



Expediente: 2/2021

ACUERDO 16/2021, de 12 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don S. S. T. G., en nombre y representación de PJS PROYECTOS, ESTUDIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS DE NAVARRA, S.A., frente a la exclusión de dicha mercantil del procedimiento de licitación del contrato *“Redacción del proyecto de la 11ª fase de la ARS-3 (colector de salida de la red de pluviales de Lezkairu), y en su caso, dirección de las obras”*, tramitado por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2020, se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato *“Redacción del proyecto de la 11ª fase de la ARS-3 (colector de salida de la red de pluviales de Lezkairu), y en su caso, dirección de las obras”*, promovido por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona.

A dicha licitación concurrió, entre otros licitadores, PJS PROYECTOS, ESTUDIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS DE NAVARRA, S.A. (en adelante, SERTECNA).

SEGUNDO.- El 11 de diciembre de 2020 la Mesa de Contratación procedió a la apertura de la *“Documentación sobre la persona licitadora”* (Sobre A) presentada por los licitadores, requiriendo a SERTECNA la subsanación de la misma porque su oferta no estaba firmada electrónicamente por una persona que tuviera la firma electrónica de la empresa, incumpliendo así lo dispuesto en la cláusula 9ª del pliego de cláusulas administrativas generales.

En el requerimiento cursado a dicho licitador se le confirió un plazo de 5 días naturales “para que la persona que tenga la representación legal de la empresa proceda a firmar la citada documentación – Sobre A –, debiendo igualmente ratificar las ofertas que se contienen en los Sobre B y C para que, en caso de que dichas ofertas tampoco estuvieran firmadas, no sea necesario efectuar un nuevo requerimiento”.

El 29 de diciembre la Mesa de Contratación procedió a analizar la documentación aportada al objeto de dar cumplimiento al citado requerimiento de subsanación, haciendo constar en la correspondiente acta lo siguiente:

“Sin embargo, en cuanto a la documentación presentada por Don R. E. S. S., y PJS Proyectos, Estudios y Servicios Técnicos de Navarra S.A, (Sertecna) han subido a la Plataforma Electrónica de Navarra, además de la documentación requerida para subsanar la presentada en el sobre A, todas las ofertas de los sobre B y C, con lo cual no han mantenido el secreto de las proposiciones, incumpliendo la obligación regulada por los artículos 53.2 y 95.3 de la Ley Foral 2/2018 de la Ley Foral 2/2018, de guardar el secreto de las proposiciones cualitativas y valorables con fórmulas hasta el momento en el que la Mesa de Contratación vaya a proceder a la apertura de esas ofertas”. Por ello, se inadmitió a SERTECNA a la licitación.

TERCERO.- Con fecha 7 de enero de 2021 don S. S. T. G. interpuso, en nombre y representación de SERTECNA, una reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión.

El mismo 7 de enero se requirió la subsanación de la reclamación, cumplimentándose el 8 de enero, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 126.3 de la LFCP.

En la reclamación interpuesta se formulan las siguientes alegaciones.

1ª. Que la subsanación se ha realizado siguiendo las indicaciones del requerimiento practicado y que, si bien cabe entender que se ha producido un error por su parte al proceder a la subsanación, lo cierto es que ese error ha sido inducido por el contenido del requerimiento, que se entendió en el sentido de que, si se verificaba la

falta de firma de la oferta incluida en los sobres B y C, esta debía ser de nuevo firmada y presentada, algo que la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra no permite hacer si no es de la forma en la que procedieron. Concluye, por ello, que el requerimiento está mal formulado.

2ª. Que el incumplimiento del deber de secreto de las proposiciones es una obligación que afecta a la Plataforma de Licitación en el caso del artículo 95.3 de la LFCP, por lo que no puede erigirse como fundamento para la exclusión de la oferta presentada.

3ª. Que la Gerencia de Urbanismo, una vez comprobó la documentación presentada y la errónea interpretación del requerimiento, debió haber omitido la apertura y entrega de los documentos correspondientes a los sobres B y C, continuado la tramitación del procedimiento en aras del principio de concurrencia y sin que de ello se derive perjuicio alguno para el resto de entidades licitadoras.

Cita, a este respecto, el Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre, de este Tribunal, conforme al cual *“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 esta 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”*.

