TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 19 64 – 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarrra.es

Expediente: 29/2023

ACUERDO 42/2023, de 8 junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don E. S. C. B., en nombre y representación de DISTRIVISUAL, S.L., frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Noáin (Valle de Elorz), de 11 de abril de 2023, por el que se adjudica a NORTEX OUTSOURCING GLOBAL, S.L. el "*Servicio de limpieza de los edificios municipales del Ayuntamiento de Noáin (Valle de Elorz) con productos de limpieza ecológicos*", y se excluye la oferta formulada por dicha empresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de enero de 2023, el Ayuntamiento de Noáin (Valle de Elorz) publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de "*Servicio de limpieza de los edificios municipales del Ayuntamiento de Noáin (Valle de Elorz) con productos de limpieza ecológicos*".

A la licitación de dicho contrato concurrieron los siguientes licitadores:
- NORTEX OUTSOURCING GLOBAL, S.L.
- SERVEO SERVICIOS, S.A.U.
- ZAINTZEN, S.A.
- LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO IMPACTO, S.L.U.
- DISTRIVISUAL, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de marzo la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre nº 1 relativo a la documentación administrativa, admitiéndose a todos los licitadores tras su examen.

En la misma fecha procedió a abrir el sobre nº 2, que contiene la documentación correspondiente a los criterios de adjudicación cualitativos no cuantificables mediante fórmulas, encargando la emisión de un informe de valoración.

Dicho informe señala lo siguiente: "*La empresa DISTRIVISUAL S.L. en el sobre 2, el apartado de "Medios técnicos y materiales" ha incluido los productos químicos de limpieza que son valorables, según la etiqueta que tengan en los criterios de valoración objetivos del sobre 3. En este caso además no solo están incluidos los productos, sino que además describe que ecoetiqueta tiene cada uno de los productos. Por lo tanto, por este motivo se excluye a DISTRIVISUAL S.L. del proceso*".

Con fecha 31 de marzo la Mesa de Contratación aprobó el contenido de dicho informe, atribuyendo las puntuaciones correspondientes a las ofertas admitidas y señalando que "*Los licitadores Limpieza y Mantenimiento Impacto SLU y Distrivisual SL quedan excluidos porque han incluido los productos químicos de limpieza en el sobre n.º 2, siendo este un criterio cuantificable mediante fórmulas y debiéndose haber incluido en el sobre n.º 3*".

A continuación, procedió a la apertura del sobre nº 3 relativo a los criterios cuantificables mediante fórmulas, asignando las correspondientes puntuaciones, siendo la oferta que obtuvo una mayor puntuación total la realizada por NORTEX OUTSOURCING GLOBAL, S.L., razón por la que se propuso la adjudicación del contrato a su favor.

Por el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Noáin (Valle de Elorz), de 11 de abril de 2023, adjudicó el contrato a NORTEX OUTSOURCING GLOBAL, S.L., excluyéndose las ofertas formuladas por LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO IMPACTO, S.L.U. y DISTRIVISUAL, S.L., por haber incluido los productos químicos de limpieza en el sobre nº 2, siendo este un criterio cuantificable mediante fórmulas que debía haberse incluido en el sobre nº 3.

El acuerdo de adjudicación fue trasladado a los licitadores con fecha 20 de abril.

TERCERO.- Con fecha 28 de abril, don E. S. C. B. interpuso, en nombre y representación de DISTRIVISUAL, S.L., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de la oferta formulada por dicha empresa.

Señala que admite que los productos químicos fueron introducidos tanto en el sobre nº 2, sobre juicios de valor, como en el sobre nº 3, sobre criterios cuantificables mediante fórmulas.

Manifiesta que en el sobre nº 2 se hizo una descripción exhaustiva de cada producto, como medio técnico y material a través del cual se iba a desarrollar la actividad de limpieza, mientras que en el sobre nº 3 únicamente se numeraron los productos, nombrando la etiqueta ecológica de cada uno.

Alega que, en todo caso, esta doble inclusión en los sobres nº 2 y 3 se debió a que la documentación facilitada por la Administración contratante que establecía los contenidos de cada sobre no era clara e inducía a confusión, en tanto que previó que parte del contenido de ambos sobres fuese similar.

Señala, a este respecto, que una de las cuestiones a incluir en el sobre nº 2 eran los medios técnicos y materiales aportados por la empresa para la ejecución del contrato, lo que necesariamente incluye o presupone los productos químicos que se vayan a utilizar por la empresa en cuestión para ejecutar los servicios de limpieza demandados.

Igualmente, señala que en el sobre nº 3 también debían incluirse determinados medios técnicos y materiales para la ejecución del contrato, como son los productos químicos a utilizar, que en este caso debían ser todos ellos ecológicos.

Alega que no cabe duda de que estamos ante una confusión inducida por la propia Administración contratante a través del cuadro de características técnicas, lo cual

no puede perjudicar a los interesados, tal y como sostiene la doctrina de los diferentes tribunales administrativos de contratos públicos.

