



Expediente: 13/2022

ACUERDO 38/2022, de 28 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. y SERVINABAR 2000, S.L. frente a la exclusión de su oferta del contrato de *Obras de construcción de 24 viviendas, derribos, garaje y urbanización en el entorno Horno Coscolín de Tudela (Navarra)*, tramitado por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de diciembre de 2021, NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (en adelante NASUVINSA) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de *Obras de construcción de 24 viviendas, derribos, garaje y urbanización en el entorno Horno Coscolín de Tudela (Navarra)*.

A dicha licitación presentaron oferta las empresas Construcciones Hermanos Garbayo Chivite, S.L. y, de manera conjunta, Acciona Construcción, S.A. y Servinabar, 2000, S.L.

SEGUNDO.- El 20 de enero de 2022 la Mesa de Contratación procedió a la apertura del Sobre B (Declaración responsable y oferta cualitativa) presentado por los licitadores, encomendando el análisis y evaluación técnica de las ofertas a dos vocales de la misma.

El 21 de febrero se emitió el informe de evaluación solicitado, donde se señala que *La propuesta presentada por la UTE ACCIONA SERVINABAR 2000 incluye en el sobre B, además de la documentación requerida en las Condiciones Particulares (estudio del proyecto, propuesta de mejoras y análisis de la implantación de las obras) el Diagrama de Gantt*, de modo que, al revelar el plazo de ejecución ofertado, propone a

la Mesa de Contratación excluir dicha oferta por haber incluido la oferta de un criterio cuantificable mediante fórmula en el sobre correspondiente a la oferta cualitativa.

Atendiendo a dicho informe, la Mesa de Contratación propuso al órgano de contratación la exclusión de la oferta presentada por ACCIONA-SERVINABAR, acordándose su exclusión el 25 de febrero en los siguientes términos:

Que según se indica en el apartado J de las Condiciones Particulares del contrato “La inclusión de cualquier dato propio de valoración correspondiente a criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas objetivas determinará la inadmisión o exclusión de la proposición”.

Que, la propuesta presentada por ACCIONA CONSTRUCCIÓN S.A.–SERVINABAR 2000 S.L. (participación conjunta-UTE) incluye en el sobre B, además de la documentación requerida en las Condiciones Particulares (estudio del proyecto, propuesta de mejoras y análisis de la implantación de las obras) el Diagrama de Gantt donde se indica expresamente que el plazo de ejecución ofertado es de 487 días y en base a ese plazo se ha realizado el plannig. Esta información debería haberse incluido en el SOBRE C (y no en el B) ya que el “Plazo de ejecución” es uno de los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmula.

Por todo ello, el órgano de contratación acuerda, a propuesta de la Mesa de Contratación, la exclusión de la propuesta de ACCIONA CONSTRUCCIÓN S.A.–SERVINABAR 2000 S.L. (participación conjunta-UTE) por haber incluido en el Sobre B el plazo de ejecución ofertado y no en el Sobre C al ser el Plazo de Ejecución uno de los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmula.

TERCERO.- Con fecha 7 de marzo, Acciona Construcción y Servinabar interpusieron una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Forma de presentación de la oferta

Señalan que el pliego de condiciones particulares del contrato establece en su apartado J la documentación a presentar por los licitadores en dos sobres distintos, en su

apartado K el plazo y lugar de presentación de proposiciones, que es la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra (PLENA), y añaden que, comprobando la apariencia de PLENA, se observa que no delimita los apartados o criterios concretos y, por tanto, la documentación que debe cargarse en cada uno, sino que permite la subida de cualquier documento que se desee, sin limitación o restricción alguna.

Reconocen que al presentar su oferta cometieron el error involuntario de incluir en el sobre B un diagrama de Gantt que, conforme al pliego, debía incluirse en el sobre C, y que conocen las consecuencias que el artículo 97 de la LFCP y el apartado J del pliego de condiciones particulares prevén para estas situaciones, que es la exclusión de la proposición.

No obstante, señalan que, dada la forma de presentación de la oferta, se podría haber evitado el acceso anticipado a dicho documento y, en consecuencia, la exclusión de su propuesta, ya que de la lectura del apartado J del pliego deducen tres cuestiones:

a) El pliego en ningún momento solicita la inclusión de un Diagrama de Gantt en la documentación del sobre B, por lo que la detección de un archivo en el mismo con el nombre *220120 Planificación Acciona-Servinabar.pdf* debería haber alertado a la Mesa de Contratación y, en consecuencia, no debería haber abierto el mismo.

b) El pliego prevé un límite de páginas para la documentación del sobre B, cuya suma resulta en un total de 6 páginas A4 y una página A2, siendo exactamente éste el número de páginas que tiene el archivo presentado *220120 Oferta Cualitativa Acciona-Servinabar.pdf*. De esta manera, consideran que como este archivo ya alcanzaba la extensión máxima permitida para la documentación del sobre B, la Mesa de Contratación no debería haber abierto ni valorado cualquier otro archivo existente en dicho sobre.

c) Consideran que la Mesa de Contratación, a la vista de dos archivos cuando sólo cabría esperar uno, debería haberles requerido aclaración respecto a si dicho documento formaba o no parte de la documentación del sobre B, evitando así la exclusión de su oferta.

2ª. Indebida exclusión de la oferta del licitador

Alegan que la exclusión supone una interpretación excesivamente rigorista y desproporcionada del artículo 97 de la LFCP y del apartado J del pliego de condiciones particulares del contrato, manifiestamente contraria a la reiterada doctrina de este Tribunal.

