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: 51/2022

ACUERDO 79/2022, de 22 julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por el COLECTIVO DE ARQUITECTAS EL TINGLADO frente al acuerdo de exclusión de su oferta formulada al lote 3 del *Contrato de Asistencia técnica para el diseño y elaboración de los criterios horizontales de gestión de la Agenda Urbana de Pamplona-Estrategia 2030 en el marco del PRTR financiado por la Unión Europea_NextGenerationEU*, licitado por el Ayuntamiento de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de mayo de 2022, el Ayuntamiento de Pamplona publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del *Contrato de Asistencia técnica para el diseño y elaboración de los criterios horizontales de gestión de la Agenda Urbana de Pamplona-Estrategia 2030 en el marco del PRTR financiado por la Unión Europea_NextGenerationEU*.

El objeto de dicho contrato se dividió en cuatro lotes, habiendo concurrido al lote 3 (Accesibilidad Universal), entre otros licitadores, el COLECTIVO DE ARQUITECTAS EL TINGLADO de forma conjunta con X. P. T. y M. L.

SEGUNDO.- El 19 de mayo se constituyó la Mesa de Contratación, que procedió a la apertura de las ofertas contenidas en el sobre B, dando traslado de las mismas a los vocales técnicos integrantes de la Mesa para su valoración.

Asimismo, tras el análisis de la documentación administrativa la Mesa de Contratación observó que varios licitadores que concurrían en participación conjunta habían presentado el Anexo II.1 sin firmar por todos ellos, así como que el acuerdo de participación conjunta no indicaba el porcentaje de participación correspondiente a cada uno de los participantes. Por tanto, acordó requerir a los mismos para que subsanaran la documentación presentada.

El 30 de mayo la Mesa de Contratación comprobó que los licitadores habían subsanado la documentación conforme a lo solicitado, por lo que acordó la admisión de todos ellos. A continuación, los vocales técnicos presentaron el informe de valoración realizado, la Mesa de Contratación acordó asumirlo y lo incorporó como anexo al acta.

En la citada acta se señala lo siguiente:

El informe-valoración indica que, durante el análisis de la documentación técnica incluida en el sobre B, se han encontrado referencias a número de horas realizadas en cursos de formación en materia de igualdad entre mujeres y hombres en la propuesta presentada para el Lote 3 por la ASOCIACIÓN COL·LECTIU D'ARQUITECTES EL TINGLADO/ X. P. T./ M. L. y por M. V. H. y proponen su exclusión.

Las Condiciones Particulares del Contrato establecen, en el apartado L CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, subapartado CRITEIROS CUANTIFICABLES MEDIANTE FÓRMULA: "Se valorará el compromiso de la empresa de adoptar la siguiente acción de mejora en materia de igualdad de mujeres y hombres en la empresa. Por el compromiso de aplicar o desarrollar la siguiente acción se otorgarán 10 puntos:

- Por adscribir a la ejecución del contrato al menos una persona con una formación mínima acreditada de 150 horas en materia de igualdad entre mujeres y hombres ".

En el apartado I.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR LAS PERSONAS LICITADORAS, subapartado "2 – Sobre B", lo siguiente: "NOTA IMPORTANTE: Cualquier referencia a la oferta económica, así como a la inclusión de cualquier dato relativo al contenido del sobre C, es decir, los criterios cuantificables mediante fórmulas, podrá determinar automáticamente la exclusión de la licitadora."

La secretaria informa a los miembros de la mesa que, si bien los Tribunales Administrativos de Contratos Públicos consideran que la exclusión no es automática, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra (ACUERDO 24/2021, de 11 de marzo; ACUERDO 38/2022, de 28 de abril) dice: "Llegados a este punto, partiendo de que el postulado legal del artículo 97 LFCP es claro y tiene una finalidad concreta que es evitar la contaminación del juicio técnico de la entidad contratante, solo cuando quede acreditado que el órgano técnico evaluador 26 no ha alcanzado a conocer los elementos de la oferta evaluables de modo automático que se han anticipado con la parte de la proposición sujeta a juicio de valor, es posible desechar el efecto excluyente de la oferta. Acreditación que no cabe en aquellos supuestos en los que quienes valoran las ofertas con arreglo a unos y otros criterios son las mismas personas, pues precisamente por ello no es posible afirmar ni constatar que ese conocimiento anticipado no se haya producido; circunstancia que por sí sola es suficiente para entender quebrantadas las garantías de objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas, con vulneración del principio de igualdad y del secreto de las proposiciones."