4ª. Manifiesta que este Tribunal viene manteniendo que la exclusión de un interesado del procedimiento debe ser la última medida que se adopte para el cumplimiento de los principios de la contratación pública, constituyendo excepción frente a la regla, por la cual, cualquier interesado debe tener la posibilidad de participar

en los procedimientos de contratación pública, por lo que en aras del principio de concurrencia debe valorarse que la exclusión es la única opción posible.

Por ello, reitera que debió tenerse por subsanado el requerimiento practicado, guardar la confidencialidad de los documentos correspondientes a los sobres B y C, y continuar con el procedimiento entregando a los técnicos de la Mesa la documentación del sobre B para su valoración, sin poner en su conocimiento el contenido del documento correspondiente al sobre C, a fin de no condicionar la imparcialidad de sus valoraciones.

En consecuencia, solicita que se estime la reclamación interpuesta y se acuerde la obligación de la Mesa de admitir su oferta.

CUARTO.- El 13 de enero de 2021 la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, en el que manifiesta lo siguiente:

1ª. Señala que se formularon cinco requerimientos de subsanación del sobre A, tres de ellos porque no se acreditaba que el firmante tuviera poder suficiente y los otros dos porque las ofertas carecían de firma, siendo este último el presente supuesto.

Alega que en los correspondientes requerimientos se indicó que se ratificaran, no que se presentaran todas las ofertas, como hicieron dos licitadores, por lo que considera que el error es únicamente imputable a ambos licitadores, ya que la expresión ratificar es clara y no induce a presentar de nuevo todas las ofertas de los sobres B y C.

Señala que los requerimientos debieron llevarse a cabo en los términos en que se efectuaron *“porque, siendo la firma el acto personalísimo que implica manifestar la voluntad de presentar la oferta y ésta debe ser hecha por la persona que tenga poder suficiente para ello, el principio de respeto de la intangibilidad de la oferta no permitía que en cada apertura de los sobres siguientes se tuviera que volver a efectuar el mismo requerimiento porque si no la presentación de la oferta estaría supeditada a que en ese momento a la licitadora le interesara o no continuar en el procedimiento”*. Por ello *“era*

obligado para la Mesa de Contratación asegurar ya en esa fase la seriedad de las ofertas y que las ofertas no estuvieran supeditadas a la mera voluntad de cada oferente”.

2ª. Señala que el artículo 53.2 de la LFCP establece el secreto de las proposiciones hasta el momento de su apertura, y el artículo 95.3 la forma de presentarlas a través de la Plataforma de licitación electrónica de Navarra para que se respete esta garantía de confidencialidad.

De conformidad con estos preceptos, señala que la cláusula 9ª del pliego de cláusulas administrativas generales, al regular la presentación de proposiciones, establece lo siguiente:

“En la Plataforma de Licitación se presentará toda la documentación correspondiente a la licitación en curso con garantía de confidencialidad hasta el momento de su apertura, se establecerá contacto con el órgano de contratación para llevar a cabo las subsanaciones o aclaraciones a la oferta que se soliciten por parte de la Mesa y se llevará a cabo la apertura pública del sobre C, configurándose a todos los efectos de contratación pública como sede electrónica y registro auxiliar de la Administración contratante. Por lo tanto, todas las comunicaciones y el resto de actuaciones y trámites de la licitación posteriores a la presentación de las ofertas se efectuarán por medio de dicha Plataforma

Toda la documentación requerida deberá estar firmada digitalmente por la persona representante de la persona licitadora, preferiblemente en formato pdf

...

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.”

Considera que los artículos y la cláusula citados han sido infringidos por la reclamante al excederse en la subsanación y presentar en ese momento todas las ofertas,

rompiendo el secreto de las proposiciones, por lo que la Mesa de Contratación no tuvo otro remedio que proceder a la inadmisión de las dos ofertas que incurrieron en este error, siendo causa de exclusión automática, conforme a dicha cláusula, que una licitadora no adopte medidas oportunas para que no se conozcan sus ofertas hasta el momento en que proceda su apertura.

Considera que la admisión de dichas ofertas iría en perjuicio de los licitadores que fueron diligentes al presentar la documentación o la subsanación, y podría generarles dudas sobre la objetividad de la valoración del sobre B de todas las ofertas.