Citan el Acuerdo 36/2020, de 10 de junio, conforme al cual *el principio de secreto de las proposiciones pretende garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se realiza mediante la aplicación de fórmulas – o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas. También hemos señalado que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en un sobre distinto no es un criterio absoluto, ya que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, sino solo en aquellos casos en los que se ha producido una indefensión real y no meramente formal; resultando que 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.*

Asimismo, citan el Acuerdo 102/2020, de 4 de noviembre, que señala que *Este Tribunal ya ha manifestado en anteriores Resoluciones su criterio relativo a que la inclusión en el sobre correspondiente a documentación administrativa, que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad en la valoración de las proposiciones, pues es en tales casos cuando habría de producirse la exclusión de la oferta en cuestión.*

Señalan, a continuación, que deben analizarse los extremos que determinan si la exclusión de su oferta ha sido o no ajustada a derecho, conforme con lo expuesto reiteradamente por la doctrina:

1º.) Relevancia de la información desvelada

Señalan que la información que se ha incluido en el sobre B es la relativa al plazo de ejecución del contrato ofertado, que es de 487 días, así como que, conforme al apartado M del pliego, les corresponde una puntuación de 15 sobre un total de 50 puntos.

Alegan que este criterio sólo es uno más entre los seis criterios valorables en el sobre C, de modo que resulta imposible aventurar cuál será la puntuación definitiva que pueda obtener su propuesta en el sobre C atendiendo tan sólo a un único criterio. Por ello, consideran que conocer que su oferta cuenta con 15 puntos en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula no puede influir de ninguna manera en la puntuación de los criterios cualitativos.

Señalan que, si se admitiera dicha interpretación, se correría el riesgo de hacerla extensiva a otros criterios cuantificables mediante fórmulas, como pueden ser los criterios de carácter social, ya que en esta licitación se prevé como criterio de carácter social la adscripción al contrato de trabajadores con discapacidad, y dado que este criterio se repite de manera recurrente en otras licitaciones del mismo órgano de contratación, podría entenderse que en el caso de que un mismo licitador participe en varias licitaciones en las que coincida este criterio, una vez celebrado el acto de apertura de la primera de ellas, será fácil deducir la puntuación que obtendrá en ese apartado en el resto de licitaciones próximas en el tiempo.

Por tanto, concluyen que anticipar tan sólo una parte de la puntuación resulta irrelevante para examinar y valorar la oferta cualitativa.

2º.) Objetividad en la valoración del Sobre B

Señalan que los criterios que han de valorarse en el sobre B son los siguientes:

A. Estudio del proyecto. Análisis y conocimiento del proyecto (máximo 25 puntos)

Se valorará el estudio pormenorizado y análisis de cada uno de los puntos críticos.

- Fase de derribos, proceso de ejecución y medidas a adoptar durante la ejecución de los mismos para garantizar el control de la estabilidad de edificios medianiles y la organización de obra durante esta fase. (máximo 5 puntos)

- Fase de contención y cimentación, propuesta de ejecución y posibles mejoras y organización de obra, así como la propuesta de control de estabilidad de medianiles durante la ejecución de esta fase. (máximo 5 puntos)

- Fase de estructura, propuesta de ejecución, teniendo en cuenta los elementos de estabilización de medianiles y forma de proceder para la finalización de la misma, organización de obra durante esta fase y propuesta de control de los edificios medianiles. (máximo 5 puntos)

- Propuesta del sistema de estabilización de la fachada existente a mantener. Propuesta técnica de actuación de apuntalamiento, arriostramiento o lo que proceda, previo y durante la ejecución de las obras del edificio medianil, incluyendo el control del mismo durante la obra (máximo 5 puntos)

- Cualquier otro punto crítico del Proyecto que se considere relevante desde el punto de vista de la ejecución de la obra. Deberá justificarse la importancia del mismo y la repercusión de este punto a otras partes de la obra (máximo 5 puntos)

Alegan que este criterio requiere la elaboración de una memoria técnica explicativa de la propuesta de ejecución de las obras que resulta totalmente independiente del plazo de duración de la obra, por lo que conocer dicho plazo de antemano no afecta a su evaluación.

B. Propuestas de mejora (máximo 15 puntos)

Se valorará un máximo de 3 mejoras relativas a minimizar costes de mantenimiento y reducción de patologías.

A cada propuesta de mejora presentada se otorgará un máximo de 5 puntos.

En el caso en el que indiquen en la oferta más de tres mejoras técnicas SÓLO se valorarán las tres primeras mejoras técnicas indicadas en la oferta.

Se valorará en cada una de las mejoras su adecuada justificación, la viabilidad técnica y económica, así como el grado de mejora obtenido en dicha propuesta.

Se valorarán con 0 puntos las propuestas de mejora que se consideren inviables, no recomendables o que no se hallen debidamente justificadas técnicamente.

Las propuestas de mejora que supongan un cambio sustancial de proyecto no serán tenidas en cuenta y se valorarán con 0 puntos.

Afirman que el conocimiento anticipado de la información relativa al plazo resulta intrascendente para valorar la adecuación y conveniencia de las mejoras propuestas por un licitador, ya que las alternativas en métodos constructivos, mejora de equipos o cumplimiento normativo no se encuentran relacionadas con el plazo de ejecución.

C. Implantación de las obras (máximo 10 puntos)

Se valorará el nivel de detalle de la implantación, cumplimiento de la normativa de prevención y la minimización de afecciones al tráfico, a propiedades colindantes, a transeúntes y al entorno en general.

Consideran que tampoco resulta comprometida la objetividad de la Mesa de Contratación porque se trata de un criterio estrictamente técnico.

Por tanto, concluyen que la Mesa de Contratación no ha perdido la objetividad que le es exigible por la anticipación de uno de criterios valorables mediante fórmula debido a que los criterios valorables mediante un juicio de valor no se encuentran en absoluto vinculados al mismo.

