



Expediente: 61/2021

ACUERDO 84/2021, de 23 agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J. F. B. N. frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación del “*Contrato de redacción de los proyectos y en su caso dirección de las obras del derribo y de la ejecución de NUEVO EDIFICIO DESCALZOS 55/57/57BIS/59/61 DE PAMPLONA*”, licitado por Pamplona Centro Histórico, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de abril de 2021, Pamplona Centro Histórico, S.A. publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del “*Contrato de redacción de los proyectos y en su caso dirección de las obras del derribo y de la ejecución de NUEVO EDIFICIO DESCALZOS 55/57/57BIS/59/61 DE PAMPLONA*”.

El plazo de presentación de ofertas era el comprendido entre el 10 de abril a las 00:01 horas y el 14 de mayo de 2021 a las 23:59 horas.

A dicho contrato concurrió, entre otros licitadores, don J. F. B. N..

SEGUNDO.- Con fecha 20 de mayo de 2021, la Mesa de Contratación adoptó el siguiente acuerdo:

“Se comprueba en la apertura del sobre A que J. F. B. N. aporta número de DNI y declaración responsable del licitador conforme al modelo del Anexo II A. No obstante, en el apartado Documentos - “Documentos de las empresas licitadoras” de PLENA se comprueba que la licitadora el 15 de mayo de 2021 (día siguiente a la finalización del plazo de presentación de ofertas) ha adjuntado documentación cuya nomenclatura coincide con los criterios cualitativos del sobre B (A. CALIDAD DE LA

PROPUESTA ARQUITECTÓNICA firmado.pdf, B. PROGRAMA Y CALIDAD ESPACIAL firmado.pdf, C. CALIDAD CONSTRUCTIVA firmado.pdf, D. METODOLOGÍA EN FASE DE PROYECTO firmado.pdf, E. METODOLOGÍA EN FASE DE DIRECCIÓN DE OBRAS firmado.pdf y F. METODOLOGÍA EN FASE DE PERIODO DE GARANTÍA firmado.pdf), y los criterios automáticos del sobre C (ANEXO IV CRITERIO SOCIAL firmado.pdf, ANEXO IV OFERTA ECONOMICA firmado.pdf y ANEXO IV REDUCCIÓN DE PLAZO firmado.pdf). Ante la duda (pudiera darse el caso de que a pesar de que el título coincidiera, el documento estuviera en blanco o contuviera otra información), la Mesa procede a descargar los documentos para comprobar su contenido, y se observa que efectivamente en todos los documentos adjuntos su contenido hace referencia a cada uno de los criterios cualitativos del sobre B y criterios cuantitativos del sobre C, coincidente con el nombre del documento. Se adjunta parte de la “interface” de PLENA, en la que se aprecian cada uno de los criterios del sobre B y C, con su documento adjunto, accesibles y descargables desde el 15 de mayo de 2021.

No obstante, la Mesa conocedora de que la exclusión no se configura como una consecuencia automática, procede a realizar una análisis finalista y sistemático de la circunstancia dada.

Según el artículo 53 LFCP “las proposiciones deben ser secretas hasta el momento de la apertura” y el artículo 97 indica 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”. La pretensión de estos artículos es garantizar que en la valoración por los técnicos de los criterios sometidos a juicio de valor (sobre B), no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a la oferta se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente (sobre C), buscando así que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas de objetividad.