3ª. Respecto a la alegación del reclamante de que debió haberse omitido la apertura y entrega de los documentos de los sobres B y C, continuándose el procedimiento, y de que la Secretaria debió guardar la confidencialidad de los mismos, señala que la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra no permite la opción de omitir la apertura de dichos documentos, pudiéndose leer sin restricción alguna por la persona con acceso a la misma (la Secretaria de la Mesa de Contratación).

No obstante lo anterior, concluye que *“aún en este momento el resto de las personas de la Mesa de Contratación no conocen el contenido de estas ofertas porque la Secretaria de la Mesa de Contratación dio cuenta a ésta de que esta licitadora y otra más habían presentado todas las ofertas pero estas ofertas no han sido bajadas de la plataforma ni se ha dado traslado de esta documentación al resto de personas que forman parte de la Mesa de Contratación.”*

Solicita, en atención a lo expuesto, la desestimación de la reclamación interpuesta.

QUINTO.- El 15 de enero de 2021 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.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por los Organismos Autónomos de las

Entidades Locales de Navarra y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores.

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

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

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación la vulneración del deber de secreto de las proposiciones y las consecuencias que tal incumplimiento conlleva.

Al respecto interesa resaltar, como hecho indiscutido que no se cuestiona, la ruptura del secreto de la oferta del reclamante. Ante tal suceso, la Mesa de Contratación acordó excluirla por incumplir la obligación regulada en los artículos 53.2 y 95.3 de la Ley Foral 2/2018, sobre el secreto de las proposiciones cualitativas y valorables con fórmulas hasta el momento en el que se vaya a proceder a la apertura de esas ofertas.

Frente a dicha exclusión alega el reclamante que el error cometido se debe a los términos en los que fue formulado el requerimiento de subsanación, debiendo firmar de nuevo la oferta presentada, resultando el incumplimiento del deber de secreto del funcionamiento de la propia Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra. Añade además, que la Mesa, tras advertir la errónea interpretación, debió omitir la apertura y entrega de los documentos correspondientes a los sobres B y C, continuado la tramitación del procedimiento en aras del principio de concurrencia y sin que de ello se derivara perjuicio alguno para el resto de entidades licitadoras. Cita, a este respecto, el Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre de este Tribunal.

Opone la entidad contratante que el requerimiento efectuado se limitó a indicar la necesidad de que se ratificaran las ofertas de los sobres B y C, no que se presentaran de nuevo, siendo por tanto el error imputable a los licitadores. Alude al principio de respeto de la intangibilidad de la oferta lo que no permitía que en cada apertura de los sobres siguientes se tuviera que volver a efectuar el mismo requerimiento. Considera causa de exclusión automática la actuación del reclamante conforme disponen los artículos 53.2 y 95.3 de la LFCP y la cláusula 9ª del pliego de cláusulas administrativas generales, o en su defecto se cuestionaría la objetividad de la valoración de todas las ofertas. Finalmente indica que la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra no permite la opción de omitir la apertura de dichos documentos, pudiéndose leer sin restricción alguna por la persona con acceso a la misma (la Secretaria de la Mesa de Contratación). No obstante lo anterior, concluye que *“aún en este momento el resto de las personas de la Mesa de Contratación no conocen el contenido de estas ofertas porque la Secretaria de la Mesa de Contratación dio cuenta a ésta de que esta licitadora y otra más habían presentado todas las ofertas pero estas ofertas no han sido bajadas de la plataforma ni se ha dado traslado de esta documentación al resto de personas que forman parte de la Mesa de Contratación.”*

Expuestas las diferentes posturas y precisados los hechos que tienen especial relevancia en la resolución de la reclamación formulada, se ha de tener en cuenta también lo dispuesto en la normativa reguladora.

El artículo 53.2 LFCP establece que *“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 95.3 del mismo cuerpo legal, al regular la valoración de las ofertas y apertura pública, determina que *“3. 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, se establecerá contacto con el órgano de contratación para llevar a cabo las subsanaciones o aclaraciones a la oferta que se soliciten por parte del mismo y se llevará a cabo la apertura de las ofertas cuando el procedimiento lo requiera,*

configurándose a todos los efectos de contratación pública, como sede electrónica y registro auxiliar de todas las entidades sometidas a la aplicación de esta ley foral.”