3º.) Cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública

Alegan que, de lo expuesto con anterioridad, se infiere que no han podido verse afectados los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia que rigen la contratación pública.

Aducen que la anticipación del documento no permite concluir cuál será su puntuación final y no altera la adecuada valoración de los criterios que conforman la oferta cualitativa, afirmando que no se les da un trato diferenciado respecto a los demás licitadores, siendo imposible que se pueda producir cualquier discriminación entre licitadores.

Consideran que su exclusión vulnera el principio de libre concurrencia, ya que se descarta su proposición por un defecto formal sin incidencia en el procedimiento y que se ha realizado de manera automática, sin motivar los perjuicios realmente causados o el modo en que se han afectado los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad.

Señalan que, conforme a la doctrina de este Tribunal, la exclusión debe ser la última medida que se adopte para garantizar el cumplimiento de los principios de la contratación pública, constituyendo una excepción frente a la regla.

Concluyen que ha quedado suficientemente justificado que no hay razón jurídica alguna que ampare la exclusión de su oferta, por lo que debe anularse el acuerdo de exclusión impugnado, lo cual solicitan, así como que se ordene a NASUVINSA la retroacción de actuaciones para la admisión de su oferta y la continuación del procedimiento. Asimismo, señalan que conforme al artículo 124.4 de la LFCP procede que de forma automática se suspenda la tramitación del procedimiento, por lo que solicitan que se mantenga la suspensión hasta que se resuelva la reclamación especial.

CUARTO.- Con fecha 7 de marzo se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 10 de marzo, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las

alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 14 de marzo el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito alegando lo siguiente:

1ª. Correcta exclusión de la oferta por incorporar información relativa al sobre C en el sobre B. Indebido adelanto de información valorable y puntuable. Improcedencia de solicitar aclaración e imposibilidad de dejar sin abrir el documento controvertido

Señala que no puede sino reafirmarse en su posición ya que, atendiendo a los principios de igualdad y no discriminación, concurrencia, competencia efectiva, transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, no es admisible aclarar, admitir ni valorar una oferta que resulta contraria al apartado J de las condiciones particulares del contrato y que supone una relevante ruptura del secreto de la proposición conforme al artículo 97 de la LFCP.

Alega que las reclamantes reconocen su error y que el plazo de ejecución de obras ofertado es de 487 días, y afirma que los pliegos reguladores no dejaban lugar a dudas sobre el contenido de los sobres B y C, ya que respecto al sobre C las condiciones particulares del contrato señalan en su punto 2 lo siguiente:

Presentará oferta del plazo de ejecución de las obras en ningún caso será superior a 638 días naturales ni inferior a 487 días naturales, contados a partir de la firma el acta de replanteo hasta el certificado final de obras.

(...).

El plazo total del PLAN DE OBRA que se presente atenderá a un Diagrama de Gantt, “Programa Maestro” o similar y corresponderá con el plazo de ejecución que se oferta por la persona licitadora.

Reitera que el pliego es claro, que del escrito de la reclamación presentada se comprueba con facilidad este conocimiento y alude al artículo 53 de la LFCP, conforme

al cual mediante la presentación de la oferta los licitadores aceptan el pliego y todas sus cláusulas.

Alega que PLENA tampoco genera confusión alguna, ya que de la imagen aportada en la reclamación se deduce que la configuración era correcta y se indican con claridad los sobres y archivos electrónicos que se debían subir conforme a lo dispuesto en los pliegos. De esta manera, alega que el error cometido por las reclamantes únicamente les es imputable a ellas mismas, citando el Acuerdo 24/2021, de 11 de marzo, de este Tribunal:

Así las cosas, en aplicación del principio tantas veces señalado por este Tribunal de que el pliego aprobado, publicado y aceptado tras la presentación de las proposiciones constituye ley entre las partes, vinculando a la entidad contratante y a los participantes en el procedimiento de licitación, resulta evidente que las proposiciones presentadas, entre ellas la de la reclamante, debieron ajustarse al mismo y, por ende, debió presentarse en sobres independientes, debidamente separada, la documentación correspondiente a la oferta cualitativa (Sobre N° 2) de la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas (Sobre N° 3). Resultado igualmente obvio que el cumplimiento de tal exigencia constituye una carga de las personas licitadoras, que deben observar la oportuna diligencia en la elaboración y presentación de sus ofertas.

Respecto a lo aducido en la reclamación sobre que la Mesa de Contratación debía haber solicitado aclaración por la presencia en el sobre B de un archivo denominado *220120 Planificación Acciona-Servinabar.pdf*, señala que no le corresponde a la Mesa de Contratación deducir el contenido de los archivos, así como que tiene la obligación de examinar la documentación aportada por los licitadores ya que esta configura e integra la oferta. Asimismo, señala que el funcionamiento de PLENA no permite no abrir ni dejar de tener acceso a un documento concreto incluido por el licitador en el sobre B, por lo que sólo cabía excluir a las licitadoras. Cita, a este respecto, la Resolución 215/2019, de 9 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

2ª. Relevancia de la información desvelada, quebranto de los principios de igualdad y no discriminación, secreto de las proposiciones y procedencia de la exclusión

Alega que, aunque el apartado J de las condiciones particulares del contrato dispone que *La inclusión de cualquier dato propio de valoración correspondiente a criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas objetivas determinará la inadmisión o exclusión de la proposición*, esta disposición no se ha aplicado de modo automático, sino valorando la incidencia real del error cometido por las licitadoras y ponderadas todas las circunstancias, siendo la conclusión la exclusión, ya que el error de las reclamantes supuso el conocimiento pleno del plazo de ejecución de las obras por parte de la Mesa de Contratación, lo que implica un riesgo de influencia en la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor.

