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: 38/2022

ACUERDO 74/2022, de 6 julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por TCA TÉCNICAS DE CONTROL Y ANÁLISIS, S.A. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de *Suministro e instalación de una estación para la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire, dotada de analizadores de ozono y óxidos de nitrógeno*, licitado por el Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de abril de 2022, el Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de *Suministro e instalación de una estación para la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire, dotada de analizadores de ozono y óxidos de nitrógeno*.

A dicho contrato concurrió, entre otros licitadores, la mercantil TCA TÉCNICAS DE CONTROL Y ANÁLISIS, S.A.

SEGUNDO.- Mediante informe técnico se valoró la documentación presentada por los licitadores en el Sobre A (Declaraciones y proposición técnica), concluyendo lo siguiente respecto a la oferta formulada por TCA TÉCNICAS DE CONTROL Y ANÁLISIS, S.A.:

En el sobre A se incluye información del plazo de garantía ofertado, que es de 24 meses, cuando la ampliación del periodo de garantía es un criterio de valoración cuantificable mediante fórmula, cuya información debe incluirse en el sobre C.

La oferta técnica no cumple con las siguientes especificaciones solicitadas:

- No se indica que el sensor de temperatura interior se conectará al adquisidor de la estación, sino que se suministrará un "Sensor combinado de temperatura y humedad relativa conectable al sistema de adquisición de datos (si procede)"

- Respecto a la compatibilidad con el software GESTER se indica que se incluye el "suministro del protocolo de comunicaciones de los equipos para que sea integrado en el sistema por la empresa propietaria del software ". Sin embargo, es responsabilidad del contratista la instalación de los equipos que incluye la comprobación de que los analizadores transmiten correctamente datos al Centro de Proceso de Datos del Departamento de Desarrollo Rural y Medio Ambiente, pero tal como se expresa en la oferta la responsabilidad se transfiere a la empresa propietaria del software.

- Se ha aportado el certificado de aprobación de tipo número 0000028755_03 correspondiente al analizador de NOX propuesto, marca HORIBA modelo APNA 370, que tiene validez hasta el 25/01/21, por lo que no está en vigor, a pesar de que en el documento Memoria Técnica se indica que tiene validez hasta 25/01/26. Sin embargo en la web https://qal1.de/en/index.htm se puede consultar el certificado número 0000028755_04, que sustituye al aportado y que efectivamente tiene validez hasta el 25/01/26

Con fecha 12 de mayo se notificó a TCA TÉCNICAS DE CONTROL Y ANÁLISIS, S.A. la exclusión de su oferta en los siguientes términos:

En el sobre A se incluye información del plazo de garantía ofertado, que es 24 meses, cuando el plazo de garantía es un criterio de valoración cuantificable mediante fórmula, cuya información debe incluirse en el sobre B

TERCERO.- Con fecha 19 de mayo, TCA TÉCNICAS DE CONTROL Y ANÁLISIS, S.A. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Que el motivo de exclusión de su oferta hace referencia a la inclusión del plazo de garantía ofertado en el sobre A, cuando era un criterio de valoración cuantificable mediante fórmula, que debía incluirse en el sobre B.

Que, sin embargo, el criterio de valoración cuantificable mediante fórmula no es la garantía, sino la ampliación del periodo de garantía, tal y como se establece en el Anexo II del pliego del contrato.

2ª. Que en el pliego regulador no se hace ninguna referencia sobre una posible exclusión del licitador o motivos.

3ª. Que el documento presentado por TCA como "Memoria Técnica", en el cual se fundamenta el motivo de exclusión, es un documento exigido en el pliego regulador descrito como *3- Descripción de la propuesta técnica de conformidad con las características técnicas*, requerido en la documentación contenida del sobre A.

Que en dicho documento se detalla el alcance del suministro, descripción técnica del suministro, caseta e instrumentación, plazo de ejecución, etc., además del plazo y alcance de la garantía mínima exigible en el pliego, acompañándose dicha memoria como documento nº 3.

4ª. Que la información como criterio cuantificable mediante fórmulas, respecto a la ampliación del periodo de garantía que debe indicarse en meses adicionales, está contenida en el sobre B junto con la propuesta económica.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la paralización del expediente y la readmisión de la propuesta presentada por TCA para continuar con el procedimiento de evaluación y propuesta de adjudicación.

CUARTO.- Con fecha 19 de mayo 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 24 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, 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 26 de mayo el órgano de contratación presentó un escrito de alegaciones en el que manifiesta lo siguiente:

1ª. Que el artículo 53.2 de la LFCP establece que las proposiciones –que también incluyen la oferta técnica– deben ser secretas.