Pues bien, en este caso el secreto de la proposición se ha roto desde el inicio, puesto que un error del licitador a la hora de subir y configurar su oferta a PLENA, ha hecho que la Mesa, incluidos los técnicos que van a proceder a la valoración, han tenido acceso a documentación (todo el sobre B y todo el sobre C) que en esta fase

(apertura del sobre A) todavía tenía que ser secreta; el sobre B tiene que ser secreto hasta la celebración de la Mesa de apertura del sobre B, y el sobre C tiene que ser secreto hasta la celebración de la Mesa de apertura del sobre C. En una situación normal, los licitadores deben adjuntar la documentación que corresponda a cada sobre A, B y C; y la Mesa no tiene acceso a la misma, hasta la celebración de cada Mesa en la secuencia legal que corresponde: Mesa de apertura del sobre B, tras haber abierto sobre A; Mesa de apertura del sobre C, tras haber abierto el sobre B. Sin embargo, el licitador J. F. B. N. ha roto el secreto de su propuesta, al adjuntar erróneamente el 15 de mayo de 2021 toda la documentación del sobre B y C, a un apartado de PLENA en el que es directamente descargable y accesible, y a la que la Mesa ha tenido acceso y constancia del error cometido en su primera reunión con la apertura del sobre A.

Así pues, que la oferta de J. F. B. N. continuara en el proceso de contratación, supondría conculcar los principios de igualdad de trato, secreto y objetividad en la valoración de las ofertas, puesto que los técnicos miembros de la Mesa han tenido acceso a toda la documentación relativa a los criterios del sobre B y C, y este conocimiento anticipado de todos los criterios automáticos del sobre C, tiene influencia directa en la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor del sobre B. Por todo lo indicado anteriormente, la Mesa acuerda la exclusión del proceso de contratación de la licitadora J. F. B. N.”.

La notificación de su exclusión a don J. F. B. N. se produjo el 8 de junio.

TERCERO.- Con fecha 9 de junio, don J. F. B. N. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión, alegando lo siguiente:

Que, efectivamente, como se indica en el acuerdo de exclusión, el 15 de mayo, en aplicación del punto 9 del “Pliego Tipo de Servicios Abierto”, y con el fin de subsanar una serie de errores detectado en la documentación enviada a PLENA, entre los que se observa que la documentación aportada no se había firmado digitalmente, se subieron, en un plazo inferior a las 24 horas de plazo extendido (“*En el momento en que la empresa licitadora cierre su oferta, se generará una huella – resumen criptográfico – del contenido de la misma. En el caso de que se produjeran errores al presentar la oferta en la Plataforma de Licitación (PLENA) y si se hubiera remitido la huella –*

resumen criptográfico – por correo electrónico a la dirección de contacto establecida en el Portal de Contratación, dentro del plazo de presentación de ofertas, se dispondrá de un plazo extendido de 24 horas para la recepción de la oferta completa a través de PLENA y poder considerar completada la presentación”), al lugar específicamente habilitado a este efecto en PLENA, los documentos con los errores de contenido subsanados y firmados digitalmente, respetando escrupulosamente la nomenclatura de cada uno de ellos para que la Mesa de Contratación no tuviese duda alguna en la identificación de cada uno de ellos y su pertenencia a los sobres A, B o C.

Que este extremo se puede comprobar en el escrito de la secretaria de la Mesa de Contratación en el que se indica pormenorizadamente el listado de documentos aportados el 15 de mayo, pero argumenta que: *“ante la duda (pudiera darse el caso de que a pesar de que el título coincidiera, el documento estuviera en blanco o contuviera otra información), la Mesa procede a descargar los documentos para comprobar su contenido, y se observa que efectivamente en todos los documentos adjuntos su contenido hace referencia a cada uno de los criterios cualitativos del sobre B y criterios cuantitativos del sobre C, coincidente con el nombre del documento”*.

Que, de estas afirmaciones de la secretaria de la Mesa de Contratación, se puede concluir que quien ha obrado incorrectamente, si no irresponsablemente, revelando documentos pertenecientes a los sobres B y C en la fase de apertura del sobre A, ha sido la propia Mesa de Contratación, ya que, como aquella reconoce, los documentos eran totalmente independientes entre sí y su título describía fielmente su contenido y, por tanto, el sobre al que pertenecía cada uno de ellos, debiendo haber dejado para cada una de las aperturas la descarga y comprobación del contenido de los documentos aportados en el plazo extendido y en el lugar de PLENA habilitado a tal efecto, en lugar de proceder a su *“descarga para comprobación del contenido”* extemporáneamente a cada una de las fases.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la anulación de su exclusión por cuanto los motivos alegados para la misma han sido provocados por la actuación de la Mesa de Contratación, así como la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

CUARTO.- Con fecha 9 de junio este Tribunal notificó al reclamante y al órgano de contratación un oficio en el que se señala, respecto a la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación como medida cautelar, que la misma opera automáticamente conforme a lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, sin que proceda resolver expresamente sobre la misma.