Rechaza que el plazo de ejecución sea irrelevante, ya que se puntúa con 15 sobre 50 puntos, siendo el criterio de adjudicación objetivo que más puntos reparte.

Rechaza, igualmente, que la repetida utilización por parte del órgano de contratación del mismo criterio de carácter social en diversas licitaciones suponga la ruptura del secreto de las proposiciones del sobre C, ya que el órgano de contratación desconoce si un licitador va a presentar en su oferta para una licitación concreta dicho criterio, o incluso si lo puede cumplir, ya que el criterio social se encuentra vinculado al equipo de trabajo asignado al contrato y no a la plantilla de la empresa, por lo que no resulta posible deducir si se va a ofertar o no.

Alega que resulta insostenible defender que el plazo de ejecución no guarda relación con la documentación e información sujeta a valoración en el sobre B, ya que no radica aquí el problema sino en la capacidad de influir en la objetividad de la valoración, riesgo que resulta imprescindible atajar mediante la exclusión conforme al artículo 97 de la LFCP.

Concluye que, frente a la claridad de los pliegos y de PLENA, las reclamantes cometieron un error reconocido e insubsanable que reveló antes de tiempo el plazo de ejecución de las obras, por lo que de conformidad con el apartado J de las condiciones

particulares del contrato y el artículo 97 de la LFCP, la consecuencia sólo puede ser la exclusión de la oferta.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

QUINTO.- El 14 de marzo se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, sin que se haya formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- NASUVINSA es una sociedad mercantil sujeta a la LFCP en virtud de su artículo 4.1.e) y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo y legítimo, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por la reclamante relativa al mantenimiento de la suspensión de la licitación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 que *La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada.*

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral.*

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos.

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada por el reclamante.

SEXTO.- Entrando en las cuestiones de fondo, el objeto de la reclamación interpuesta está constituido por la exclusión de la reclamante del procedimiento de licitación del contrato de obras de construcción de 24 viviendas, derribos, garaje y urbanización en el entorno Horno Coscolín de Tudela (Navarra), por haber incluido en el Sobre B de su proposición la información correspondiente al plazo de ejecución ofertado cuando ésta debía incorporarse en el Sobre C por tratarse de uno de los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas previstos en el pliego regulador, vulnerando con ello el deber de secreto de las proposiciones.

Constituye un hecho no controvertido la inclusión indebida de dicha información en el Sobre B de la proposición, reconocido expresamente en el escrito de interposición cuando afirma que *A la hora de presentar oferta, esta Parte cometió el error involuntario de incluir en el apartado “Declaración responsable y oferta cualitativa” un Diagrama de Gantt no solicitado expresamente en el Sobre B, pero sí en el Sobre C;* resultando así que donde difieren las partes es en las consecuencias jurídicas de tal circunstancia, sosteniendo en tal sentido la reclamante que su exclusión por tal motivo resulta excesiva pues dicha información no permitía conocer de manera anticipada su puntuación total en el Sobre C y tampoco alteraba la valoración de los criterios que conforman la oferta cualitativa.

Sobre este particular, el artículo 53 LFCP, al regular las proposiciones en la licitación, establece, en lo que ahora nos interesa, que *1. Las proposiciones, que comprenden tanto la oferta técnica si la hubiera, como la económica, deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna.*

2. Las proposiciones serán secretas hasta el momento de su apertura, sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.

Por su parte, el artículo 97 del mismo texto legal, en relación con la apertura y valoración de las ofertas, determina que *Cuando la oferta técnica vaya a ser valorada total o parcialmente mediante la aplicación de juicios de valor, se presentará de forma separada la documentación relativa a la oferta para dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas.*

La evaluación de los criterios sujetos a la aplicación de juicios de valor se realizará en acto interno, pudiendo desecharse las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato. Deberá quedar constancia documental de todo ello.

En todo caso, la apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmula se realizará después de la apertura y valoración de la documentación relativa a criterios sometidos a la aplicación de juicios de valor.

Esta sucesión deberá quedar acreditada en la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra.

Como ya ha manifestado este Tribunal en anteriores ocasiones – por todos, Acuerdo 24/2021, de 11 de marzo - la pretensión de la regulación contenida en los preceptos transcritos es garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se realiza mediante la aplicación de fórmulas - o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas. Y ello, por cuanto aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación que se le asignaría en virtud de los criterios de la otra naturaleza. Siendo tales requisitos de obligado cumplimiento, también la exigencia de respetar estrictamente la distribución de la documentación relativa a cada criterio de valoración en su respectivo sobre, pues van dirigidos a salvaguardar la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas de objetividad, por demandarlo así el artículo 103 CE y el postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE).

Expuesto el marco legal de aplicación a la controversia suscitada, procede analizar las previsiones que en relación con tal extremo contiene el Pliego Regulator del contrato que nos ocupa, que ha devenido consentido y firme en la medida en que no ha sido impugnado en tiempo y forma.

Así, la cláusula duodécima del pliego, relativa al contenido de los sobres, señala que *Las propuestas se presentarán de acuerdo con la estructura establecida para esta oferta en PLENA, pudiendo contener 2 sobres, identificados como:*

- Sobre B.- PROPUESTA DE CRITERIOS CUALITATIVOS.

- Sobre C.-PROPUESTA DE CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE FÓRMULAS.

Excepcionalmente habrá 3 sobres (A, B y C) sólo y cuando así se indique expresamente en las Condiciones Particulares.

Quedarán automáticamente excluidas del procedimiento aquellas propuestas que incluyan en el sobre B documentación que, de acuerdo con lo establecido en las presentes Condiciones Regulatoras, corresponda incluir en el sobre C.

La documentación deberá presentarse en lengua española.