Manifiesta, igualmente, que la puntuación que podía obtenerse a través de ambos apartados era mínima y en modo alguno podía condicionar la imparcialidad en la valoración de las ofertas, en tanto que, de los criterios a valorar mediante juicio de valor, los medios técnicos y materiales suponían 3 puntos sobre un máximo de 36, mientras que en los criterios a valorar mediante fórmulas objetivas, los criterios ecológicos suponían 4 puntos sobre un máximo de 64.

Señala que no ha sido sólo DISTRIVISUAL, S.L. la empresa que ha aportado la citada documentación en el sobre nº 2, sino que ha habido otra empresa que ha hecho lo mismo, por lo que entiende que la confusión acaecida era razonable.

Concluye que el hecho de que se hayan incluido en el sobre nº 2 los productos químicos a utilizar no afecta en nada a la imparcialidad de la Mesa de Contratación, en tanto que el sobre nº 3 contenía otros criterios cuantificables mediante fórmulas con mayor peso de puntuación, como la oferta económica o los criterios sociales, siendo los criterios ecológicos los de menor puntuación.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se anule el acto recurrido con retroacción de las actuaciones al momento previo a la exclusión de su oferta, procediéndose a la valoración de los sobres nº 2 y 3 de la misma, continuando el procedimiento de adjudicación por los cauces legales oportunos.

CUARTO.- Con fecha 28 de abril 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 4 de mayo, 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 contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, 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 25 de mayo el órgano de contratación aportó, fuera del plazo legalmente previsto, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que manifiesta lo siguiente:

1ª. Que el pliego regulador es auténtica y primordial ley del contrato. Así, conforme a los Acuerdos 36/2022, de 13 de abril, y 97/2021, de este Tribunal, el pliego vincula a la Administración contratante y a los licitadores. El pliego no fue recurrido por los licitadores, y, por tanto, es firme y consentido. Los licitadores asumen los derechos y deberes definidos en el pliego. El pliego es la fuente a la que debe acudirse para resolver todas las cuestiones que se susciten en la adjudicación, cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión. Así, la Sentencia 445/2021, de 30 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que manifiesta que las dudas de interpretación se ventilan con la LFCP y, subsidiariamente, por el Código Civil, en cuanto que los contratos administrativos son, en esencia, contratos. Conforme a la mencionada sentencia, si los términos del pliego son claros, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas. La finalidad del pliego es dotar de seguridad y certeza a los elementos de la licitación, en especial a su objeto, plazo, retribución, condiciones de presentación y adjudicación. Los contratos administrativos son contratos de adhesión.

2ª. Que el tenor del pliego que regía la licitación era claro y no inducía a confusión o error alguno. Distrivisual aportó información en el sobre nº 2 que correspondía incluir sólo en el sobre nº 3, por lo que infringió el artículo 97 de la LFCP, y ello, por su relevancia, determinó la exclusión. La exclusión del procedimiento resulta, a juicio de la Administración convocante, ajustada a Derecho.

El pliego de condiciones administrativas, en el apartado 5.3 "Contenido de las proposiciones", punto A.2, en cuanto al sobre de la documentación en que debe incorporarse la documentación relativa a criterios cualitativos, dice "*En ningún caso se deberá contener en este sobre o archivo electrónico nº 2 la oferta económica, ni documentos relativos a criterios cuantitativos por fórmula*", uno de éstos son los productos de limpieza ecológicos, pero con una mayor exigencia de etiqueta ecológica.

El pliego técnico regula en su punto 8 el "material y equipos de limpieza", y trata del papel higiénico, papel toalla, gel de manos, contenedores higiénico sanitarios, servicio bacteriostático, ambientadores, dosificadores de jabón, además de guantes, palos, detergentes, limpiacristales, etc. En cuanto a los productos de limpieza, su aplicación en este pliego, se entiende que son necesariamente ecológicos, y que tienen mayor valoración si cuentan con una etiqueta ecológica más exigente, que queda definida en el Pliego ("ángel azul", "cisne blanco", "ecocert", etc.).

En el cuadro de características del contrato queda claro que, en cuanto a los productos de limpieza, que tienen que ser necesariamente ecológicos, se incluyen en el sobre nº 3, en el que se valora, con hasta 4 puntos, una serie de etiquetas con una mayor exigencia ecológica.

Señala que es de interés observar las propuestas de los licitadores que presentaron su documentación conforme al pliego. Así, la oferta de Nortex, que en cuanto a los "medios técnicos y materiales" distingue la maquinaria (aspiradora polvo, aspiradora polvo-agua, máquina de inyección-extracción, sopladora), otros equipos y útiles de trabajo (carro, cubo y fregona, mopa, bayetas, plumeros y carro de residuos) y productos consumibles (dosificador, jabón de manos, gel higienizante de manos, papel higiénico y papel secamanos). Así, este licitador deja para el sobre nº 3 los productos de limpieza, con la correspondiente propuesta de una mayor exigencia ecológica con etiquetas reconocidas y que son mencionadas expresamente en el pliego.