QUINTO.- 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 14 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 18 de junio el órgano de contratación aportó, dentro del plazo concedido, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

1ª. Que es con la presente reclamación especial cuando el órgano de contratación ha tenido conocimiento de que el licitador empleó la vía del punto 9 del pliego para tratar de subsanar *“errores detectados en la documentación enviada a PLENA”*.

Manifiesta que el punto 9 del pliego señala que *“En el caso de que se produjeran errores al presentar la oferta en la Plataforma de Licitación (PLENA), y si se hubiera remitido la huella –resumen criptográfico- por correo electrónico a la dirección de contacto establecida en el Portal de Contratación, dentro del plazo de presentación de ofertas, se dispondrá de un plazo extendido de 24 horas para la recepción de la oferta completa a través de PLENA y poder considerar completada la presentación”*. Es decir, hace referencia a incidencias técnicas en la presentación de la oferta en PLENA, a la imposibilidad de presentar la oferta por un incorrecto funcionamiento del programa, por

lo que se establece una vía para presentar en las 24 horas siguientes a la finalización del plazo la documentación que, por un error en el programa, no se haya podido presentar, de modo que no es una vía para que el licitador subsane los errores que haya podido detectar en la documentación tras su correcta presentación.

Señala que no tiene constancia de que hubiera ningún error técnico en PLENA, ni lo alega el reclamante, además de que el mismo presentó correctamente su oferta el día 14 de mayo a las 12:44:13 horas.

Alega que el problema radica en que, tras esta correcta presentación, el reclamante interpretó erróneamente el punto 9 del pliego y procedió a presentar de nuevo la documentación de los sobres B y C para subsanar aspectos formales y de contenido, cuando lo que debiera haber hecho era esperar a que la Mesa procediera a la apertura del sobre A y le requiriera la subsanación de aquellos aspectos que fueran subsanables.

Por ello, considera que admitir la documentación presentada con posterioridad a la oferta del día 14 de mayo sería contrario a la legalidad, ya que el reclamante reconoce que en dichos documentos ha subsanado errores de contenido, lo que supondría que la documentación presentada modifica los términos de la oferta inicial, o que ha presentado una segunda proposición.

Considera que, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009 y a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra nº 442/2018, de 21 de diciembre, el pliego regulador conforma la ley del contrato y vincula en sus propios términos tanto a los licitadores como al órgano de contratación, por lo que la errónea actuación llevada a cabo por el reclamante es de su exclusiva responsabilidad, insistiendo en que supone una modificación de su oferta inicial o la presentación de una segunda proposición, por lo que su admisión contravendría los principios de transparencia e igualdad de trato.

2ª. Respecto a la ruptura del secreto de la oferta del reclamante, señala en primer lugar que el reclamante, a pesar de pretender utilizar la vía del punto 9 del pliego, no remitió por correo electrónico a la dirección de contacto del órgano de contratación la

huella o resumen criptográfico de la oferta, tal y como exige el pliego, motivo por el que la Mesa no tuvo conocimiento de que el reclamante había utilizado dicha vía y entendió que por error había vuelto a adjuntar documentación cuya nomenclatura coincidía con los documentos del sobre B y C en el apartado “Documentos de las empresas licitadoras” de PLENA, apartado en el que cualquier miembro de la Mesa puede acceder a su contenido y descargarlo. Es decir, dicho apartado no posee las características técnicas que garantizan que no pueda abrirse hasta el momento procedimental oportuno, a diferencia de lo que ocurre con los sobres, en los que el programa exige la previa configuración de la fecha de celebración de la Mesa y la identificación previa con certificado digital del secretario de la Mesa.