En este caso, son los propios vocales técnicos los que se han percatado de dicha irregularidad, teniendo, por tanto, conocimiento previo de parte de la oferta económica de las dos licitadoras, por ello, procede su exclusión de conformidad con la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por entender quebrantadas las garantías de objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas, con vulneración del principio de igualdad y del secreto de las proposiciones.

Acuerda, por lo tanto, *Excluir a las licitadoras M. V. H. y ASOCIACIÓN COL·LECTIU D'ARQUITECTES EL TINGLADO/ X. P. T./ M. L., en participación*

conjunta, por incluir en el sobre B información sobre el criterio evaluable mediante formula: adscribir a la ejecución del contrato al menos una persona con una formación mínima acreditada de 150 horas en materia de igualdad entre mujeres y hombres, de conformidad con lo dispuesto en el apartado I.2 de las CPC.

Con fecha 1 de junio se notificó a dichos licitadores la exclusión de sus ofertas.

Con fecha 13 de junio la Mesa de Contratación formuló la propuesta de adjudicación de cada uno de los lotes, proponiéndose como adjudicataria del lote 3 a IKERSARE AST. ANÁLISIS SOCIOLÓGICOS Y TERRITORIALES, S.L.U.

TERCERO.- Con fecha 9 de junio, el COLECTIVO DE ARQUITECTAS EL TINGLADO interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de exclusión de su oferta formulada al lote 3, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Que en el sobre B de la oferta se incluía una referencia a los recursos humanos adscritos al Proyecto, incorporando datos del currículum de una persona que dedicaría 40 horas a los trabajos objeto del contrato: Formación en materia de igualdad entre hombres y mujeres 220h. Además, incluía el detalle de los cinco cursos realizados con el número de horas de cada curso.

2ª. Que la incorporación de esta documentación en el sobre B se produjo como consecuencia de lo dispuesto en el apartado *L Criterios de adjudicación 1 descripción de los criterios de adjudicación y en su caso, subcriterios, y su ponderación: CRITERIOS CUALITATIVOS (SOBRE B): Recursos humanos cuantificados que se destinarán a los trabajos: se valorará la experiencia y cualificación del equipo de trabajo que se destinará a la realización del trabajo (máximo 20 puntos). Para su valoración se incluirá una descripción de los perfiles profesionales indicando para cada uno:*

• *Años de experiencia relacionados con el valor/es horizontal/es específicos del lote en cuestión.*

• *Formación relacionada con el valor/es horizontal/es específicos del lote en cuestión: universitaria, máster, post-grado, etc.*

• *Funciones y responsabilidades dentro del equipo de trabajo.*

• *Horas de dedicación estimadas.*

3ª. Que lo confuso de esta redacción hace perfectamente plausible que éste sea el lugar donde debía incluirse la información solicitada (sobre B), sin que afectase a los criterios de valoración por fórmula establecidos en el apartado siguiente de la convocatoria. Señala que esta fue su interpretación y que en ningún caso pretendía quebrantar las garantías de objetividad e imparcialidad de la valoración de las ofertas ni vulnerar el principio de igualdad y el secreto de las proposiciones.

4ª. Que entienden ajustada a derecho la propuesta realizada por lo confuso de la redacción de ambas bases que pueden ser entendidas de manera contradictoria entre sí y porque de ese defecto de las bases no debe resultar un perjuicio irreparable para la parte ofertante, máxime cuando el criterio de valoración no depende exclusivamente de este aspecto, y, por lo tanto, en ningún caso se podría estimar el resultado final de la licitación por la aplicación de lo incorporado en el sobre B y que ha dado lugar a esta resolución de exclusión.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se estime que la aportación realizada en el sobre B no quebranta las garantías de objetividad e imparcialidad de valoración de las ofertas por la confusión que la redacción del pliego ha generado en el presente supuesto, y se dicte resolución estimando la presente reclamación.