Finalmente interesa recordar lo dispuesto en el artículo 97, en el último de sus párrafos, sobre la apertura y valoración de las ofertas: *“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.- Planteados los términos del debate la primera de las alegaciones que debemos analizar es la referida al requerimiento y su redacción y si a consecuencia de la misma se indujo a error al reclamante en cuyo caso considera que no se le debería haber excluido.

El requerimiento en cuestión indica lo siguiente:

“Habiéndose examinado la documentación remitida por PROYECTOS, ESTUDIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS, S.L. en el Sobre A se observa que la misma no está firmada digitalmente por la persona que ostente la representación de la empresa y conforme a lo establecido en la cláusula 9ª del Pliego, toda la documentación requerida deberá estar firmada digitalmente por la persona representante de la persona licitadora, preferiblemente en formato pdf.

Por lo expuesto y de conformidad con el apartado con el apartado 2 del artículo 51 de la Ley Foral 2/2018, de 13 abril, de Contratos Públicos de Navarra, se les confiere el plazo de 5 días para que la persona que tenga la representación legal de la empresa proceda a firmar la citada documentación, debiendo igualmente ratificar las ofertas que se contienen en los Sobres B y C para que, en caso de dichas ofertas tampoco estuvieran firmadas, no sea necesario efectuar un nuevo requerimiento.”

Transcurrido el plazo que en este requerimiento se les efectúa sin que den cumplimiento en tiempo y forma al mismo, las personas encargadas de valorar esta licitación podrían proponer la exclusión de la licitación de su empresa.”

Tras su clara mención interesa igualmente transcribir la cláusula 9ª:

“La oferta deberá ir firmada mediante sistema de firma electrónica reconocida, válidamente emitida por un Prestador de Servicios de Certificación y que garantice la identidad e integridad de la oferta y todos los documentos asociados a la misma, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica y demás disposiciones de contratación pública electrónica. Toda la documentación requerida deberá estar firmada digitalmente por la persona representante de la persona licitadora, preferiblemente en formato pdf”,

De lo expuesto resulta procedente el requerimiento efectuado por la Mesa de contratación tras constatar que la documentación del sobre A carecía de firma contraviniendo lo previsto en el pliego y por ello, al constatarse el error y su posibilidad de subsanación, se actuó conforme a lo dispuesto en el art. 51 de la LFCP: *“2. Cuando la Mesa de Contratación aprecie defectos subsanables en la documentación acreditativa de la personalidad, la capacidad o la solvencia, dará a la persona afectada un plazo mínimo de 5 días para que los corrija, advirtiéndole de que en caso contrario se procederá a su inadmisión.”* Y de igual modo, el art. 96, 2º párrafo, de la LFCP prevé: *“En los casos en que la documentación acreditativa de la personalidad, capacidad, solvencia económica y financiera y técnica o profesional sea incompleta o presente alguna duda, se requerirá a la persona afectada para que complete o subsane los certificados y documentos presentados, otorgándoles un plazo de, al menos, cinco días.*

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

En este sentido nada hay que objetar a la actuación de la Mesa que conforme a doctrina consolidada (citadas en Resolución 819/2019, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) califica de defecto subsanable el

defecto de firma en las ofertas por considerar que la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia.

No obstante, en atención a dicho requerimiento, como consta en el expediente, el ahora reclamante subsanó la oferta mediante una declaración responsable firmada, a la que adjuntó de nuevo el contenido de los sobres B y C, por entender que la ratificación de las ofertas requerida conllevaba su nueva aportación. Y como consecuencia se plantea la vulneración del principio de confidencialidad de las ofertas.

Pues bien, llegados a este punto debemos acudir a la literalidad del requerimiento transcrito que expresamente establece: “... *debiendo igualmente ratificar las ofertas que se contienen en los Sobres B y C para que, en caso de dichas ofertas tampoco estuvieran firmadas, no sea necesario efectuar un nuevo requerimiento.*” Según la RAE ratificar significa “*Aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos*”, por lo que el acto de ratificar los sobres B y C no puede entenderse como una nueva aportación de la documentación, sino la confirmación de su voluntad de participar en la licitación mediante las ofertas contenidas en dichos sobres.