Así, el reclamante presentó la documentación de los sobres B y C corregida en un apartado de acceso y descarga directa que no dispone de los mencionados protocolos de seguridad.

Reitera que la admisión de la oferta del reclamante supondría una vulneración de los principios de igualdad de trato, objetividad e intangibilidad de las ofertas y secreto de las proposiciones. Señala que el artículo 53 de la LFCP establece que las proposiciones deben ser secretas hasta el momento de la apertura, y el artículo 95.3 de la LFCP que *“En la plataforma de licitación electrónica de Navarra se presentará toda la documentación correspondiente a las licitaciones en curso con garantía de confidencialidad hasta el momento de su apertura [...]”*. Asimismo, indica que el punto 9 del pliego señala que *“Las empresas licitadoras deberán tomar las medidas oportunas para garantizar el secreto de las proposiciones, para que de ningún modo pueda conocerse el contenido de los sobres antes de acceder a los mismos, produciéndose, en caso contrario, la exclusión automática de la licitación”*.

Alega que la Mesa de Contratación, al proceder a la apertura del sobre A, comprobó que la documentación del reclamante era correcta, pero que en el apartado “Documentos de las empresas licitadoras” el licitador había aportado documentación cuyo nombre coincidía con la de los sobres B y C, por lo que considera que en dicho momento el secreto de la proposición ya se había roto. No obstante, indica que en su función calificadora la Mesa procedió a descargar los documentos para comprobar su contenido a fin de asegurarse que se trataba de la documentación de los sobres B y C, en

lugar de excluirle directamente sin comprobarlo, por si acaso fueran documentos en blanco.

Señala que, independientemente de esta actuación, no hay garantías de preservación del secreto de la oferta, ya que además de la secretaria de la Mesa de Contratación, hay otro vocal técnico usuario de PLENA que tiene acceso a dicha documentación, por lo que no se cumple la garantía necesaria del secreto de la oferta.

Por todo ello, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

SEXTO.- El 22 de junio se dio traslado de la reclamación a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pamplona Centro Histórico, S.A. es una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 4.1.e) de la LFCP, siendo recurribles los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores, conforme al artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo y legítimo, conforme al artículo 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 los motivos legalmente tasados, 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, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación la decisión adoptada, con fecha 20 de mayo de 2021, por la mesa de contratación designada en el procedimiento de adjudicación del “*Contrato de redacción de los proyectos y en su caso dirección de las obras del derribo y de la ejecución de NUEVO EDIFICIO DESCALZOS 55/57/57BIS/59/61 DE PAMPLONA*”, en cuya virtud tiene lugar la exclusión de la reclamante por haber adjuntado, en apartado accesible en cualquier momento y por cualquier persona integrante de la mesa, documentación coincidente con los criterios cualitativos del sobre B y del C, que deben permanecer secretos hasta el momento de la apertura correspondiente a dichos sobres.

El recurrente sostiene su pretensión de anulación de la exclusión en que los motivos que la sustentan han sido causados por la mesa, al abrirse en ésta indebidamente los documentos cuya pertenencia a cada uno de los sobres (A, B y C), estaba perfectamente indicada, y en que la documentación fue aportada conforme al punto 9 del Pliego, con el fin de subsanar errores detectados en la oferta presentada, en el lugar habilitado a este efecto en PLENA.