Alega que la reclamante tuvo oportunidad de plantear a la Administración la confusión de los términos del pliego y de hacer consultas. Señala que se acredita por la

Administración una importante actividad de contestación a consultas de los interesados en la licitación, dada la complejidad de un contrato de estas características. En concreto, se acreditan dos consultas por parte de Distrivisual en las que no planteaba la "confusión" que ahora alega. Igualmente, se acredita que la Administración dio contestación a dos consultas de Distrivisual los días 27 y 30 de enero.

Con cita de diversa doctrina, alega que Distrivisual tenía un deber de diligencia en la redacción de la oferta. La importancia cuantitativa del criterio respecto del total no puede reputarse como relevante al objeto de decidir la exclusión o no del licitador, que vendrá justificada en función de la afectación en la valoración de la oferta y al tratamiento igualitario de los licitadores. Así, a juicio de la Mesa de Contratación, la actuación de Distrivisual pudo incidir o alterar el resultado de la adjudicación, y entendió que su actuación menoscababa la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores, por lo que procedió a su exclusión, que se estima ajustada a Derecho.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

QUINTO.- El 25 de mayo 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, no habiéndose presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, siendo susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas, conforme al artículo 122.2 de dicha ley foral.

SEGUNDO.- 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, toda vez que se dirige contra el acuerdo de adjudicación por ser en este acto donde se notifica su exclusión del procedimiento, sin que conste en el expediente otro tipo de notificación de la decisión de exclusión adoptada por la Mesa de Contratación al margen de la practicada a través del propio acto de adjudicación del contrato.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación 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 a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe detenerse en un aspecto relacionado con el procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública, a saber, las consecuencias que derivan de la inobservancia del plazo previsto legalmente para la formulación en su seno de las alegaciones por parte del órgano de contratación.

Así, cabe recordar, como ya hicimos en nuestro Acuerdo 102/2022, de 15 de noviembre, que el procedimiento de la reclamación especial en materia de contratación pública se rige por el principio de máxima celeridad, lo que justifica la previsión en la LFCP de unos plazos muy reducidos para la tramitación y resolución de aquella y en el que la tramitación de la reclamación se configura legalmente como una sucesión de trámites preclusivos, donde cada parte debe formular sus alegaciones en el trámite procedimental legalmente previsto, motivo por el cual, con carácter general, la presentación de éstas fuera del plazo habilitado al efecto determina su inadmisión, salvedad hecha de aquellos supuestos en que se justifique en la complejidad del asunto

o el conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo correspondiente.

En el caso concreto que nos ocupa, constatamos como el órgano de contratación presentó el escrito de alegaciones a la reclamación interpuesta con fecha 25 de mayo de 2023, una vez transcurrido el plazo máximo previsto legalmente para ello en el artículo 126.4 LFCP y expirado el habilitado a tales efectos en el segundo requerimiento formulado con tal objeto por este Tribunal advirtiéndole de las consecuencias que la inobservancia de dicho plazo tendrían en lo que a la admisión de tales alegaciones se refiere; y sin que conste en su escrito alusión alguna que justifique su actuación (complejidad del asunto o conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo). Por lo tanto, y constatada tal circunstancia, debemos considerar extemporáneas las alegaciones que el órgano de contratación ha formulado en defensa de la legalidad del acto impugnado; motivo por el cual no van a ser tenidas en cuenta por este Tribunal en la resolución de la reclamación especial interpuesta.

SEXTO.- Entrando ya en las cuestiones de fondo planteadas, discrepa el reclamante de la decisión de excluirle del procedimiento por haber incluido la información relativa a la etiqueta ecológica de los productos químicos de limpieza en el sobre n.º 2, siendo este un criterio cuantificable mediante fórmulas que debía incluirse en el sobre n.º 3. Deduciendo como pretensión, con fundamento en los motivos expuestos en los antecedentes de hecho del presente acuerdo, la anulación del acto objeto de impugnación para proceder, previa retroacción de las actuaciones al momento previo a su exclusión, a la valoración de su proposición.

Delimitado en tales términos el objeto de la litis, es preciso que recordemos la doctrina de este Tribunal, recogida entre otros en nuestro Acuerdo 97/2021, de 29 de septiembre, también reiterada por la jurisprudencia – por todas, Sentencias 445/2021, de 30 de diciembre y 213/2022, de 6 de julio, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra - en relación con el carácter vinculante del pliego, en virtud de la cual, los órganos de contratación y las personas licitadoras están sujetos a las previsiones de los pliegos que rigen la contratación, que se

configuran como una verdadera lex contractus para todos ellos, y, particularmente, para las licitadoras que, sin impugnarlos en tiempo y forma, participen en el procedimiento de contratación presentando sus proposiciones. Carácter vinculante que determina, en lo que ahora interesa, la obligación de las personas licitadoras de respetar las previsiones del citado documento contractual en relación con la forma y contenido de las proposiciones, resultando vedado apartarse de lo dispuesto al respecto en el mismo.