Con fecha 10 de junio se requirió la subsanación de la reclamación presentada, cumplimentándose la misma en dicha fecha.

CUARTO.- Con fecha 9 de junio 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 15 de junio, 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 17 de junio el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que manifiesta lo siguiente:

1ª. Señala que la oferta de la reclamante, cuando detalla el curriculum de M. L. R., incluye en el apartado de formación un subapartado, resaltado en mayúsculas, sobre la concreta formación en materia de igualdad entre hombres y mujeres, detallando las horas de formación (220) y especificando los cursos y las horas correspondientes a cada uno de ellos.

2ª. Respecto a la alegación relativa a la confusión en la redacción del pliego que haría plausible que el sobre B fuera el lugar donde debía incluirse la información sobre la formación en materia de igualdad, alega que la redacción de las condiciones particulares del contrato es clara y no provoca error o confusión alguna en lo relativo a qué documentación debe ir en cada sobre.

Señala que las condiciones particulares del contrato establecen que para la valoración deberá incluirse en el sobre B la *Formación relacionada con el valor/es horizontal/es específicos del lote en cuestión: universitaria, máster, post-grado, etc*, es decir, una formación superior muy específica relativa al criterio horizontal del lote al que se licita.

Considera evidente la diferencia entre lo solicitado en cuanto a formación en el sobre B y la formación en materia de igualdad a valorar en el sobre C, que no requiere de interpretación alguna: en el primer caso se solicita una formación académica superior

referida exclusivamente al valor horizontal del lote y en el segundo caso una mera formación mínima en materia de igualdad de 150 horas, sin distinción de lotes o valores horizontales.

Alega que el hecho de que los demás licitadores no hayan incurrido en esta causa de exclusión prueba que el error no ha sido causado por la redacción del pliego.

Aduce también que cuando la redacción de una norma es clara e inequívoca, al ser el pliego ley entre las partes, no ha lugar a interpretación alguna sino a la pura y simple aplicación del precepto en su literal dicción.

3ª. Rechaza que la inclusión en el sobre B de documentación relativa a un criterio cuantificable mediante fórmula no afecte a los criterios valorables mediante juicio de valor, citando al respecto el Acuerdo 24/2021, de 11 de marzo, de este Tribunal.

Manifiesta que el apartado L de las condiciones particulares del contrato prevé que la información relativa a la formación mínima acreditada de 150 horas en materia de igualdad entre mujeres y hombres se incorpore en el sobre C, incluyendo el pliego, en coherencia con ello, un Anexo IV "Modelo de oferta cuantificable mediante fórmulas" a cumplimentar por los licitadores con el siguiente contenido:

B. OFERTA DE CRITERIOS SOCIALES
La licitadora se compromete a:

4. Adscribir a la ejecución del contrato al menos a una persona con una formación mínima acreditada de 150 horas en materia de igualdad entre mujeres y hombres (INDIQUE "SI" O "NO")

Señala que el pliego aprobado, publicado y aceptado tras la presentación de las proposiciones constituye ley entre las partes, por lo que la proposición del reclamante debió ajustarse al mismo y haber presentado en sobres independientes la documentación

correspondiente a la oferta cualitativa y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmula. Reitera que la regulación sobre este particular contenida en el pliego resulta suficientemente clara como para que un licitador normalmente diligente elaborara su proposición con observancia de los requisitos citados, resultando especialmente clarificador el modelo del Anexo IV antes citado.

Alega que el cumplimiento de esta exigencia constituye una carga de los licitadores que deben observar la oportuna diligencia en la elaboración y presentación de sus ofertas, rechazando que pueda justificarse el error cometido en la elaboración de su proposición por una hipotética confusión creada por el pliego.