Cláusula que, respecto al contenido que debe incluirse en cada uno de los sobres remite al apartado J de las Condiciones Particulares; apartado que, efectivamente, prevé que la información relativa al plazo de ejecución de las obras y plan de obra detallado se incorpore en el Sobre C, indicado al respecto que *Presentará oferta del plazo de ejecución de las obras en ningún caso será superior a 638 días naturales ni inferior a 487 días naturales, contados a partir de la firma el acta de replanteo hasta el certificado final de obras.*

Asimismo, la persona licitadora debe aportar la planificación detallada que incluya todo el proceso constructivo con indicación de la siguiente información:

- 1. Plazos de ejecución parciales en días naturales de las unidades de obra.*
- 2. Porcentaje de previsión de certificación mensual planificada en % sobre el presupuesto ofertado conforme a la planificación de la obra.*
- 3. Camino crítico: presentación de una ruta continua de trabajo crítica que marque la duración de las obras. El camino crítico deberá señalarse en el diagrama de manera diferenciada junto con las prioridades e interdependencias del mismo.*

4. *Planificación de presentación y aprobación de muestras.*

5. *Hitos/plazos parciales de cumplimiento*

- *Fin de Derribos.*
- *Fin de contención de terreno y cimentación*
- *Fin de estructura*
- *Fin de Fase I*

El plazo total del PLAN DE OBRA que se presente atenderá a un Diagrama de Gantt, “Programa Maestro” o similar y corresponderá con el plazo de ejecución que se oferta por la persona licitadora.

El PLAN DE OBRA se desarrollará aproximadamente en 1 página A1.

El plazo total, la desviación de los porcentajes mensuales de certificación reflejados y los plazos parciales (hitos de ejecución) tienen la naturaleza de obligación contractual esencial. Su incumplimiento es motivo de resolución contractual.

Finalmente, y en coherencia con lo anterior el pliego incorpora un Anexo II “Modelo de oferta cuantificable mediante fórmulas” a cumplimentar por los licitadores con el siguiente contenido: *acepta incondicionalmente el Pliego regulador de contratación, sus Condiciones Particulares y Prescripciones Técnicas que rigen la licitación, se compromete a la total realización de los trabajos y presenta la siguiente oferta:*

- *Oferta económica que incluye todos los conceptos necesarios para llevar a cabo el contrato por importe de (en letra y número) euros, I.V.A. excluido.*
- *Plazo de ejecución:*
 - o *El plazo de la realización total de la obra es de ____ días naturales, contados a partir de la firma el acta de replanteo hasta el certificado final de obras.*
 - o *Se incluye en el PLAN DE OBRA los 4 hitos parciales de cumplimiento* 0 SÍ 0 NO
- *El incremento del plazo de garantía ofertado para:*
 - o *Acabados es de ____ años, respecto de 1 año mínimo fijado en la LOE.*
 - o *Habitabilidad es de ____ años, respecto de los 3 años mínimos fijados en la LOE.*

- *Formación del equipo de obra en metodología de trabajo mediante Sistema último planificador: 40 horas o más de formación en sistemas de último planificador del:*

o Jefe/a de obra 0 SÍ 0 NO

o Encargado/a de obra 0 SÍ 0 NO

() Es necesario aportar certificado acreditativo de la formación.*

- *Compromiso en la de atención de incidencias (POSTVENTA):*

o Me comprometo a asignar al final de la ejecución de la obra a un perfil técnico para la atención y seguimiento de las incidencias de la postventa. 0 SÍ 0 NO

o Me comprometo a atender el 100% de las incidencias que sean atribuibles a la ejecución durante el periodo establecido en la garantía propuesta en mi oferta.

0 SÍ 0 NO

- *Criterio social: SI/NO me comprometo a dedicar a la ejecución del contrato a una persona con un porcentaje de discapacidad igual o superior al 33%, perceptoras de renta garantizada, víctimas de violencia de género, que hayan finalizado un itinerario de inserción o desempleadas de larga duración.*

Por su parte, la cláusula decimocuarta del pliego, sobre la admisión y calificación de las ofertas, dispone que *Concluido el plazo de presentación de proposiciones, se procederá a la calificación de la Documentación General.*

En los casos en que la documentación sea incompleta o presente alguna duda, se requerirá a la persona afectada para que complete o subsane los certificados y documentos presentados, otorgándoles un plazo de, al menos, cinco días. Dicho requerimiento se producirá por medios telemáticos, a través del módulo de notificaciones de PLENA.

Si transcurrido el plazo de subsanación no se ha completado la información requerida, se procederá a su exclusión en el procedimiento.

Posteriormente se procederá, en acto interno, a la evaluación de los criterios cualitativos (sobre B) de las ofertas admitidas, pudiendo desecharse las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato.

Efectuada esta evaluación, se procederá a la apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmula. Si se considera que la oferta

presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitarse aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación será mínimo de cinco días y máximo de diez. Dicho requerimiento se producirá por medios telemáticos, a través del módulo de notificaciones de PLENA.

Así las cosas, en aplicación del principio tantas veces señalado por este Tribunal de que el pliego aprobado, publicado y aceptado tras la presentación de las proposiciones constituye ley entre las partes, vinculando a la entidad contratante y a los participantes en el procedimiento de licitación, resulta evidente que las proposiciones presentadas, entre ellas la de la reclamante, debieron ajustarse al mismo y, por ende, debió presentarse en sobres independientes, debidamente separada, la documentación correspondiente a la oferta cualitativa (Sobre B) de la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas (Sobre C). Debiéndose advertir, al respecto, que la regulación sobre este particular contenida en el pliego resulta suficientemente clara como para que un licitador normalmente diligente elaborara su proposición con observancia de los requisitos citados; resultando, a estos efectos, especialmente clarificador el modelo del Anexo II - que refleja, sin género de dudas, que el plazo de ejecución constituye un criterio cuantitativo y que como tal forma parte del Sobre C – cuyo seguimiento y cumplimentación resulta obligada para los interesados.