En este sentido, el artículo 53 LFCP dispone que *"Las proposiciones, que comprenden tanto la oferta técnica, si la hubiera, como la oferta 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, en una negociación o en un diálogo competitivo. (...)"

Relacionado con ello, el artículo 97 del mismo cuerpo legal determina que *"Por su parte, el artículo 97 de la misma ley foral, 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."

Este Tribunal se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre la finalidad y alcance de la regulación citada, destacando que pretende salvaguardar el conocido principio de secreto de las proposiciones. Concretamente, nuestro Acuerdo 38/2022, de 28 de abril, recoge nuestra doctrina al respecto: *"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). (...)".*

Así las cosas, como indica la Resolución 315/2022, de 10 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras a hacer efectivo el principio de igualdad de trato, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

Partiendo de tales premisas, la cláusula G del cuadro de características del contrato al que se contrae la presente reclamación, detalla la documentación a presentar por los licitadores, indicando: *"2. Sobre o Archivo Electrónico nº 2: Incluirá toda la*

documentación que aporte el licitador para que se valoren y puntúen los criterios de valoración de ofertas no cuantificables por fórmulas establecidos en el apartado J) del presente documento.
3. Sobre o Archivo Electrónico nº 3: En este sobre se incluirá por quien licite la oferta económica y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas.
La documentación necesaria para la valoración de los criterios objetivos que figuran en el apartado J1B, que habrá de presentarse conforme al modelo que figura como Anexo II que se adjunta al presente Pliego.
Los criterios evaluables mediante fórmulas se introducirán únicamente en el sobre 3, que se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura. En caso de incumplimiento de esta norma, la Empresa licitadora quedará excluida del procedimiento."

Por su parte, la cláusula J en lo que a los criterios de adjudicación se refiere prevé la aplicación de criterios que se valoran mediante juicios de valor – entre los que contempla, en lo que ahora interesa, el relativo a *"Medios técnicos y materiales aportados por la empresa para la ejecución al contrato. Se valorará los medios a las necesidades y adecuación a la prestación del contrato. - 3 puntos"* – y de criterios valorables mediante fórmulas, entre los que incluye el siguiente: *"Criterios ecológicos: 4 puntos - Los productos de limpieza deberán contar obligatoriamente con una etiqueta ecológica. La mínima requerida es la etiqueta ecológica europea. Se valorará con 4 puntos más a las empresas que para la ejecución del contrato oferte los siguientes productos de limpieza a utilizar con una etiqueta ecológica más exigentes (Ecocert, Angel azul o Cisne blanco): detergente multiusos, limpiacristales, detergente neutro suelos, desincrustante para baños, detergente para WC y desengrasante. Si solo oferta alguno de los productos con esas etiquetas se valorará a 0,66 puntos por cada producto."*

También el pliego regulador del contrato alude al contenido de las proposiciones, insistiendo en su cláusula 5.3, respecto al sobre nº 2 que *"En ningún caso se deberá contener en este sobre o archivo electrónico la oferta económica, ni documentos relevantes de su oferta económica, ni documentos relativos a criterios*

cuantificables por fórmula"; y en su cláusula 8.1 en que *"Cuando la oferta contenga criterios cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas"*.

Finalmente, el Anexo II del pliego contiene el modelo de proposición de criterios cuantificables por fórmula, donde se establece lo siguiente respecto al criterio calificado como "ecológico": *"• Criterios ecológicos. Se deberá indicar cuál de los siguientes productos cuentan con una etiqueta ecológica más exigente. Se adjuntará la documentación oportuna que lo acredite en este sobre.*
o Detergente multiusos
o Limpiacristales
o Detergente neutro suelos
o Desincrustante para baños
o Detergente para WC
o Desengrasante"

En el supuesto analizado no cabe duda de que la reclamante incluyó en el sobre electrónico nº 2 información relativa a criterios de adjudicación valorables mediante aplicación de fórmulas que debían incluirse en el sobre nº 3, pues así lo reconoce expresamente en el escrito de interposición de la reclamación y se constata en la documentación que conforma su proposición remitida a este Tribunal, pues la oferta técnica del reclamante alude en su apartado 3 (páginas 14 y 15) a los "Medios técnicos y materiales", distinguiendo entre productos y maquinaria e identificando, respecto a los primeros el tipo de producto, la superficie de aplicación, el fabricante y nombre comercial, el volumen del envase en litros, la dosificación de uso y si dispone de etiqueta ecológica europea u otra, indicando que todos los productos disponen de la primera y todos menos uno de la etiqueta "eco etiqueta Cisne Nórdico"; haciendo constar nuevamente en el sobre 3, esta vez conforme a lo exigido en el pliego, la etiqueta ecológica con que cuenta cada uno de los productos referidos en este apartado de dicho documento contractual y que se corresponden con los especificados en el apartado 3.1 de su oferta técnica. Proceder que contraviene tanto lo señalado en los preceptos anteriormente transcritos como en las previsiones que, relacionado con tal

regulación, contiene el pliego regulador; restando por determinar, pues, las consecuencias jurídicas de tal infracción en la conformación de la proposición. Veámoslo.