4ª. Respecto a la relevancia del error cometido alega que este Tribunal ha establecido que la exclusión no es automática, sino que lo realmente relevante es que se haya producido una vulneración efectiva del secreto con el conocimiento anticipado del dato, debiendo imponerse en consecuencia un análisis caso por caso de tales efectos.

Cita el Acuerdo 38/2022, de 28 de abril, de este Tribunal, señalando que no cabe excluir la oferta cuando quede acreditado que el órgano técnico evaluador no ha alcanzado a conocer los elementos de la oferta evaluables de modo automático que se han anticipado, lo que no cabe en aquellos supuestos en que quienes valoran las ofertas formuladas en los sobres B y C son las mismas personas.

Sostiene que nos hallamos ante esta situación, ya que el informe técnico de valoración constata que durante el análisis de la documentación del sobre B se han encontrado referencias a un criterio evaluable automáticamente. De esta manera, el informe acreditaría no sólo la anticipación del dato correspondiente al sobre C, sino que los vocales técnicos encargados de la valoración de los criterios cualitativos han tenido acceso a tal información anticipadamente, lo que no es admisible.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se desestime la reclamación especial interpuesta.

QUINTO.- Con fecha 20 de junio se requirió al órgano de contratación que procediera a completar el expediente remitido, lo cual hizo en dicha fecha.

SEXTO.- El 20 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, 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 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.- La reclamación especial interpuesta hace referencia a un contrato financiado con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, por lo que aquella tiene carácter urgente y goza de preferencia en su tramitación, conforme a lo previsto en el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la

Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

SEXTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación la exclusión de la reclamante del procedimiento de licitación del contrato referido en los antecedentes, por haber incluido en el Sobre B de su proposición la información correspondiente a la formación en materia de igualdad entre mujeres y hombres cuando debía incorporarse en el Sobre C por tratarse de uno de los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas previstos en el pliego regulador, vulnerando con ello el deber de secreto de las proposiciones.

Debemos partir como hecho no controvertido de la inclusión indebida de dicha información en el Sobre B de la proposición, reconocido expresamente en el escrito de interposición de la reclamación, si bien se afirma que el error es debido a la confusa redacción del apartado L de las condiciones particulares del contrato y por tanto imputable al pliego. Motivo que no es aceptado por el órgano de contratación que rebate en su escrito de alegaciones tal como se ha expuesto en los antecedentes de hecho a los que nos remitimos para no ser reiterativos.

Expuesto el motivo de divergencia procede analizar las previsiones que contiene el Pliego Regulador al respecto, si bien primeramente debemos recordar que el mismo ha devenido consentido y firme en la medida en que no ha sido impugnado en tiempo y forma, en este sentido la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 1229/2019, de 4 de noviembre, indica lo siguiente: "*Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de lex contractus de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/2013, 17/2013 y 45/2013) en la que se afirma que «esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no*

hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía». Este criterio se mantiene en la resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace «inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra "los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación"». Por otro lado, tiene declarado este Tribunal que el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye «auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación». Como se señala en la Resolución 410/2014, de 23 de mayo «siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de recordar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012). En efecto, abundando en dicha afirmación hemos de traer a colación la resolución 253/2011 "a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo "pacta sunt servanda" con los

corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato". No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquellos coetáneos y posteriores al contrato. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas»."

Pues bien, como decíamos, procede seguidamente analizar si efectivamente la redacción del pliego ha sido o no determinante del error cometido en la presentación de la oferta, para en su caso analizar las diversas consecuencias que de ello se deriven.

El apartado L.1 A) de las condiciones particulares del contrato recoge los criterios cualitativos de adjudicación del sobre B, previendo entre ellos el siguiente:

"Recursos humanos cuantificados que se destinarán a los trabajos: se valorará la experiencia y cualificación del equipo de trabajo que se destinará a la realización del trabajo (máximo 20 puntos). Para su valoración se incluirá una descripción de los perfiles profesionales indicando para cada uno:

Años de experiencia relacionados con el valor/es horizontal/es específicos del lote en cuestión.