A esta pretensión se opone el órgano de contratación manifestando que el reclamante interpretó erróneamente el punto 9 del pliego y procedió a presentar de nuevo y de manera abierta y accesible, la documentación de los sobres B y C; que la admisión de esta documentación con posterioridad a la de la oferta, no era posible porque ello supondría una modificación de la oferta inicial o una nueva oferta; que esta presentación de documentación de modo accesible y sin aviso alguno al órgano de contratación vulnera de inicio el secreto de las proposiciones y que, en todo caso, tampoco se remitió al correo electrónico de la entidad contratante la huella digital prevista en el Pliego para el caso de la utilización de la vía prevista en el punto 9, que hubiera dado al órgano conocimiento de esta actuación. Por último, manifiesta que la mesa obró adecuadamente al descargar la documentación para comprobar si efectivamente se había vulnerado el secreto de las proposiciones o si por el contrario los documentos pudieran no contener la información que debía figurar en los sobres correspondientes, así como que, al margen de ello, el hecho de que un técnico de la mesa tuviera acceso a la documentación junto con la secretaria eliminaba de inicio cualquier garantía de preservación del secreto de la oferta.

No se discute, por tanto, la concurrencia de la vulneración del secreto de las proposiciones.

Respecto de esta cuestión la LFCP, en su artículo 53 LFCP, establece que “1. *Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna.*
2. *Las proposiciones serán secretas hasta el momento de su apertura, sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.*”

Por su parte, el artículo 97 del mismo texto legal, en relación con el orden de apertura y valoración de las ofertas, determina 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.*

La evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas 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.

Si el órgano de contratación 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.

Efectuada esta valoración, o examinada la admisión de las ofertas, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra, con al menos tres días de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmula. Esta parte de la oferta debe permanecer secreta hasta el momento señalado en el Portal de Contratación. Una vez realizada la apertura de la documentación, se hará pública la puntuación obtenida por cada persona licitadora en la valoración de criterios no cuantificables mediante fórmulas, así como la oferta presentada en los criterios cuantificables mediante fórmulas.”

SEXTO.- Expuestas las posiciones de las partes, y la regulación contenida en la LFCP, respecto del mantenimiento de la confidencialidad de las ofertas hasta el

momento de su apertura, procede analizar en primer lugar la alegación relativa a la actuación del reclamante, consistente en proceder a subsanar *”motu proprio”*, los errores detectados en la oferta enviada a PLENA, utilizando para ello el procedimiento previsto en el apartado 9 del Pliego.

En defensa de su actuación, el reclamante transcribe el párrafo del apartado 9, que conforme a lo alegado ha guiado su actuación, apoyando en el mismo la defensa de la corrección de dicha actuación:

“En el momento en que la empresa licitadora cierre su oferta, se generará una huella -resumen criptográfico- del contenido de la misma. En el caso de que se produjeran errores al presentar la oferta en la Plataforma de Licitación (PLENA), y si se hubiera remitido la huella –resumen criptográfico- por correo electrónico a la dirección de contacto establecida en el Portal de Contratación, dentro del plazo de presentación de ofertas, se dispondrá de un plazo extendido de 24 horas para la recepción de la oferta completa a través de PLENA y poder considerar completada la presentación.”

Ya de la lectura parcial de dicho apartado 9 que el reclamante realiza, se desprende con claridad que los únicos errores a los que se refiere son los que podrían darse por motivos técnicos de funcionamiento de la plataforma PLENA que impedirían la constancia de la presentación en plazo de la correspondiente oferta, así como que el apartado señala el modo de solventar el problema, mediante el envío de la huella – resumen criptográfico- por correo electrónico a la dirección de contacto establecida en el Portal de Contratación, dentro del plazo de presentación de ofertas.

Pero es que además, ninguna duda puede caber al respecto, al realizar la lectura íntegra de dicho apartado, pues los siguientes párrafos vienen a incidir y completar las indicaciones realizadas en el mismo, al expresar que: *“Si en el acto de apertura del sobre A se detecta una oferta presentada fuera de plazo para la que se haya recibido la huella, la presentación quedará validada si la huella coincide y la recepción se produjo dentro del plazo ampliado de 24 horas, teniéndose la oferta por válida y procediéndose a la apertura del sobre. En caso contrario, la empresa será excluida de la licitación y no se abrirán los sobres de su oferta.*

Si la oferta hubiera sido presentada fuera de plazo y la empresa licitadora adujera la existencia de problemas técnicos en la presentación por medio de PLENA, se verificará si en el momento de presentación de la oferta existieron los problemas de índole técnica alegados. La oferta será admitida solo en el caso de haberse producido una incidencia técnica en el normal funcionamiento de la Plataforma. El desconocimiento del licitador o problemas técnicos ajenos a PLENA no justificarán la extemporaneidad en la presentación de la oferta y determinarán la exclusión del procedimiento de licitación”.