SÉPTIMO.- Sobre las consecuencias que se derivan de la inclusión indebida de documentación en los sobres que conforma las proposiciones a presentar por los licitadores también hemos tenido ocasión de pronunciarnos; y así, en el precitado Acuerdo 38/2022, de 28 de abril, señalamos 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.

Cuestión también analizada por el Tribunal Supremo que en su Sentencia 523/2022, de 4 de mayo, al resolver sobre la legalidad de la exclusión de un licitador que avanzaba información en relación con un criterio de valoración automático, fija como doctrina que la apreciación de la infracción del deber de confidencialidad en las propuestas de los licitadores en la contratación pública, deber efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, esto es, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Transcribimos a continuación, por su interés, los fundamentos de derecho de la citada resolución judicial que contienen la doctrina sobre la cuestión suscitada, que es de aplicación a la resolución del supuesto sometido a nuestra consideración:

“TERCERO.- Sobre la cuestión debatida y la normativa aplicable.

La cuestión que constituye el núcleo del litigio, tanto en la instancia como en sede casacional, es la trascendencia que puede alcanzar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto cometida en un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Esto es, en los términos en los que lo plantea el auto de admisión, si la mera constatación de tal infracción debe determinar la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o bien debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación.

Aducen las partes recurrentes y no lo niega la empresa recurrida, que los artículos 145.2 y 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) no imponen que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas deba significar la exclusión automática de la oferta. Las recurrentes argumentan que dichos preceptos han de ser interpretados de acuerdo con el principio de proporcionalidad, invocando el Ayuntamiento de Cuenca fundamentalmente la normativa y jurisprudencia nacionales y la empresa que resultó adjudicataria el derecho comunitario en los términos que veremos en el siguiente fundamento de derecho.

Los preceptos invocados o que resultan de aplicación son los siguientes:

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

" Artículo 4. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de

sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias."

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

" Artículo 145.Proposiciones de los interesados.

1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.

[...]"

" Artículo 150.Criterios de valoración de las ofertas.

[...]

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios,

o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

Cuando en los contratos de concesión de obra pública o gestión de servicios públicos se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas a la construcción o explotación así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, en todo caso figurará como un criterio de adjudicación evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente de contratación.

[...]"

Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE

"Considerando lo siguiente:

[...]

(101) Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato.

Teniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte, los poderes adjudicadores deben seguir gozando de libertad para considerar que se ha cometido una falta

profesional grave cuando, antes de que se haya dictado una resolución definitiva y vinculante sobre la existencia de motivos obligatorios de exclusión, puedan demostrar por algún medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus propias obligaciones, incluidas las obligaciones relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, salvo que se disponga de otro modo en Derecho nacional. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico. El Derecho nacional debe establecer la duración máxima de dichas exclusiones.

Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión."

" Artículo 18

Principios de la contratación

1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.
La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las

disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X."

" Artículo 57

Motivos de exclusión

[...]

4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18, apartado 2;

[...]

i) cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de contratación o proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación.

[...]."

CUARTO.- Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad.

La Sala considera que tienen razón las recurrentes al reclamar la aplicación del principio de proporcionalidad. Toda infracción administrativa debe sufrir las consecuencias previstas en la ley, pero estas consecuencias deben aplicarse, sin duda alguna, mediando el principio de proporcionalidad allí donde la regulación y las circunstancias del caso lo permitan.

En el presente supuesto los preceptos legales que se han reproducido de la Ley de Contratos del Sector Público se limitan a establecer la exigencia de secreto respecto a las proposiciones de los interesados (art. 145.2) y a regular el procedimiento de evaluación de las ofertas (art. 150.2), pero nada dice este apartado, como tampoco el resto del artículo, en cuanto a las consecuencias de un determinado incumplimiento. En definitiva, la regulación legal deja esa posibilidad a los criterios acordados por el órgano de contratación, según se prevé expresamente en el primer párrafo del citado artículo 150.2.

Así las cosas y en defecto de una previsión expresa tanto en la regulación legal como en los criterios acordados por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, reproducido supra y aducido por el Ayuntamiento de Cuenca. Según este precepto la exigencia de requisitos por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad debe acomodarse al principio de proporcionalidad, lo que debe predicarse no solo de la previsión normativa de tales requisitos sino también en su aplicación.