Resultando igualmente obvio que el cumplimiento de tal exigencia constituye una carga de las personas licitadoras, que deben observar la oportuna diligencia en la elaboración y presentación de sus ofertas; no resultando de recibo, por tanto, las manifestaciones que realiza la reclamante trasladando a la Mesa de Contratación la carga de advertir su error y evitar las consecuencias jurídicas que de ello derivan ni intentar justificar el error cometido en la elaboración de su proposición en una eventual confusión generada por la estructura de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra; y tampoco pretender que a la vista del error cometido en la elaboración de su oferta al advertir la existencia de dos archivos en el Sobre B se solicitase aclaración sobre si el correspondiente al diagrama de Gantt formaba parte de este sobre, pues permitir la subsanación de tal extremo supondría posibilitar la modificación de la oferta en los términos que ésta había sido formulada para sustraer tal archivo de este sobre e

incorporarlo o añadirlo al Sobre C, lo que conculcaría de lleno las exigencias derivadas del principio de igualdad de trato entre licitadores.

Así lo ha expuesto la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su Resolución 215/2019, de 9 de diciembre, que este Tribunal comparte, al analizar un supuesto que guarda evidentes similitudes con el ahora estudiado, razonando lo siguiente: *b) Sobre la exclusión en una licitación electrónica de la oferta por la inclusión en sobre erróneo de un archivo electrónico.*

En la presente impugnación no se discute sobre si la recurrente ha cometido el error de incluir en el sobre de juicios de valor el archivo Oferta económica.pdf que debió incluirse en el sobre de fórmulas, pues dicha circunstancia es admitida por las partes. El debate se suscita sobre la consecuencia que debe derivarse de ello. A juicio de este Órgano, no pueden estimarse los motivos impugnatorios de SEDENA por las siguientes razones:

1. El proceso de presentación telemática de la oferta, más allá del medio tecnológico empleado, no difiere de la presentación de cualquier otro modo. A partir de este hecho, la correcta presentación telemática de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, del que se presupone, que es un operador razonablemente informado y normalmente diligente al ser una empresa dotada de la suficiente solvencia técnica como para licitar al presente contrato y que opera en el mercado de la compra pública presentando ofertas a contratos con un objeto similar al que nos ocupa.

2. En este sentido, y a juicio de este Órgano, la recurrente no ha obrado con la necesaria diligencia a la hora de la tramitación telemática de su oferta, pues ha incluido el archivo oferta económica.pdf en el Sobre de juicios de valor y el archivo Documentación relativa a criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.pdf en el Sobre de fórmulas. El error es flagrante, dado que nos encontramos en una licitación en la que hay que incorporar telemáticamente un único archivo por sobre, por lo que el margen de error se reduce considerablemente y, además, la descripción que se hace en la Plataforma de cada uno de los sobres podrá ser escueta y sobria, pero es clara: “Sobre de fórmulas, Proposición económica” y “Sobre de juicios de valor, Propuesta técnica”, sin que pueda prosperar la alegación de SEDENA de que la distinta configuración secuencial de los sobres en el PCAP ha inducido al error en la elaboración de la oferta. Y ello, porque (i) esta última constituye una mera

identificación numérica de los sobres (podrían haber sido también identificados alfabéticamente como Sobres A, B y C), siendo lo verdaderamente relevante su descripción literaria, la cual coincide sustancial y semánticamente con las descritas en la Plataforma de contratación; y (ii), porque la configuración de los sobres en la Plataforma de Contratación es estructural, según ha podido comprobar este Órgano; es decir, el orden y la terminología de los sobres para la inclusión de los archivos informáticos es siempre la misma (Sobre de capacidad y solvencia, Sobre de fórmulas y Sobre de juicios de valor) para cualquier licitación y sin que dicha prelación y nomenclatura pueda ser modificada por el poder adjudicador. En definitiva, no cabe achacar a la distinta configuración secuencial de los Sobres en el PCAP y en la Plataforma de contratación la inducción al error cometido por la recurrente, sino más bien a la falta de diligencia de ella misma, más aún cuando se trata de un operador económico acostumbrado a participar en licitaciones públicas.

3. Asimismo, tampoco procede admitir la alegación relativa a que el órgano de contratación al abrir el Sobre de juicios de valor y advertir el archivo denominado Oferta económica.pdf pudo fácilmente intercambiar los archivos informáticos de los sobres. Y ello, porque, en primer lugar, hubiera provocado una vulneración del iter procedimental de la apertura sucesiva de los sobres que establece tanto la LCSP (artículo 146.2) como los propios pliegos de la licitación (Cláusula 16) y que el poder adjudicador no puede obviar. En segundo lugar, porque la LCSP considera que la presentación electrónica de ofertas y solicitudes de participación utilizando medios electrónicos garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones, razón por la cual el artículo 157.4 prevé como excepción a la apertura de la oferta económica en acto público el que en la licitación se utilicen medios electrónicos (ver, en este sentido, la Resolución 200/2019 de este OARC/KEAO). Téngase en cuenta que en los procedimientos de adjudicación de los contratos la apertura pública de los sobres que contienen las ofertas ha sido considerado desde siempre como un requisito instrumental que garantiza el principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores y el de transparencia, que asegura el secreto de las ofertas presentadas hasta el momento en que pueden ser conocidas todas al mismo tiempo. Esta garantía se quebraría con el intercambio de archivos entre sobres, además de suponer una modificación de la oferta presentada. Y, finalmente, porque, una vez abierto el sobre electrónico la mesa de contratación no podía más que abrir el archivo que incluía para dejar constancia de su

contenido en el acta de la sesión. Además, el error pudiera encontrarse en la identificación o título asignado al archivo y no en la información que incorporaba.