Por ello, debe darse la razón a la entidad contratante cuando afirma que el reclamante ha interpretado erróneamente el citado apartado del Pliego.

No obstante, debe señalarse que el error en la actuación del reclamante es de mayor alcance que el señalado por la entidad contratante, pues el propio apartado 9 del Pliego insiste en la confidencialidad de las ofertas al expresar, al final del apartado “Modo de presentación” que, *“Las empresas licitadoras deberán tomar las medidas oportunas para garantizar el secreto de las proposiciones, para que de ningún modo pueda conocerse el contenido de los sobres antes de acceder a los mismos, produciéndose, en caso contrario, la exclusión automática de la licitación. De esta forma, cualquier referencia en los sobres nº 1 y nº 2 a la oferta económica o los criterios cuantificables mediante fórmulas, determinará la inadmisión de la proposición y la exclusión del procedimiento de licitación*

A todo ello hay que añadir que es en el apartado 12 del mismo Pliego, omitido por el reclamante, donde se regula el procedimiento de subsanación. De este apartado resulta, sin lugar a dudas, que el momento en que procede realizar la subsanación es, tras el requerimiento a tal efecto realizado por la mesa de contratación, una vez realizada la apertura del sobre A.

“12. APERTURA DE PROPOSICIONES Y PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN.

1.- Apertura del sobre/archivo A y admisión de personas licitadoras. *En acto interno, la Mesa de Contratación o el personal técnico y/o jurídico que conste en el apartado K de las Condiciones Particulares del Contrato procederá a la apertura y análisis de los sobres A, y comprobará que se ha presentado firmada y completa la declaración responsable conforme al modelo (Anexo II.A) que se adjunta al presente pliego o, en su*

caso, se ha suscrito el Documento Único Europeo (Anexo II.B). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Ley Foral de Contratos Públicos, si la documentación aportada fuera incompleta u ofreciese alguna duda, la Mesa o, en su caso, el personal técnico y/o jurídico nombrado en el apartado K, a través del módulo de notificaciones de la Plataforma de Licitación, requerirá a quien haya presentado la oferta para que la complete o subsane en un plazo mínimo de cinco días naturales a contar desde la fecha de notificación del requerimiento. En ningún caso la documentación aportada en este trámite podrá modificar los términos de la oferta”.

Como este Tribunal viene señalando, los pliegos, una vez firmes y consentidos, como es el caso, constituyen la Ley del contrato, obligando por igual a los licitadores y a la entidad contratante, razón por la que no cabe, conforme a la diligencia que le es exigible, la exoneración de responsabilidad que sobre la vulneración del secreto de las proposiciones realiza el reclamante, pues su actuación infringe, al incorporar de modo accesible documentación que solo puede ser aportada en forma confidencial, el deber que le incumbe de garantía del secreto de las proposiciones contenido en el propio apartado 9 del Pliego regulador del contrato que establece con meridiana claridad que éste deber se establece, *“para que de ningún modo pueda conocerse el contenido de los sobres antes de acceder a los mismos, produciéndose, en caso contrario, la exclusión automática de la licitación.”*

Por tanto, no cabe admitir que el reclamante ha obrado en cumplimiento del Pliego regulador como alega, siendo claro que con su actuación vulnera el mismo, por lo que el motivo debe desestimarse.