En cuanto a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo citada por la sentencia de instancia (SSTS de 20 de noviembre de 2009 -recurso 520/2007- y de 22 de octubre de 2014 -rec. 3111/2013) es, como no podía dejar de ser, dada la materia, casuista. Pero tiene razón el Ayuntamiento de Cuenca en que las afirmaciones genéricas que se hace en ellas sobre la necesidad de salvaguardar con rigor la objetividad e igualdad en la adjudicación de contratos públicos no pueden separarse del juicio sobre la relevancia de la infracción para la garantía de tales principios. Así, por ejemplo, en el caso de la segunda de las sentencias mencionadas se hace referencia expresa a la importancia para el caso concreto de la información proporcionada indebidamente en contra de la obligada reserva.

La mercantil FCC por su parte, invoca la Directiva de contratación pública (Directiva 2014/24/CE), dado que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, refiriéndose en particular al considerando 101, párrafo tercero, al artículo 18 y a determinada jurisprudencia aplicativa del Tribunal de Justicia. En cuanto al citado considerando no tiene razón la empresa recurrida cuando a partir de la cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mencionada por la parte recurrente (STJUE de 30 de enero de 2020 -asunto C-395/18-) intenta restringir la aplicación del principio de proporcionalidad al apartado a) del artículo 57.4 de la Directiva, que contempla un supuesto de exclusión potestativa diferente al del caso de autos.

En primer lugar, porque la Directiva citada reconoce el principio de proporcionalidad con carácter general en el artículo 18.1, reproducido supra, al establecer que los poderes adjudicadores actuarán de manera transparente y proporcionada, por lo que la aplicación del principio en ningún caso se agota en

cualquiera de los supuestos de exclusión contemplados en el artículo 57, ni mucho menos en la letra a) del apartado 4.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el artículo 57 de la Directiva establece los motivos de exclusión de los operadores en la contratación pública, unos vinculantes para los Estados, como los previstos en los apartados 1 y 2 (con algunas excepciones expresamente contempladas en el precepto), y otros potestativos, como los contemplados en el apartado 4. Y de estos, si bien el regulado en la letra a) no sería aplicable al supuesto del presente litigio (dicha letra se remite al artículo 18.2 de la propia Directiva y va referida a obligaciones medioambientales y de carácter social), sí lo sería en cambio el contemplado en la letra i), que precisamente se cita en el auto de admisión entre las normas a interpretar. En efecto, dicho supuesto se refiere, entre otros casos, al intento de influir indebidamente en la toma de decisiones del poder adjudicador y lo que se le ha achacado a la empresa adjudicataria por la sentencia de instancia es precisamente haber influido indebidamente en el poder adjudicador al hacer pública información que debía haber sido secreta. En consecuencia, la aplicación de un motivo de exclusión potestativo requiere, según expresamente indica el considerando 101 de la directiva, una aplicación del principio de proporcionalidad especialmente intensa.

Por último, la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En contra de lo que sostiene la empresa codemandada, la sentencia sobre la que debaten las partes de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) es plenamente aplicable, pues aunque el supuesto de hecho sea sobre una causa de exclusión distinta, lo que resulta relevante de la misma es su referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos, como lo es el del caso de autos, invocando precisamente el Tribunal el considerando 101 de la Directiva:

"48 Por lo que respecta, en segundo lugar, al principio de proporcionalidad, procede recordar, además de la jurisprudencia mencionada en el apartado 45 de la presente sentencia, que del considerando 101, párrafo tercero ,de la Directiva 2014/24 se desprende que, al aplicar motivos de exclusión facultativos, como el que figura en el artículo 57, apartado 4, letra a), de dicha Directiva, los poderes adjudicadores deben

prestar especial atención al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta, en particular, la levedad de las irregularidades cometidas o la reiteración de irregularidades leves. Esta atención debe ser aún mayor cuando la exclusión prevista por la normativa nacional se aplique al operador económico que ha presentado la oferta como consecuencia de un incumplimiento que no haya sido cometido directamente por él, sino por una persona ajena a su empresa y que eventualmente no esté sometida a control, por no disponer el operador económico de toda la autoridad que se requiere para ello o de todos los medios necesarios al efecto."

Y, tal como se indica en el párrafo transcrito, en el parágrafo 45 de la misma sentencia se recuerda que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho de la Unión y se subraya su aplicación en la materia, con cita de jurisprudencia:

"45 A este respecto, procede recordar, por una parte, que los poderes adjudicadores deben respetar durante todo el procedimiento de licitación los principios de la contratación formulados en el artículo 18 de la Directiva 2014/24, entre los que figuran los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad (sentencia de 26 de septiembre de 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, apartado 39 y jurisprudencia citada), y, por otra parte, que, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores en la ejecución de lo dispuesto en la citada Directiva, tales como las normas destinadas a precisar las condiciones de aplicación del artículo 57 de la misma Directiva, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de julio de 2016, Ambisig, C-46/15, EU:C:2016:530, apartado 40, y de 8 de febrero de 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, apartado 32 y jurisprudencia citada)."