Un licitador suficientemente informado y diligente debía de saber a la posibilidad a la que se estaba refiriendo, consistente, por un lado, en firmar el sobre A y por otro, ratificar los sobres B y C, por lo que el error cometido por el licitador no puede imputarse a la Mesa. Por lo que este motivo debe ser desestimado.

Se alega como segundo motivo que la vulneración del deber de secreto de las proposiciones deriva del funcionamiento de PLENA, entendiéndose por tanto que no puede responsabilizarse por ello al licitador.

En este sentido conviene precisar que la vulneración del secreto de las ofertas no se ha producido por un indebido funcionamiento de PLENA, como alega el reclamante, puesto que no se ha constatado la existencia de fallo alguno en la plataforma en relación con el cifrado de la documentación, sino por un error de este, que aportó las ofertas en un momento procedimental inapropiado, en el que resulta obligada la apertura de la

documentación presentada en fase de subsanación para verificar su cumplimiento. Por lo tanto, este motivo debe ser igualmente desestimado.

Finalmente debemos analizar la tercera de las alegaciones de la reclamante que pretende, en aras del principio de concurrencia, omitir la apertura y entrega de los documentos correspondientes a los sobres B y C, continuando la tramitación del procedimiento y sin que de ello se derive perjuicio alguno para el resto de entidades licitadoras.

Tal pretensión nos lleva a plantear una consideración previa, la de determinar si la posible vulneración del secreto de las proposiciones conlleva necesariamente la exclusión del procedimiento de licitación como defiende el órgano de contratación o si, por el contrario, se trata de una irregularidad o defecto formal que no puede tener efectos invalidantes al no verse afectados los principios de igualdad de trato y no discriminación, como sostiene la reclamante.

Al respecto interesa recordar que como hemos transcrito con anterioridad los artículos 53.2 y 95.3 de la LFCP, así como la cláusula 9ª del pliego, establecen el secreto de las proposiciones hasta el momento de su apertura. Sobre ellos interesa tener en cuenta la finalidad de dichos preceptos que es garantizar que en la valoración de los criterios que no se realiza mediante la aplicación de fórmulas, no influya el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se le atribuya por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas.

En este sentido conviene recordar lo dispuesto en nuestro Acuerdo 36/2020, de 10 de junio, de este Tribunal, que dice *“Son numerosos los pronunciamientos de los distintos órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, los cuales mantienen una doctrina prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la ley. Sobre este particular, hemos declarado en reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre – que el principio de secreto de las proposiciones pretende garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se*

realiza mediante la aplicación de fórmulas – o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas. También hemos señalado que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en un sobre distinto no es un criterio absoluto, ya que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, sino solo en aquellos casos en los que se ha producido una indefensión real y no meramente formal; resultando que los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Ello es así, como expresa la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, por cuanto lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores”.

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

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

estará, cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

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

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

Dicho lo cual lo que procede examinar es si la inclusión en PLENA de los Sobres B y C por parte de la reclamante en la fase de subsanación, condiciona la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, rompiéndose así el principio de separación entre los criterios que no se evalúan mediante la aplicación de fórmulas y los que dependen de ellas, por influir estos últimos en la toma en consideración de los primeros, es decir, de los criterios que dependen de un juicio de valor. Análisis que necesariamente debe realizarse atendiendo a las concretas circunstancias del supuesto en cuestión que o bien corroborarán la presunción a favor de la infracción, o bien quedarán desvirtuadas mediante prueba en contrario.

En este sentido resulta determinante lo manifestado en la alegaciones presentadas por el órgano de contratación donde se reconoce expresamente que la Secretaria de la Mesa de Contratación, tras advertir el error, lo trasladó a los demás miembros de la Mesa, los cuales no han tenido acceso a la documentación porque según

hace constar en el escrito “estas ofertas no han sido bajadas de la plataforma ni se ha dado traslado de esta documentación al resto de personas que forman parte de la Mesa de Contratación”.