SÉPTIMO.- Alega también el reclamante que es la Mesa quien actuó incorrectamente al revelar los documentos pertenecientes a los sobres B y C en la fase de apertura del sobre A, ya que los documentos eran independientes entre sí, y estaban identificados y depositados en el lugar de PLENA habilitado a tal efecto.

De esta manera el reclamante reincide en la argumentación traslativa de su responsabilidad, sin que pueda sostenerse tal argumentación conforme a lo señalado en el fundamento anterior, pues es claro en el Pliego que la carga de presentar la oferta en condiciones de garantía de confidencialidad corresponde al licitador, así como que la

subsanación procede a instancia de la Mesa, en el momento procedimental establecido en el apartado 12 del Pliego.

Tampoco cabe admitir la afirmación de que la documentación ha sido depositada en lugar habilitado para ello en PLENA, ya que, si bien es cierto que tal lugar “Documentación de los licitadores” es apto para la recepción de documentación de subsanación, sin embargo, no habiéndose abierto tal trámite por la Mesa, la documentación aportada en dicho apartado de PLENA no puede considerarse como tal, debiendo atenderse a su contenido que no es otro que el correspondiente a la oferta, infringiendo, como se ha señalado, el Pliego y la LFCP.

Siendo ello claro, entendemos que no compete a la Mesa asumir la responsabilidad por el error cometido por el reclamante, como así pretende, por lo que ningún reproche merece la actuación de ésta al respecto, sino más bien al contrario, pues es evidente que desde el momento en que la documentación es depositada de modo accesible, habiendo más de un miembro con acceso a la aplicación PLENA, la confidencialidad de la oferta carece de la obligada garantía de confidencialidad, pudiendo haberse desvelado, incluso accidentalmente y con anterioridad al acto de apertura del sobre A, por lo que este motivo debe ser igualmente desestimado.

OCTAVO.- En este punto, debemos traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la cuestión planteada, pues la resolución de la reclamación interpuesta demanda su aplicación al caso concreto que nos ocupa.

Al respecto, como hemos manifestado en el reciente Acuerdo 80/2021 de 17 de agosto, con cita del 105/2018, de 16 de octubre, *“la pretensión de la regulación contenida en los preceptos transcritos 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. 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).

También hemos señalado que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en un sobre distinto no es un criterio absoluto, poniendo de relieve la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas, aún en aquellos supuestos en que el Pliego disponga, de manera taxativa, la exclusión automática por tal causa. 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.

En definitiva, la inclusión en el sobre correspondiente a documentación general que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad en la valoración de las proposiciones, pues en tales casos habría de producirse la exclusión de la oferta en cuestión. Así lo indicamos en el precitado Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre, donde afirmamos “Lo realmente relevante para que se produzca el efecto excluyente es la comprobación de que dicha actuación ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a

favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Imponiéndose, en consecuencia, un análisis, caso por caso, de tales efectos en orden a la procedencia de excluir o no al licitador por la inclusión indebida de documentación en los sobres que conforman la proposición; y resultando que cuando no se aprecie tal infracción no podrá prosperar la exclusión del licitador por cuanto la solución contraria resultaría excesivamente formalista y contraria al principio de concurrencia.”

Doctrina que también recogimos en nuestro Acuerdo 24/2021, de 11 de marzo, citado por la entidad contratante en el informe de alegaciones en defensa de la legalidad del acto objeto de impugnación, cuando razonamos que “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 esta misma línea se pronuncian el resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, pudiéndose citar, entre otras muchas, en la Resolución 1397/2019, de 2 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que señala que “(...) “En consecuencia debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate.”

No obstante, también debe tenerse en cuenta cómo ha tratado este Tribunal la diferente casuística que se produce cuando se incorporan datos en un sobre diferente al que corresponde. En concreto, la Resolución 771/2016, de 30 de septiembre, es suficientemente ilustrativa al indicar: “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.: Resolución 1108/2015) o éstos, por su ambigüedad, han propiciado la indebida revelación de la oferta (cfr.: Resolución 254/2012)”».