Formación relacionada con el valor/es horizontal/es específicos del lote en cuestión: universitaria, máster, post-grado, etc.

Funciones y responsabilidades dentro del equipo de trabajo.

Horas de dedicación estimadas."

Por otra parte, el apartado L.1 B) recoge los criterios cuantificables mediante fórmula, conteniendo además de la oferta económica el siguiente criterio social:

"B. Criterios sociales (máximo 10 puntos). Se valorará el compromiso de la empresa de adoptar la siguiente acción de mejora en materia de igualdad de mujeres y hombres en la empresa. Por el compromiso de aplicar o desarrollar la siguiente acción se otorgarán 10 puntos:

- Por adscribir a la ejecución del contrato al menos una persona con una formación mínima acreditada de 150 horas en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

Para acreditar dichos compromisos, con la documentación que se solicite para la adjudicación del contrato, la adjudicataria deberá aportar:

- Documento que acredite la formación en materia de igualdad entre hombres y mujeres, detallando nominalmente la persona y su adscripción al contrato."

Asimismo, se indica, en el apartado I. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR LAS PERSONAS LICITADORAS, punto 2- Sobre B, la siguiente advertencia:

"NOTA IMPORTANTE: Cualquier referencia a la oferta económica, así como a la inclusión de cualquier dato relativo al contenido del sobre C, es decir, los criterios cuantificables mediante fórmulas, podrá determinar automáticamente la exclusión de la licitadora."

Finalmente, el apartado I de las condiciones particulares señala que la oferta del sobre C debe hacerse conforme al Anexo IV "Modelo oferta cuantificable con fórmulas", anexo que establece en lo que ahora interesa lo siguiente:

"4. Adscribir a la ejecución del contrato al menos una persona con una formación mínima acreditada de 150 horas en materia de igualdad entre mujeres y hombres (INDIQUE "SI" O "NO")."

Transcrito lo dispuesto en el pliego no se aprecia por este Tribunal oscuridad o falta de claridad alguna en dichas cláusulas ni en la concreta redacción del apartado L de las condiciones particulares del contrato. Así, aunque, tanto en el criterio cualitativo como en el criterio cuantitativo mediante fórmula, se valora la formación del personal, resulta patente que en el criterio subjetivo contenido en el sobre B se requiere que se incluya la formación en el valor horizontal del lote al que se presenta oferta, en este caso al tratarse del lote 3 se refiere a la accesibilidad universal (*Formación relacionada con el valor/es horizontal/es específicos del lote en cuestión: universitaria, máster, post-grado, etc*,) mientras que en el criterio objetivo del sobre C se refiere expresamente a la formación en materia de igualdad de la persona que se adscribe a la ejecución del contrato (*persona con una formación mínima acreditada de 150 horas en materia de igualdad entre mujeres y hombres*.).

A mayor abundamiento, se insiste y recuerda en el pliego las consecuencias de incluir información relativa al sobre C en el sobre B, señalando de manera concluyente que *Cualquier referencia a la oferta económica, así como a la inclusión de cualquier dato relativo al contenido del sobre C, es decir, los criterios cuantificables mediante fórmulas, podrá determinar automáticamente la exclusión de la licitadora.*

De igual modo, como hemos constatado con anterioridad el pliego ha devenido firme al no haberse impugnado en tiempo y forma sin que tampoco se solicitara aclaración alguna en fase de licitación por quien ahora impugna.

Por tanto, no cabe apreciar la alegada oscuridad de la redacción del condicionado, ni tampoco puede atribuirse el error cometido al incluir indebidamente la información en los respectivos sobres, a su confusa redacción, debiendo soportar en consecuencia el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.

SÉPTIMO. – Procede seguidamente analizar las consecuencias derivadas de la indebida inclusión de información en el sobre referido a los criterios cualitativos. Al respecto alega el reclamante que el resultado del sobre C no depende exclusivamente del criterio de adjudicación afectado, por lo que no procedería la exclusión, mientras que el órgano de contratación considera contrariamente que la exclusión resulta procedente con base en el art. 97 LFCP y en nuestro criterio sostenido entre otros en el Acuerdo 38/2022, de 28 de abril.