Sentado pues que es obligado aplicar las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, eso es, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma, hemos de casar la sentencia recurrida que se limita a valorar la infracción de la confidencialidad y a aplicar la exclusión sin consideración al principio de proporcionalidad en una equivocada interpretación de la jurisprudencia de este Tribunal y, consiguientemente,

debemos valorar la infracción que se le achaca a la ahora recurrente con aplicación del principio de proporcionalidad.

Tal infracción fue, en los términos de la sentencia de instancia que "en el sobre B relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, y más concretamente en el apartado de proyecto técnico de explotación, incorporó la oferta de URBASER SA información que permitía conocer, al menos en parte, la oferta relativa a criterios valorables en cifras o porcentajes que debía reflejarse en el sobre C". La información indebida era, según explica la sentencia recurrida, doble: por un lado, indicar en el sobre B, en relación con el criterio de valoración automático de ofrecer un incremento de la bolsa de horas de trabajo, que la información completa sobre la bolsa de horas de trabajo y su potenciación se detallaría en el sobre C; en segundo lugar y en relación con la disponibilidad de retenes de emergencia, por avanzar en el sobre B, de forma análoga a lo indicado en el criterio anterior, que "la información completa sobre los retenes se concreta en el sobre C como consecuencia de ser este el criterio objetivo de valoración". Lo que, en opinión de la Sala de instancia, suponía avanzar que se iba a ofrecer la disponibilidad de un retén 24 horas todos los días del año.

Pues bien, esta Sala considera que, frente a tal aplicación mecánica de la causa de exclusión, la valoración efectuada tanto por el órgano de contratación como por el tribunal administrativo que examinó la reclamación formulada por Urbaser sí se ajustó al principio de proporcionalidad. En efecto, siendo criterios automáticos a optar en el sobre B la oferta de una bolsa de horas de trabajo no asignadas a ninguna prestación y la disponibilidad de un retén de incidencias, no parece que indicar que el detalle de dicho incremento de horas y la disponibilidad del citado retén se incluiría en el sobre C sea avanzar información relevante sobre el concreto número de horas de la bolsa de trabajo o sobre la efectiva disponibilidad horaria del retén los 365 días del año que altere las condiciones de igualdad entre los ofertantes. Así, aun en el caso que se entendiera indebida tal indicación, la exclusión del contratista resulta claramente desproporcionada respecto a la trascendencia de la supuesta vulneración de la confidencialidad.

Alcanzada la conclusión anterior, resulta innecesario el examen de la segunda cuestión de interés casacional indicada en el auto de admisión, referida a la alegada vulneración procedimental por no haber advertido a la empresa concursante de una

eventual exclusión, toda vez que queda anulada la exclusión de Urbaser y restituida la adjudicación acordada por el órgano de contratación.

QUINTO.- Conclusión y costas.

En atención a la primera cuestión de interés casacional declaramos, de acuerdo con las consideraciones expresadas en el anterior fundamento de derecho, que la apreciación de la infracción del debe de confidencialidad en las propuestas de los licitadores en la contratación pública deber efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, esto es, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Contestada de esta manera la primera cuestión de interés casacional queda sin contenido la segunda cuestión formulada en el auto de admisión sobre si de ser procedente la exclusión automática del licitador que infringiera el deber de secreto, resultaba preciso darle trámite de audiencia. (...)"

Conforme a la doctrina indicada, la apreciación de la infracción del deber de secreto de las proposiciones exige un juicio de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación, y ello atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma; no siendo posible la exclusión automática del licitador solo con la mera constatación formal de la infracción, sino que hay que estar a las circunstancias del caso concreto y valorarlo de acuerdo con los postulados del citado principio de proporcionalidad. Valoración que abordamos a continuación.

En nuestro caso, queda claro que la reclamante no sólo avanzó en su oferta técnica información que, en cumplimiento del pliego, debía incluirse en el Sobre 3, sino que la información indebidamente incorporada al Sobre 2 permitía conocer, con exactitud, la puntuación que la licitadora iba a obtener en la aplicación del criterio automático "productos ecológicos" pues indica la etiquetita ecológica de todos aquellos productos que enumera el pliego en la descripción del criterio automático, cuando es éste el aspecto objeto de valoración en dicho apartado.

Así pues, la concreta información indebidamente incluida en el Sobre 2 revela por sí sola en este caso la puntuación que va a obtener la oferta en uno de los criterios

de adjudicación valorables mediante fórmulas, vulnerando con ello el carácter secreto de las proposiciones y las garantías de objetividad e imparcialidad que preservan los artículos 53 y 97 LFCP; circunstancia suficiente para entender, a juicio de este Tribunal, proporcionada la exclusión de la oferta por tal motivo.