Esta doctrina se recogía, en términos generales, y en referencia al secreto de las proposiciones, en anteriores resoluciones (155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero, 673/2015, de 17 de julio, y 225/2016, de 1 de abril). Así, como pone de manifiesto la Resolución 279/2016, 15 de abril:

«sobre el principio de confidencialidad y su conexión con la igualdad y la seguridad jurídica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 30 de

abril de 2014, Asunto T-637/2011, afirmó que se puede “(...) considerar garantizada la confidencialidad de las ofertas [por] que la comisión de apertura de las ofertas [se] halle en dos sobres sellados intactos. Esta norma contribuye de este modo a la seguridad jurídica, eliminando cualquier riesgo de apreciación arbitraria en la apertura de las ofertas, con un coste marginal desdeñable en medios económicos y técnicos, habida cuenta de todos los costes que conlleva la preparación de una oferta. Por consiguiente, la demandante no puede alegar fundadamente que tal obligación viola el principio de proporcionalidad (...).” De igual modo, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de noviembre de 2009, recurso de casación 520/2007, se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones, diciendo que “se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior.”»

Sobre este particular, cabe citar igualmente la Resolución 014/2021, de 26 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, comprensiva de la doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción, que señala que “El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 197/2019) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe

que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018) o si ha sido provocada o inducida por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (ver la Resolución 124/2019)”.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, encontramos que la presentación de la oferta por el reclamante, en un apartado de la aplicación PLENA no indicado a tal efecto y totalmente accesible, es una actuación de la que únicamente él mismo resulta responsable, habida cuenta que los términos del Pliego regulador son claros respecto al deber de confidencialidad de la oferta que le compete. Asimismo, el apartado que dice haber seguido, aun cuando la falta de envío de comunicación alguna al órgano de contratación lo desmiente, no puede justificar su actuación pues se trata de una previsión dirigida al caso en que se hubieran producido errores técnicos en la referida plataforma de contratación electrónica, lo que como es sabido y se constata en el expediente, no ha sucedido en la reclamación que analizamos.

Por otra parte, la información así aportada, con plena accesibilidad al contenido del sobre C, compromete sin lugar a dudas la objetividad de la evaluación de los

critérios sujetos a criterios de valor, y con ello la transparencia del procedimiento y la igualdad y no discriminación de las personas licitadoras, lo que conlleva que la infracción cometida por el reclamante sea de carácter material y no meramente formal, determinado así la justificación de la actuación de la Mesa de contratación de excluirlo del procedimiento, pues como decíamos en el Acuerdo 80/2021, citado, con cita de la Resolución 246/2020 de 9 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, *“solo cuando quede acreditado que el órgano técnico evaluador no ha alcanzado a conocer los elementos de la oferta evaluables de modo automático que se han anticipado con la parte de la proposición sujeta a juicio de valor, es posible desechar el efecto excluyente de la oferta; siendo la circunstancia de que no sea posible afirmar ni constatar que ese conocimiento anticipado no se haya producido suficiente por sí sola 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”*, sin que, como se ha expuesto fuera posible acreditar que el órgano técnico evaluador no ha alcanzado a conocer los elementos de la oferta evaluables de modo automático.

En virtud de todo ello, procede confirmar la decisión adoptada por la Mesa de Contratación de excluir la oferta del reclamante, apreciándose que la incorporación con posterioridad a su presentación, de documentación reveladora entre otros del contenido del sobre C, ha vulnerado el principio de secreto de las proposiciones, lo que conlleva 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 J. F. B. N. frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación del *“Contrato de redacción de los proyectos y en su caso dirección de las obras del*

derribo y de la ejecución de NUEVO EDIFICIO DESCALZOS 55/57/57BIS/59/61 DE PAMPLONA”, licitado por Pamplona Centro Histórico, S.A.

2º. Notificar este acuerdo a don J. F. B. N. y a Pamplona Centro Histórico, S.A., 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, a 23 de agosto de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.