2ª. Que, sin entrar a debatir la cuestión que plantea el reclamante sobre si nos encontramos ante una mera explicación de cómo se aplica la garantía o ante una ampliación del plazo de garantía, lo que es evidente es que la posible violación del secreto de la oferta no tiene incidencia práctica, dado que la totalidad de la valoración de la oferta se hace a través de la aplicación de fórmulas y, por lo tanto, no es posible que exista contaminación en la valoración de otros criterios.

3ª. Que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 4 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1642), establece la doctrina de que la exclusión por violación del secreto en las proposiciones no conlleva la exclusión automática de la licitación, sino que debe tenerse en cuenta la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Por lo tanto, a la vista de la nula relevancia en la adjudicación de la infracción cometida en la proposición no procede la exclusión del licitador.

4ª. Que los acuerdos de este Tribunal 110/2021, de 12 de noviembre y 59/2021, de 2 julio, ambos con cita expresa del Acuerdo 50/2020, de 29 de junio, permiten al

órgano de contratación allanarse a las pretensiones del reclamante siempre que no concurra infracción al ordenamiento jurídico, como ocurre en este caso.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se dicte un acuerdo en el que se formalice la falta de oposición a la reclamación y la voluntad de allanarse a las peticiones del reclamante.

El mismo 26 de mayo se aportó el expediente de contratación, habiéndose requerido que se completara con fecha 27 de mayo, lo cual se hizo el 1 de junio.

QUINTO.- El 1 de junio 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, habiéndose presentado alegaciones por parte de SEQUOPRO, S.L. en la misma fecha, en las que señala lo siguiente:

1ª. Que con fecha 12 de mayo de 2022 se recibió notificación de su exclusión de este procedimiento en base a:

La oferta técnica no cumple con la siguiente especificación solicitada:
El acceso a la cubierta de la estación no se realiza a través de escalera anclada en el interior de la puerta dotada de retenedor que la fije a la pared exterior cuando quede abierta, sino mediante "escalera desmontable o escalera fija a la puerta de entrada", no se incluye el retenedor.

2ª. Alega que es tan obvio que son sinónimas las palabras "Escalera anclada en el interior de la puerta" y "Escalera fija a la puerta de entrada", y es tan obvio que la fijación se hace con un retenedor, así como que se debe cumplir el pliego técnico y la legislación de prevención de riesgos laborales en cuanto a sujeción de medios de elevación, que excluir a un licitador de un procedimiento por omitir una palabra de una característica que es de obligado cumplimiento parece una descalificación totalmente injusta, como se ha visto también en la descalificación del licitador TCA.

Solicita, por ello, que se le readmita al procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2 de dicha ley foral.

SEGUNDO. - 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.

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 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.- Realizado el análisis de la concurrencia de los citados presupuestos para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública, han de examinarse ahora una serie de cuestiones previas al enjuiciamiento del fondo del asunto relacionadas con procedimiento de reclamación que afectan a las alegaciones formuladas en su seno por la tercera interesada y a los efectos derivados de su interposición.

Así, respecto a la primera de las cuestiones citadas, en el presente procedimiento de reclamación ha comparecido, como tercera interesada, SQUOPRO, S.L., licitadora también excluida del procedimiento; si bien no cabe admitir las alegaciones formuladas

por cuanto no se refieren a la reclamación interpuesta, sino que versan sobre su propia exclusión. Cuestión que no cabe analizar en el seno del presente procedimiento en aplicación del principio de congruencia que este Tribunal debe observar en sus resoluciones por imperativo del artículo 127.2 LFCP, pues no podemos obviar que la posición del resto de las partes en el procedimiento de reclamación viene configurada por la pretensión de la reclamante, de forma que únicamente pueden interesar la desestimación de la acción ejercitada por la reclamante y, por ende, la confirmación del acto administrativo impugnado, no resultando admisible la formulación de pretensiones adicionales.

En segundo lugar, debemos pronunciarnos sobre la petición formulada por los reclamantes relativa a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación 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 en tal sentido realizada.

SEXTO.- Entrando ya en la cuestión de fondo planteada, tal y como se ha expuesto en el apartado relativo a los Antecedentes de Hecho del presente Acuerdo, cuestiona la reclamante la legalidad de su exclusión del procedimiento, motivada en el hecho de haber incluido en el Sobre A de su proposición información sobre el plazo de garantía ofertado que como criterio de valoración mediante fórmula debía incluirse en el Sobre B, con fundamento en que la información incorporada en el primero de los sobres es la memoria técnica que entre otros extremos hace referencia al plazo y alcance de la garantía mínima que se exige en el pliego, mientras que su oferta relativa a la ampliación de dicho plazo de garantía se contenía en el sobre B, junto con su propuesta económica; motivo por el cual solicita su readmisión en el procedimiento de adjudicación.