Pues bien, constatado que dicha información debió incluirse en el sobre *de fórmulas*, el debate que ahora se plantea es sobre la consecuencia que debe derivarse de ello. Debemos recordar en este sentido lo dispuesto en el art. 53 LFCP, respecto a las proposiciones de los licitadores, donde se indica lo siguiente:

"*1. 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."

Asimismo, el art. 97 LFCP indica:

"En los procedimientos en los que haya un trámite de selección de personas licitadoras, el mismo se llevará a cabo con carácter previo a cualquier otra actuación, con arreglo a los criterios establecidos en los pliegos. A estos efectos, la documentación relativa a la fase de selección deberá presentarse de forma separada de la proposición. Esta sucesión deberá quedar acreditada en la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra.

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.

Si la Mesa de Contratación o, en su caso, la unidad gestora considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez."

Realizada la anterior precisión, y centrando ya el debate planteado, obligado es poner de manifiesto que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 523/2022, de 4 de mayo, toda infracción administrativa debe sufrir las consecuencias previstas en la ley – en nuestro caso en el pliego, como lex contractus -, pero estas consecuencias deben aplicarse, sin duda alguna, mediando el principio de proporcionalidad allí donde la regulación y las circunstancias del caso lo permitan. Principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando señala que la exigencia de requisitos por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad debe acomodarse a dicho principio, lo que debe predicarse no solo de la previsión normativa de tales requisitos sino también en su aplicación; y que el artículo 2.1 LFCP recoge entre los principios

rectores en materia de contratación pública. Resolución judicial relativa a la exclusión derivada del incumplimiento del deber de confidencialidad de las proposiciones, y que apunta que 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; lo que exige un análisis y ponderación caso por caso.

Efectivamente, señala el Tribunal Supremo en la citada Sentencia que *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."

Doctrina jurisprudencial en la línea de lo ya manifestado por este Tribunal en el sentido de que no cabe la exclusión automática por esta causa, por todos, nuestro

Acuerdo 38/2022, de 28 de abril, al que alude el órgano de contratación en sus alegaciones, en el que indicamos respecto a la exclusión por la inclusión indebida de documentación lo que sigue: "*Sobre este particular, hemos declarado en reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre – que el principio de secreto de las proposiciones pretende garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se realiza mediante la aplicación de fórmulas – o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas. También hemos señalado que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en un sobre distinto no es un criterio absoluto, ya que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, sino solo en aquellos casos en los que se ha producido una indefensión real y no meramente formal; resultando que los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Ello es así, como expresa la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, por cuanto lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores".*

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

En similar sentido cabe recordar lo dispuesto en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 1229/2019, de 4 de noviembre, citada con anterioridad: "*Sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal, citando a tal efecto la Resolución n 771/2016 de este Tribunal: "Pues bien, este Tribunal ha abordado en diversas ocasiones la problemática objeto de este recurso. Así, en la Resolución 417/2016, de 15 de julio, ha afirmado que "Sexto. A.- Como es sabido, este Tribunal ha venido declarando que la inclusión de información sobre la oferta económica o sobre los criterios de adjudicación evaluables de manera automática o mediante fórmulas en los sobres destinados a recoger la documentación administrativa o los criterios dependientes de un juicio de valor puede constituir causa de exclusión del licitador que así actúa (cfr.: Resoluciones 67/2012, 62/2013, 688/2014, 890/2014, 661/2015 y 8/2016 entre otras). Ello es así porque, con tal proceder, se infringe el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública (cfr.: artículos 145.2 y 160 TRLCSP) y hace imposible la aplicación de la regla fundamental en nuestro Ordenamiento (cfr.: artículos 150.2 TRLCSP y 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; Resolución 110/2014) que impone que la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor se haga antes que la de los objetivos, a fin de salvaguardar la imparcialidad de aquella tarea. Precisamente por ser ésta la razón de ser de tan drástica medida, ésta no puede acordarse de manera automática, prescindiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 –Rj SAN 5035/2012-)-, y, así, hemos venido negando su pertinencia en los casos en los que no se haya comprometido la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos por ser la información suministrada a destiempo intrascendente (cfr.: Resolución 89/2015), además de en los supuestos –obvios- en los que los interesados se han limitado a cumplir lo exigido en los Pliegos (cfr.: Resolución1108/2015) o éstos, por su ambigüedad, han propiciado la indebida revelación de la oferta (cfr.: Resolución 254/2012)".*