A este respecto, en nuestro Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre, citado por el reclamante, sostuvimos lo siguiente:

“Pero es más, tal y como en el acta nº 1 de la Mesa de Contratación, la Secretaria de dicho órgano colegiado adoptó, de hecho, las garantías necesarias para evitar, en la práctica, cualquier posible interferencia, siquiera formal, en la valoración de los criterios no sujetos a fórmulas, apartando la información indebidamente incluida en el sobre 2 de la documentación facilitada a los técnicos de la Mesa de Contratación encargados de realizar tal valoración. Proceder que ha conseguido salvaguardar la imparcialidad de la valoración efectuada sobre los criterios sujetos a juicio de valor y, por tanto, ha permitido alcanzar la finalidad perseguida por las previsiones normativas antes citadas relativas a la forma de presentación de las proposiciones y a la apertura sucesiva de los distintos sobres que conforman las mismas; máxime si se tiene en cuenta que la valoración del sobre 2 la realizan, por disposición de la Mesa de Contratación, los vocales técnicos que forman parte de dicho órgano colegiado, limitándose el resto de los vocales con voz y voto – entre ellos la Secretaria conforme lo dispuesto en el artículo 228.2 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra - a asumir íntegramente, y con posterioridad, la valoración por ellos efectuada”.

En consecuencia, en el citado Acuerdo, se validó la actuación de la Secretaria de la Mesa que apartó la documentación incorrectamente presentada, entendiendo que dicha actuación impidió considerar la vulneración del secreto de las proposiciones: “En el caso concreto que nos ocupa, además de la confusión generada por la entidad contratante en el Cuadro de Características del Contrato, debe advertirse que la decisión de la Mesa de Contratación de no facilitar la documentación incorrectamente incluida en el sobre nº 2 a los vocales técnicos a quienes se encomienda la valoración de los criterios no evaluables mediante la aplicación de fórmulas ha determinado que no se haya vulnerado el secreto de las ofertas, pudiéndose, así, continuar con el procedimiento de adjudicación del contrato”.

En el supuesto que analizamos, a diferencia del contrastado, con PLENA pueden tener acceso a la documentación todos los miembros de la Mesa que sean usuarios de la Plataforma, así consta en su Manual de tramitación: *“A todas las personas que consten a PLENA como miembros de la mesa se les asignará las siguientes tareas de la licitación, es decir, recepción de ofertas, evaluación y recepción de la documentación. Desde el explorar, los usuarios que pertenezcan a la misma entidad que el usuario que ha dado de alta el expediente tendrán visibilidad del expediente, pero no podrán acceder a las ofertas. Solo los usuarios componentes de la Mesa de Contratación tendrán acceso a las ofertas. Una vez el expediente ha finalizado, los usuarios pertenecientes a la misma entidad que la persona gestora del expediente podrán tener acceso a las ofertas.*

Los miembros de la Mesa de Contratación que no sean usuarios de la Plataforma no tendrán acceso a la misma, pero figurarán como asistentes a la mesa”.

Sin embargo, siendo cierta tal posibilidad de acceso, lo constatado por el órgano de contratación y relevante en el análisis del supuesto concreto, es que se han adoptado las garantías para preservar el secreto de las ofertas al no ser bajadas de la plataforma ni darles traslado al resto de personas que forman parte de la Mesa de Contratación. Por tanto, no siendo automática la causa de exclusión como hemos advertido previamente y habiéndose adoptado las garantías necesarias para mantener el secreto de las ofertas tras la diligente actuación de la Secretaria, entendemos que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato entre licitadores, habiendo quedado desvirtuada la presunción en tal sentido y debiendo primar el principio de concurrencia.

De lo anteriormente expuesto procede estimar la presente reclamación en virtud del principio de concurrencia, anulando el acto de exclusión y disponiendo la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al mismo, continuándose el procedimiento de adjudicación

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

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don S. S. T. G., en nombre y representación de PJS PROYECTOS, ESTUDIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS DE NAVARRA, S.A., frente a la exclusión de dicha mercantil del procedimiento de licitación del contrato “*Redacción del proyecto de la 11ª fase de la ARS-3 (colector de salida de la red de pluviales de Lezkairu), y en su caso, dirección de las obras*”, tramitado por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona, anulando dicho acto administrativo y disponiendo la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al mismo.

2º. Notificar este acuerdo a don S. S. T. G., en calidad de representante de PJS PROYECTOS, ESTUDIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS DE NAVARRA, S.A., a la Gerencia de Urbanismo del 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, 12 de febrero de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.