A ello no cabe oponer, como pretende la reclamante, que el error cometido ha sido provocado por la redacción confusa del pliego en lo que a la documentación a incluir en los distintos sobres de la proposición se refiere. No le falta razón cuando expone que la oscuridad, ambigüedad o contradicción de las disposiciones de los Pliegos nunca puede ser interpretada en perjuicio de los licitadores, pues así lo viene declarando este Tribunal, entre otros muchos en su Acuerdo 25/2023, de 14 de marzo; pero lo cierto es que no concurre en este caso el presupuesto de hecho de tal postulado, esto es, la oscuridad en las cláusulas del pliego que regulan el contenido de los distintos sobres que conforman la proposición. Efectivamente, basta una lectura de las cláusulas anteriormente transcritas del pliego para comprobar su claridad al respecto, pues si bien señala que en el sobre nº 2 debía incluirse como parte del plan operativo la oferta relativa a los medios técnicos y materiales aportados por la empresa para la prestación del servicio, pudiendo incluir los productos de limpieza, como alega el reclamante, lo cierto es que no contiene mención alguna que induzca a pensar que es preciso indicar su etiqueta ecológica; aspecto éste que es valorable mediante la aplicación de fórmulas objetivas y que, por ello, debía incluirse en el sobre nº 3, siendo también claro el pliego a este respecto. Conclusión que en modo alguno resulta enervada por el hecho de que otro de los licitadores cometiera el mismo error del reclamante, pues obviamente ello no convierte, por sí solo, en confuso el contenido del clausulado del pliego, siendo además carga de las licitadoras la presentación adecuada de su oferta conforme a lo previsto en el pliego que como es sabido constituye la ley del contrato, debiendo asumir por tanto las consecuencias de su falta de diligencia en tal sentido.

De igual modo, tampoco puede tener favorable acogida el argumento relativo a que el error cometido en modo alguno podía condicionar la imparcialidad en la valoración de las ofertas de cada licitador, dada la escasa puntuación atribuida al criterio automático cuya información se anticipa en el sobre 2, toda vez que advertido el

incumplimiento de las garantías previstas en el artículo 97 LFCP y constatado que dicha infracción ha propiciado que el órgano evaluador conozca la puntuación que le corresponde a la proposición en uno de los criterios automáticos de adjudicación cuya valoración, por imperativo legal, debe realizarse sólo una vez aplicados los criterios sujetos a juicio de valor y que, por tanto, deben permanecer secretos hasta ese momento, la exclusión deviene obligada, sin posibilidad de graduar la consecuencia en función de la puntuación que puede resultar anticipada o de la escasa ponderación del criterio de que se trate, pues en tal caso no quedaría salvaguardada la finalidad de la norma que - como señalamos en el citado Acuerdo 38/2022, de 28 de abril, y es criterio uniforme en la doctrina consolidada por los Tribunales administrativos de contratación, por todos, Acuerdo 14/2023, de 16 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón - no es otra que evitar que puedan verse mediatizadas, o contaminadas entre sí, ambas valoraciones, lo que sucedería de conocerse las ofertas económicas y demás aspectos evaluables mediante fórmulas antes de que sean objeto de valoración las ofertas técnicas, pues conocer previamente la puntuación que obtendría un licitador en estos aspectos reglados o automáticos podría influir en la ponderación del juicio técnico.

De igual modo, el Tribunal Superior de Andalucía en su reciente Sentencia 333/2023, de 13 de febrero, recuerda al respecto que el conocimiento previo del contenido económico de la oferta puede influir a la hora de valorar los criterios que dependan de un juicio de valor, y debe evitarse que se anticipe cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento puede influir en la valoración de la oferta con arreglo a juicio de valor; pronunciándose sobre las consecuencias jurídicas de una eventual infracción de tales postulados en función de si se ha acreditado que la mesa de contratación haya tenido conocimiento de los criterios subjetivos con anterioridad a los sometidos a la fórmula matemática, por cuento ello puede comprometer su imparcialidad.

En definitiva, la reclamante no sólo ha infringido lo dispuesto en los artículos 53 y 97 LFCP y en el pliego regulador en lo que al contenido de las proposiciones se refiere, anticipando en el sobre 2 información que debía formar parte del Sobre 3, sino que con ello ha quedado desvelado, también de forma prematura, la puntuación que le

correspondía a su oferta en aplicación de uno de los criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas. Resultando así que valoradas las concretas circunstancias concurrentes no podemos sino concluir que, en este caso, se ha visto por ello afectado el secreto de las proposiciones y, por tanto, también una de las garantías sustanciales para asegurar la igualdad de trato de los licitadores en la valoración de éstas; razón por la cual la decisión de excluir la oferta por tal motivo respeta las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, 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 don E. S. C. B., en nombre y representación de DISTRIVISUAL, S.L., frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Noáin (Valle de Elorz), de 11 de abril de 2023, por el que se adjudica a NORTEX OUTSOURCING GLOBAL, S.L. el "*Servicio de limpieza de los edificios municipales del Ayuntamiento de Noáin (Valle de Elorz) con productos de limpieza ecológicos*", y se excluye la oferta formulada por dicha empresa.

2º. Notificar este acuerdo a don E. S. C. B., en calidad de representante de DISTRIVISUAL, S.L., al Ayuntamiento de Noáin (Valle de Elorz), así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página 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, 8 de junio de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.