Esta doctrina es acogida por 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. La conclusión definitiva es que, aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores."

Finalmente, cabe recoger lo dispuesto en la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía nº 315/2022, de 10 de junio, donde se señala lo que sigue: "*Segunda. Sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de valor, tiene este Tribunal una doctrina muy consolidada. […]*

Así las cosas, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación, en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que

se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de alguna licitadora, pueden implicar desigualdad en el trato de las mismas.

Así pues, 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 consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

[…]

En definitiva, en el presente caso, la mera inclusión en el sobre 2 de información que revele la puntuación a obtener en la valoración de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, a incluir en el sobre 3, en esta licitación dos o tres puntos en función de la frecuencia que se oferte, vulnera el carácter secreto de la oferta, y las garantías de imparcialidad y objetividad en la valoración de las ofertas que preservan los preceptos legales y reglamentarios antes invocados, teniendo en cuenta que la apertura del sobre 3 ha de tener lugar tras conocer la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor, y en acto público, en el que se hacen efectivos, entre otros, los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, igualdad de trato de las licitadoras e integridad, a los que ha de ajustarse la contratación del sector público." De todo ello resulta que, en aplicación de la doctrina referida, lo determinante para considerar procedente o no la exclusión acordada por el órgano de contratación es verificar si efectivamente la inclusión de la documentación referente a la formación en igualdad de mujeres y hombres en el sobre B ha supuesto una vulneración del secreto de la proposición, afectando a la imparcialidad y objetividad de los miembros de la mesa de contratación que deben realizar la valoración.

Dicho lo cual debemos señalar que tal y como consta en el expediente, queda acreditado en el acta de 30 de mayo del presente año, el conocimiento anticipado por los

vocales técnicos de la mesa de contratación del criterio social cuestionado, siendo ellos los que se percatan de la irregularidad *"teniendo, por tanto, conocimiento previo de parte de la oferta económica de las dos licitadoras".* De igual modo se ha de tener en cuenta la relevancia de la puntuación otorgada a dicho criterio, en concreto se le otorgan 10 puntos del sobre C de un total de 50 puntos, lo que pone de manifiesto la transcendencia de su conocimiento anticipado sobre la valoración final.

Resultando por tanto acreditado que tal proceder en la actuación de la reclamante vulnera el carácter secreto de la oferta, así como las garantías de imparcialidad, objetividad e igualdad entre los licitadores, al verse comprometida la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos, tal y como indica la doctrina citada, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación al separarlos en dos sobres no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores. Razones todas ellas que ponen de relieve que la decisión adoptada resulta proporcionada a la infracción cometida por lo que nos lleva igualmente a desestimar este motivo de impugnación.

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 el COLECTIVO DE ARQUITECTAS EL TINGLADO frente al acuerdo de exclusión de su oferta formulada al lote 3 del *Contrato de Asistencia técnica para el diseño y elaboración de los criterios horizontales de gestión de la Agenda Urbana de Pamplona-Estrategia 2030 en el marco del PRTR financiado por la Unión Europea_NextGenerationEU*, licitado por el Ayuntamiento de Pamplona.

2º. Notificar este acuerdo al COLECTIVO DE ARQUITECTAS EL TINGLADO, al Ayuntamiento de Pamplona, 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, 22 de julio de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, María Natividad Goñi Urriza.