4. En el mismo sentido, tampoco puede aceptarse la alegación de SEDENA respecto de la posibilidad de aclaración o subsanación de su oferta, pues tal y como señaló este OARC/KEAO en sus Resoluciones 141/2019, no es aceptable que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191); y la Resolución OARC/KEAO 184/2018 Autorizar una “subsanación” como la que pretenden los recurrentes equivaldría a aceptar una nueva manifestación de voluntad para modificar la oferta, lo cual está terminantemente vedado por infringir los principios de igualdad de trato y transparencia del artículo 1 de la LCSP, siendo tan solo los licitadores los responsables de los perjuicios derivados de la falta de diligencia en la elaboración de la proposición, sin que puedan demandar al poder adjudicador un trámite de aclaración para compensarla (ver la Resolución 109/2013 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

SÉPTIMO. - Considera la reclamante que la información anticipada en el Sobre B de su proposición no reviste carácter relevante; de ahí que califique la decisión adoptada por el órgano de contratación de excesivamente rigurosa, denunciando que por tal motivo se ha vulnerado el principio de libre competencia.

La resolución de la alegación formulada debe partir de la doctrina que este Tribunal tiene asentada en relación con la cuestión controvertida; y que aparece sintetizada, entre otros, en nuestro reciente Acuerdo 16/2021, de 12 de febrero, en los siguientes términos: *Al respecto interesa recordar que como hemos transcrito con anterioridad los artículos 53.2 y 95.3 de la LFCP, así como la cláusula 9ª del pliego, establecen el secreto de las proposiciones hasta el momento de su apertura. Sobre ellos interesa tener en cuenta la finalidad de dichos preceptos que es garantizar que en la valoración de los criterios que no se realiza mediante la aplicación de fórmulas, no influya el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se le atribuya por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas.*

En este sentido conviene recordar lo dispuesto en nuestro Acuerdo 36/2020, de 10 de junio, de este Tribunal, que dice “Son numerosos los pronunciamientos de los distintos órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, los cuales mantienen una doctrina prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la ley. Sobre este particular, hemos declarado en reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre – que el principio de secreto de las proposiciones pretende garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se realiza mediante la aplicación de fórmulas – o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas. También hemos señalado que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en un sobre distinto no es un criterio absoluto, ya que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, sino solo en aquellos casos en los que se ha producido una indefensión real y no meramente formal; resultando que 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. Ello es así, como expresa la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, por cuanto lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores”.

Por tanto, al contrario de lo sostenido por el órgano de contratación y de lo dispuesto en el pliego, la exclusión no es automática, sino que conforme a la precitada doctrina, lo realmente relevante es que efectivamente se haya producido una vulneración del secreto con el conocimiento del dato de manera anticipada y pueda influir en la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor.

Ya tuvo ocasión este Tribunal de pronunciarse al respecto en el Acuerdo 102/2020, de 4 de noviembre, en relación con un pliego de similar redacción, en el que indicamos “Por tanto, la exclusión no se configura como una consecuencia automática, sino que deben ponderarse las circunstancias del caso concreto, mediante un análisis finalista y sistemático. Y sólo en aquellos casos en que la objetividad y la igualdad entre licitadores resulte afectada, la exclusión deviene obligada, tanto por lo dispuesto en la LFCP como por lo previsto en el pliego regulador del contrato, sin embargo no lo estará, cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

Sin que dicha doctrina pueda verse matizada, como pretende el órgano de contratación, por el mero hecho de constatarse de tal modo en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, en el que taxativamente se alude a la exclusión automática, y constituir éste la ley del contrato. Previsión que debe interpretarse conforme a lo dispuesto en la Ley Foral de Contratos y la doctrina previamente citada [...]”.

Por tanto, como ya expusimos en nuestro Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre, “Lo realmente relevante para que se produzca el efecto excluyente es la comprobación de que dicha actuación ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. 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. Imponiéndose, en consecuencia, un análisis, caso por caso, de tales efectos en orden a la procedencia de excluir o no al licitador por la inclusión indebida de documentación en los sobres que conforman la proposición; y resultando que cuando no se aprecie tal infracción no podrá prosperar la exclusión del licitador por cuanto la solución contraria resultaría excesivamente formalista y contraria al principio de concurrencia.

En el mismo sentido, se pronuncian otros Órganos de resolución de recursos contractuales como el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que en su Resolución 66/2020, de 22 de mayo, razona que “Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 19/2020) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos

a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, consciente o inconscientemente, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe materialmente esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver en este sentido la Resolución 43/2020 del OARC/KEAO). Órgano administrativo que en la precitada Resolución 215/2019, de 9 de diciembre, señala que siguiendo este criterio ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática o la información que es dispersa, parcial y genérica.

Siguiendo la doctrina indicada, y en lo que ahora nos interesa, cabe resaltar que la quiebra de las garantías de objetividad e imparcialidad así como del principio de igualdad y no discriminación se produce cuando dentro del sobre de documentación justificativa de los criterios cualitativos, se incorpore documentación, información o referencia que permita al órgano evaluador el conocimiento de elementos que deberían ser valorados después en el sobre de documentación justificativa de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática; lo que demanda, como se ha expuesto, una ponderación de las circunstancias del caso concreto.