Por su parte, el órgano de contratación en el escrito de alegaciones remitido a este Tribunal, manifiesta su voluntad de allanarse a la pretensión ejercitada por la reclamante toda vez que la infracción del secreto de las proposiciones no conlleva la exclusión automática de la licitación sino que debe tenerse en cuenta la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación; incidencia que califica de nula en este supuesto habida cuenta que la totalidad de los criterios de adjudicación previstos en el pliego se aplican mediante fórmulas.

Como acertadamente señala el órgano de contratación, los distintos Tribunales administrativos en materia de contratación pública vienen admitiendo, de forma unánime, el allanamiento frente a las pretensiones de los reclamantes, siempre y cuando aquel no incurra en infracción del ordenamiento jurídico. Así lo ha manifestado este Tribunal entre otros, en nuestro Acuerdo 115/2021, de 30 de noviembre, donde, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998, tras delimitar que *El allanamiento es un acto jurídico procesal del demandado, por el que éste manifiesta su voluntad de no oponerse, o de abandonar su posición de oposición, a la pretensión del actor o demandante. A diferencia de la satisfacción extraprocesal debe producirse necesariamente ante el órgano jurisdiccional que conoce del asunto. Existe, en cambio, satisfacción extraprocesal cuando la Administración demandada, iniciado un proceso contencioso administrativo, reconoce totalmente en vía administrativa las pretensiones de la parte demandante,* respecto a la aplicación de esta figura a la reclamación especial en materia de contratación pública, en nuestro Acuerdo 59/2021, de 2 de julio, con cita del Acuerdo 50/2020, de 29 de junio, señalamos lo siguiente: *"De igual modo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre este particular – por todas, Resolución de 14 de agosto de 2019 – razona que "Tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, "(...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente.*

En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la "reformatio in peius". Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez "juez y parte" y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso.

Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial "ad hoc", es el caso de la llamada "jurisdicción retenida" donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una "infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico" (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecia que la aceptación de las

pretensiones de la recurrente "infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico". No se aprecia tal infracción del ordenamiento jurídico".

Así pues, tal y como expusimos, entre otros, en nuestro Acuerdo 23/2019, de 7 de marzo, en estos supuestos, sólo cabe proceder a la estimación de la reclamación especial, salvo que se aprecie una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Circunstancia que, a la vista del escrito de interposición y del expediente, debe ser rechazada."

Siendo esto así, procede analizar si de una eventual estimación de la reclamación deriva o no infracción del ordenamiento jurídico, pues de ello dependerá, como hemos señalado, la admisión del allanamiento manifestado por el órgano de contratación.

El pliego regulador del presente contrato prevé en su cláusula octava que el contrato se adjudicará a la oferta más ventajosa aplicándose como criterios de adjudicación el menor precio, la ampliación del plazo de garantía, criterios sociales y medioambientales; criterios todos ellos, como señala el órgano de contratación, valorables únicamente mediante la aplicación de fórmulas.

Por su parte, la cláusula décima indica que *Las propuestas de las entidades licitadoras se presentarán de acuerdo con la estructura establecida para esta oferta en la plataforma de licitación electrónica y contendrá 2 sobres, identificados como:*

- *Sobre A- Declaraciones y proposición técnica.*
- *Sobre B- Criterios evaluables mediante fórmula.*

En coherencia con ello, la cláusula undécima dispone la inclusión en el primero de los Sobres de la proposición la *Descripción de la propuesta técnica de conformidad con las características técnicas justificando su cumplimiento punto por punto;* si bien, debemos insistir en ello, todos los criterios de adjudicación a aplicar son de carácter automático no previéndose ningún criterio de adjudicación sometido a juicio de valor.

Pues bien, según hemos expuesto, la oferta de la reclamante resultó excluida por incluir en el sobre A (Declaraciones y proposición técnica) la oferta relativa a la

ampliación del plazo de garantía, que constituye un criterio de adjudicación cuantificable mediante fórmula que debía incluir en el sobre B de su proposición; esto es, por haberse infringido el principio de secreto de las proposiciones.

Sobre dicho principio, dispone el artículo 53.2 de la LFCP que *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.* Añadiendo en su artículo 97 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.

Al respecto, señalamos en nuestro Acuerdo 34/2022, de 8 de abril, que *dichas previsiones legales tratan de preservar el secreto de las proposiciones hasta el momento de su apertura, previendo la presentación separada de la oferta cualitativa de la cuantitativa, evitando que se conozcan de forma anticipada informaciones relevantes para la valoración de las ofertas. Cabe traer a colación, a este respecto, el Acuerdo 106/2021, de 25 de octubre, que, con cita del Acuerdo 102/2020, de 4 de noviembre, señala que "la pretensión de la regulación contenida en los preceptos transcritos - artículos 53 y 97 de la LFCP – 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.

