidos en el PPT).*

Con ello se ha anticipado al órgano de contratación una información, con todo lo que ello supone de vulneración del principio de secreto de las proposiciones

y de igualdad y transparencia en el proceso de licitación. De acuerdo con el artículo 139.1 de la LCSP, las proposiciones de los interesados deben ajustarse a los pliegos. En la cláusula 17 del pliego se regula la forma y contenido de las proposiciones y se indica, respecto del contenido del sobre B que "en ningún caso podrá incluirse en este archivo electrónico del sobre B documentos propios del archivo del sobre C".

También por su relevancia, conviene indicar que el resto de licitadores ha considerado y respetado en sus respectivos proyectos de explotación lo reflejado al respecto en el PPT (artículos 2.2., 3.1. 4.44.a), incluso aclarando en algún caso que no modificaban esas cantidades (uds de contenedores) al objeto de no incurrir en la posible exclusión del procedimiento por incumplir las especificaciones del PPT. Únicamente FOBESA ha incurrido en ese error al confeccionar su oferta técnica.»

Expuestas las posiciones de las partes hay que estar en primer lugar a la regulación contenida en los pliegos que rigen la presente licitación y cuya aplicación es cuestionada, concretamente respecto a la documentación a incluir en los Archivos Electrónicos “B” y “C”, dispone el PCAP en su cláusula 17 relativa al contenido de las proposiciones, lo siguiente:

«3. ARCHIVO ELECTRÓNICO “B”, Constará de la identificación siguiente “PROPUESTA TÉCNICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS VALORABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR para la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato de concesión de servicios de recogida de residuos domésticos, fracción resto.”
En este sobre deberá el licitador presentar la documentación, que deberá estar firmada, relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor que se indican en la cláusula número 19 del presente Pliego. Para ser admitidos los documentos que se presenten deben estar debidamente firmados por la persona licitadora o bien, toda la documentación que presente deberá ir

acompañada de una relación comprensiva de cada uno de los documentos que la integran firmada por aquel, en la que declare bajo su responsabilidad ser ciertos los datos aportados en los documentos que acompañan a la citada relación.

Si no se aporta la documentación relativa a alguno de los criterios que deben incluirse en el archivo electrónico "B", o la misma no contiene todos los requisitos exigidos no será valorada respecto del criterio o subcriterio de que se trate.

Concretamente, se incluirá en este sobre:

PROYECTO DE EXPLOTACION O GESTION DEL SERVICIO, con el siguiente contenido mínimo

(…)

Las personas licitadoras no deberán incluir en el archivo electrónico "B" datos que deban figurar en la documentación correspondiente archivo electrónico "C". En caso de que se produzca dicha inclusión, la proposición afectada será rechazada, salvo en los supuestos en que sea la única presentada a la licitación.

4. ARCHIVO ELECTRÓNICO "C", Constará de la identificación siguiente "PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS VALORABLES MEDIANTE LA APLICACIÓN DE

FORMULAS para la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato de concesión de servicios de recogida de residuos domésticos, fracción resto."

Los licitadores deberán presentar la proposición económica y la documentación acreditativa de los criterios valorables mediante fórmulas en la forma en que se determina en la clausula19 del Presente pliego...»

En cuanto a los criterios de adjudicación evaluables mediante aplicación de fórmulas que afectan a la resolución del presente debate, han sido ya transcritos al reproducir el informe del órgano de contratación.

Pues bien, expuestos los términos del debate, la resolución del presente recurso requiere examinar si la actuación de la Mesa de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, al PCAP que, junto con el Pliego de Prescripciones Técnicas, constituyen la *lex contractus* como viene afirmando, reiteradamente, la jurisprudencia.

Sobre la cuestión aquí planteada, esto es, la relativa al secreto de las proposiciones, es pertinente reproducir la doctrina de este Tribunal, por todos, su Acuerdo 63/2017, de 11 de mayo, que afirma: «*Como viene señalando este Tribunal administrativo desde su Acuerdo 1/2011, de 28 de marzo, las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad de trato, como en las previsiones normativas citadas requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. En este concreto aspecto de la presentación de propuestas, se basan en la voluntad legal de separar, en dos momentos diferentes, la valoración de las ofertas, en atención a que los criterios para su evaluación estén sujetos a juicio de valor o no; y ello, parece evidente, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas, o contaminadas entre sí, ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que se predica desde el mismo artículo 1 TRLCSP. De ello se deduce que, como ya se argumentó en nuestro Acuerdo 16/2011, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico, presentada por éstos, puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta lo que afectaría al propio sistema de valoración y su necesaria objetividad. De modo que, se infringirían, al «contaminar» el procedimiento, los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra el*

TRLCSP. En este Acuerdo se precisó que, en todo caso, es necesario realizar una interpretación finalista y sistemática, que obliga al órgano gestor a acreditar de forma racional el incumplimiento del licitador de este deber de no desvelar la oferta económica de forma anticipada. Y no son suficientes meras suposiciones o juicios de valor técnico que no permitan constatar de forma fehaciente este incumplimiento, pues lo contrario, cuando menos, quebraría el principio de proporcionalidad y conllevaría una contravención del principio de igualdad de trato. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, en su Resolución 77/2014, ha insistido también en la necesidad de justificar esa contaminación antes de acordar la exclusión. Y ello, porque el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se valoran mediante fórmulas, en tanto adelanta información de la proposición, puede afectar al resultado de la valoración de los aspectos sometidos a juicio de valor, por lo que se originaría una desigualdad en el trato de los mismos. Frente a ello, la única solución posible desde la perspectiva del derecho a buena administración (Acuerdos 16/2011 y 53/2015) es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en la normativa, con respecto a la forma de presentar las mismas con el resultado de desvelar indebidamente aspectos de su oferta. Este es el criterio uniforme en la doctrina consolidada por los Tribunales administrativos de contratación, en relación con el principio del secreto de las proposiciones, y la revelación de su contenido. Por todos, vale citar los Acuerdos de este Tribunal administrativo 1/2011, 42 a 44/2014, 55 a 58/2015, y los recientes Acuerdos 41 a 43 y 47 a 49/2017; en los que se insiste en que el secreto de las proposiciones, se asienta sobre dos principios básicos. El primero, evitar "manipulaciones" de los licitadores con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del sistema de contratación; y el segundo, garantizar que las ofertas económicas y demás aspectos evaluables mediante fórmulas, no sean conocidos en tanto sean objeto de valoración las proposiciones técnicas, para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico, al

conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en estos aspectos reglados o automáticos. Igualmente, la Resolución 72/2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales afirma que: "En este sentido la resolución de este Tribunal nº 137/2014 de 21 de febrero de 2014, señala que `… si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la sujeta a juicio de valor, y la evaluable de forma automática, ello haría que los técnicos al realizar su valoración, dispusieran de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos 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 v no discriminación consagrados en el TRLCSP (…) Ello supondría también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 145. 2 de la Ley citada, pues documentación o información que debiera de estar incorporada en el sobre nº 3 se conoce con anterioridad a la apertura del mismo. Cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones antes de que se celebre el acto público de apertura, al incluir información evaluable de forma automática en el sobre destinado a la documentación general rompe el secreto de las proposiciones (Resolución 67/2012 de 14 de marzo)"».

Pues bien, en el presente recurso el argumento de la recurrente se basa en negar que ha existido tal revelación del secreto de la oferta, lo que funda en meras suposiciones, o juicios de valor técnico, de manera que la cuestión planteada se revela como eminentemente técnica, por lo que resulta de aplicación la doctrina de la discrecionalidad técnica y la consecuente presunción de acierto del órgano de contratación a su favor.

Es doctrina consolidada de todos los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales (por todos, los Acuerdos de este Tribunal 78/2013, de 23 de diciembre, 8/2014, de 20 de febrero, 22/2018, de 20 de abril, 75/2019, de

14 de junio, y las Resoluciones del TACRC 209/2013, de 5 de junio, 313/2017, de 31 de marzo, 155/2019, de 22 de febrero), que la evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación, y que aquellos han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Y ello por cuanto a les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «*discrecionalidad técnica*» de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006 –rec. casación nº 7645/2000–, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999). Criterio ratificado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 noviembre de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso nº 336/2016), en el que fue objeto de impugnación –precisamente– otro Acuerdo de este Tribunal, el 106/2016, de 28 de octubre, y que dicha Sala confirmó.

Por ello, a la luz de la doctrina de la discrecionalidad técnica antes referida, apoyada en los argumentos recogidos en el informe del mismo al recurso, así como en el informe técnico de valoración aludido en aquél y que la recurrente no logra desvirtuar, procede el rechazo del motivo de recurso, al no haber atendido la actora la carga de la prueba que sobre ella pesa (valga por todos, el criterio sentado en el Acuerdo 86/2020, de 30 de octubre, de este Tribunal).

Además, como señala la STJUE de 29 de marzo de 2012, en el asunto C599/10 (SAG ELV Slovensko), el licitador debe responsabilizarse de la corrección de su oferta y «*la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos*».

Por otro lado, no estamos ante un supuesto de información no relevante, pues la recurrente desvela el contenido relativo a un criterio sujeto a evaluación

posterior, por lo que podría afectar a la imparcialidad de la valoración de los criterios sujetos a evaluación previa y en este sentido se viene pronunciando este Tribunal administrativo por todos en el Acuerdo 1/2019, de 11 de enero.

Por ello, a juicio de este Tribunal, al suministrar la información sobre los vehículos adicionales –a los que resultan obligatorios con arreglo al PPT- que se van a aportar a la ejecución del contrato, se incurre en la conducta prohibida por la LCSP y por los pliegos que rigen la presente licitación, pues se desvela de forma evidente parte de la oferta sujeta a evaluación posterior, y produce el efecto prohibido de revelar el secreto de las proposiciones, lo que obliga a la exclusión de la oferta.

No cabe tampoco admitir la alegación de la recurrente de que en todo caso si se ha producido la revelación del secreto de la oferta, es consecuencia de la falta de claridad del PCAP, porque tal alegación es extemporánea, pues el pliego es un acto consentido y firme y ha sido aceptado por la actora con la presentación de su proposición, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP.

En cualquier caso, cabe señalar que no se argumenta de forma adecuada en que consiste dicha falta de claridad, pues nada impedía al licitador presentar la memoria técnica sin referirse a la oferta adicional de vehículos, o al menos, no lo ha acreditado, más allá de su mera afirmación acompañada de argumentos de conveniencia y por tanto no ha atendido la carga de la prueba que sobre ella pesa, tendente a acreditar cuanto sostiene a favor de sus pretensiones.

Y debe recordarse que las actuaciones materiales exigibles a los licitadores sobre cómo deben presentarse las ofertas con el objetivo de preservar el secreto de las mismas nunca pueda ser objeto de subsanación por su propia naturaleza. Por ello, se considera ajustada a la legalidad la actuación de la Mesa de contratación y, en consecuencia, se desestima el recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por "FOMENTO DE BENICASIM, S.A.", frente a su exclusión de la licitación del contrato denominado «Servicio de recogida y transporte de residuos domésticos, fracción resto, voluminosos, selectiva del punto limpio móvil y del cartón comercial puerta a puerta, producidos en el municipio de Teruel (Teruel ciudad y sus barrios pedáneos)», promovido por el Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de

la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.