Llegados a este punto, partiendo de que el postulado legal del artículo 97 LFCP es claro y tiene una finalidad concreta que es evitar la contaminación del juicio técnico de la entidad contratante, solo cuando quede acreditado que el órgano técnico evaluador

no ha alcanzado a conocer los elementos de la oferta evaluables de modo automático que se han anticipado con la parte de la proposición sujeta a juicio de valor, es posible desechar el efecto excluyente de la oferta. Acreditación que no cabe en aquellos supuestos en los que quienes valoran las ofertas con arreglo a unos y otros criterios son las mismas personas, pues precisamente por ello no es posible afirmar ni constatar que ese conocimiento anticipado no se haya producido; circunstancia que por sí sola es suficiente para entender quebrantadas las garantías de objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas, con vulneración del principio de igualdad y del secreto de las proposiciones.

Efectivamente, consta en el informe técnico de valoración del Sobre B que *La propuesta presentada por la UTE ACCIONA SERVINABAR 2000 incluye en el sobre B, además de la documentación requerida en las Condiciones Particulares (estudio del proyecto, propuesta de mejoras y análisis de la implantación de las obras) el Diagrama de Gantt.*

En el Diagrama de Gantt se indica expresamente (en la primera fila del documento) que el plazo de ejecución es de 487 días y en base a este plazo se ha realizado el Diagrama, teniendo en cuenta:

- *Los plazos de ejecución parciales de las unidades de obra.*
- *Porcentaje de previsión de certificación mensual planificado.*
- *Camino crítico.*
- *Planificación de presentación y aprobación de muestras.*
- *Hitos/ plazos parciales de cumplimiento:*
 - o Fin de derribos.*
 - o Fin de contención de terrenos.*
 - o Fin de estructura*
 - o Fin Fase I.*

Por ello, cabe afirmar, sin ningún tipo de duda, que el plazo ofertado por la persona licitadora es de 487 días naturales.

Asimismo, el apartado J de las Condiciones Particulares del contrato establece que “La inclusión de cualquier dato propio de valoración correspondiente a criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas objetivas determinará la inadmisión o exclusión de la proposición”.

En este caso la información del plazo debería haberse incluido en el apartado 2 “PLAZO DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS Y PLAN DE OBRA DETALLADO” del SOBRE C y no en el SOBRE B.

Por ello, se propone a la Mesa de Contratación excluir la oferta por haber incluido el plazo de ejecución en el sobre B y no el sobre C. Informe técnico que acredita no sólo la anticipación del dato correspondiente al concreto plazo de ejecución ofertado y por tanto de la puntuación correspondiente dado su carácter automático, sino que parte de los miembros de la Mesa de Contratación - las vocales encargados de la valoración de los criterios cualitativos - tuvieron acceso a tal información anticipada antes de la apertura del Sobre C; lo que no es admisible.

Siendo esto así, no puede tener favorable acogida la alegación formulada en el sentido de que la información correspondiente al plazo de ejecución no afectaba a la valoración del resto de criterios cuantitativos, toda vez que apreciado el incumplimiento del postulado contenido en el artículo 97 LFCP que ha propiciado el conocimiento anticipado por el órgano evaluador de datos de su oferta que aún debían permanecer secretos, la exclusión deviene obligada, sin posibilidad de graduar la consecuencia en función de la puntuación que puede resultar anticipada.

Conclusión alcanzada también en el supuesto analizado por la Resolución que tras rechazar la posibilidad de aclaración o subsanación de su oferta para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable expone que el criterio anti formalista en aras a promover la máxima concurrencia en las licitaciones invocado, se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta, circunstancia que no se produce en la presente impugnación, pues el daño a la valoración separada ya se ha producido. Concluyendo que *una vez abierto por el poder adjudicador el archivo Oferta económica.pdf, el conocimiento anticipado de la información que en el mismo se contiene es relevante porque se manifiesta como oferta contractual y contiene información concerniente a un criterio evaluable automáticamente que debió ser incorporada al Sobre de fórmulas, revelando así anticipadamente una parte de la*

proposición que el órgano de contratación no debía conocer en ese momento. Esta infracción, expresamente sancionada por los pliegos con la exclusión de la oferta en la cláusula 13.3 del PCAP, es únicamente imputable a la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar su proposición y su no apreciación resultaría una infracción de las normas por las que se rige este concreto procedimiento de adjudicación.

De igual modo y por las mismas razones, debemos rechazar el argumento relativo a la, a juicio de la reclamante, escasa ponderación del criterio correspondiente al plazo de ejecución en comparación con el resto de criterios automáticos, pues en contra de lo señalado por ésta, lo cierto es que la información anticipada es relevante pues supone conocer que la reclamante recibirá 15 puntos en el criterio de adjudicación objetivo, sin que se haya procedido a la apertura del Sobre C y en el tiempo que deben valorarse los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, por lo que la información resulta novedosa y relevante afectando al secreto que debe mantenerse de los criterios de adjudicación dependientes de fórmulas, vulnerando una garantía sustancial para asegurar la igualdad de trato de los licitadores en la valoración de sus proposiciones. Y mucho menos puede tomarse en consideración lo argumentado en relación con que la utilización del mismo criterio social en distintas licitaciones posibilita deducir la puntuación a obtener en el resto de licitaciones, pues tal argumento cae por su propio peso.

En definitiva, y a la vista de lo expuesto, no cabe sino confirmar la decisión adoptada por el órgano de contratación al excluir la oferta de la reclamante por apreciar que la misma ha vulnerado el principio de secreto de las proposiciones. Decisión que resulta ajustada a la legalidad; procediendo, por tanto, la desestimación de la reclamación interpuesta.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. y SERVINABAR 2000, S.L. frente a la exclusión de su oferta del contrato de *Obras de construcción de 24 viviendas, derribos, garaje y urbanización en el entorno Horno Coscolín de Tudela (Navarra)*, tramitado por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

2º. Notificar este acuerdo a ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., en calidad de interesado y como representante de SERVINABAR 2000, S.L., a NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA), así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 28 de abril de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.