La voluntad del legislador se fundamenta en el hecho de que, 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.

Los requisitos antes señalados se establecen y consideran, no como discrecionales, sino de obligado cumplimiento, debiéndose diferenciar, incluso documentalmente y siguiendo un orden de prelación, la valoración de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, de aquellos cuya cuantificación depende de un juicio de valor; de forma que la exigencia de respetar estrictamente la distribución de la documentación relativa a cada criterio de valoración en su respectivo sobre, no es discrecional ni optativa. Requisitos que, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2014, 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). (...)".

Partiendo de tal premisa indicamos en el precitado Acuerdo que el régimen que resulta de los preceptos de la LFCP antes transcritos promueve el secreto de las proposiciones como medio para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores; principio que implica que todos los licitadores deben hallarse en las mismas condiciones tanto en el momento de presentar sus ofertas como en el momento de ser valoradas éstas por la entidad contratante, y que, obviamente, quiebra cuando a la hora de valorar la oferta se puede tener conocimiento de aquellos otros aspectos cuya valoración depende de la aplicación de determinadas fórmulas y por ello, con independencia del resultado final, es claro que la objetividad que debe tenerse para valorar los criterios no sujetos a fórmulas matemáticas se ve comprometida al incluir determinada documentación que ha de ir en el sobre relativo a los criterios que deben valorarse conforme a tales fórmulas. Así se expresa la Sentencia de la Sección tercera

de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, cuando razona que: "(. . .). Lo relevante, sin embargo, 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."

Así las cosas, señalamos que el orden procedimental y el contenido de los sobres no tiene un mero carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la evaluación de los criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la ponderación otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas. Resultando así que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto; 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, pues como resume el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, "Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores

como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato."

En consecuencia, la anticipación de parte de la oferta que debía permanecer en secreto hasta el momento de su apertura, únicamente conllevará la grave consecuencia de exclusión del licitador infractor, cuando ello pueda afectar a la objetividad en la valoración de la oferta y a la igualdad de trato de los licitadores. De forma que 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.

La Sentencia del Tribunal Supremo 523/2022, de 4 de mayo, analiza 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, es decir, 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. Resolución judicial que razona que *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. Concluyendo 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.*

En el supuesto ahora analizado, no existe ningún criterio sometido a juicio de valor que haya de ser valorado, pues todos los criterios de valoración son cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Circunstancia de especial relevancia a los

efectos de la resolución de la cuestión sometida a nuestra consideración, resultando así que, como apunta Resolución 178/2020, de 16 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por tal motivo para la adjudicación no es necesario realizar la valoración previa o separada que el artículo 97 LFCP exige única y exclusivamente para cuando coexisten en el procedimiento criterios de adjudicación cualitativos y cuantitativos, toda vez que, como hemos indicado, la finalidad de tal previsión legal es garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los 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; garantía innecesaria cuando, como es el caso, la totalidad de los criterios de adjudicación a aplicar son de carácter automático. Este carácter de los criterios de adjudicación, como señala la Resolución citada, implica que la labor de la mesa de contratación se limita a aplicar las fórmulas y a sumar los puntos obtenidos. De este modo, no puede vulnerarse el principio de igualdad de trato entre los licitadores, ni el secreto de la oferta, pues el conocimiento previo de algún aspecto o dato relativo a sus proposiciones no va a poder afectar a las valoraciones, es decir, va a ser irrelevante para la adjudicación.

Así las cosas, asiste razón al órgano de contratación cuando señala que la anticipación de dicha información no tiene trascendencia alguna en la objetividad e imparcialidad del órgano de contratación; no pudiendo, por tanto, conllevar la exclusión de la oferta; motivo por el cual no se aprecia la concurrencia de obstáculo alguno que imposibilite admitir el allanamiento del órgano de contratación y, por tanto, la resolución de la reclamación interpuesta acogiendo la pretensión deducida por la reclamante.

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. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por TCA TÉCNICAS DE CONTROL Y ANÁLISIS, S.A. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de *Suministro e instalación de una estación para la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire, dotada de analizadores de ozono y óxidos de nitrógeno*, licitado por el Departamento de Economía y Hacienda; acto que se anula por no resultar ajustado a derecho, disponiéndose la retroacción del procedimiento al momento anterior a éste.

2º. Notificar este acuerdo a TCA TÉCNICAS DE CONTROL Y ANÁLISIS, S.A., al Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra, 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, 6 de julio de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.