

Recurso 194/2021

Resolución 395/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 15 de octubre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **UNMANNED MILES, S.L.U.**, contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio estival de vigilancia mediante el uso de aeronaves tripuladas por control remoto (RPAS) en las playas de Fuengirola” (Expte. 05/2021-CONTR), promovido por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 y el 17 de febrero de 2021 se publicaron en el D. O. U. E.¹, y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, respectivamente, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado del contrato asciende a 513.076,44 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 27 de abril de 2021 en una oficina de correos, UNMANNED MILES S.L.U. (UNMANNED, en adelante) presentó recurso especial en materia de contratación. Con esa misma fecha se presentó el citado recurso en el registro del órgano de contratación. Asimismo el 4 de mayo de 2021 consta la entrada del recurso presentado en correos en el Registro de la Consejería de Hacienda y Financiación Europea.

El 7 de abril de 2021, la mesa de contratación acordó excluir a UNMANNED, al haber incluido información

¹ Diario Oficial de la Unión Europea.

evaluables mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicios de valor. En la misma sesión la mesa, en base al Informe de valoración de las ofertas técnicas para la prestación del servicio estival de vigilancia mediante el uso de aeronaves tripuladas por control remoto (RPAS) realizado por la Jefatura del Servicio de playas, excluyó las ofertas de otros 4 licitadores, 2 de ellas por el mismo motivo objeto de este recurso, y se propuso la adjudicación del contrato a la entidad AEROMEDIA UAV, S.L.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

En su escrito de recurso, la entidad recurrente solicita que se acuerde la suspensión del procedimiento de adjudicación del mencionado contrato, de tal modo que el 20 de mayo de 2021, por el interés público manifestado por parte del órgano de contratación, se denegó la misma.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se han recibido en el plazo legal establecido de una entidad concurrente a la licitación GENERAL DRONES, S.L., la cual manifiesta que no realiza alegaciones. También presenta alegaciones la entidad AEROMEDIA UAV, S.L. la cual se opone al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación



Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de referencia, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, en concreto el acuerdo de exclusión, de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado c) y g) de la LCSP, es de 15 días desde su interposición.

El recurso fue presentado el 27 de abril de 2021 en Correos y en el registro del órgano de contratación, por lo que el mismo debe considerarse interpuesto en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: argumentos de las partes.

1. Argumentos de la entidad recurrente.

Se centra en determinar que la exclusión se ha acordado de forma indebida. Alega la recurrente que la información incluida en el sobre relativo a la oferta valorable mediante criterios subjetivos (sobre 2), que debía incluirse en el sobre valorable mediante criterios objetivos o matemáticos (sobre 3), es decir, incluida en sobre erróneo, es incompleta e irrelevante.

La cuestión es que se incluyó información acerca de que se suministraría para dar el servicio un dispositivo con altavoz, requisito éste, el de tener un altavoz que aparece como criterio de adjudicación sujeto a fórmulas.

Alega la recurrente que no se incluyó ningún dato específico del altavoz en concreto que lleva el dron para que pudiera hacer pensar al técnico encargado de evaluar las ofertas o a la mesa de contratación que el altavoz cumple los requisitos fijados por el PCAP para poder obtener un máximo de 2 puntos, a razón de 0,5 puntos por dron. Interesa la aplicación de resoluciones de órganos judiciales como la Sentencia de la Sección 3ª de la



Audiencia Nacional, de 6 de noviembre de 2012 ²y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales³ número 729/2016.

Concluye esta alegación manteniendo de una forma expresiva que:

“En definitiva, solo por indicar en una ocasión la palabra altavoz en una memoria de 47 páginas en absoluto puede pensarse que dicho altavoz vaya a cumplir los requisitos exigidos en el sobre 3 y, por tanto, no puede ser excluido de la licitación”.

La propia recurrente reconoce que efectivamente ha incluido erróneamente información del sobre 3 en el sobre 2, es decir, se ha incluido información valorable de forma objetiva en un sobre de valoración anterior, en concreto, subjetiva.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Alega el órgano de contratación que conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

El Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP), en su cláusula 17, que lleva como título “documentación integrante de las proposiciones” in fine, se establece que: *“No se aceptarán aquellas proposiciones que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente todo aquello que la Administración estime fundamental para la oferta. LA CONFUSIÓN O ERROR EN LA DOCUMENTACIÓN A INCLUIR EN LOS SOBRES, SUPONDRÁ EL RECHAZO DE LA PROPOSICIÓN CORRESPONDIENTE”.*

Y en el anexo I, apartado “Oferta Técnica y contenido”, tras definirse el contenido de las ofertas, se establece: *“En dicha información no podrá introducirse o referirse contenido sobre los aspectos de la prestación relacionados en los criterios de valoración automática a incluir en el sobre 3, o que pueda facilitar o sugerir su conocimiento, por ser ambos sobres y sus contenidos de valoración separada e independiente”.*

²“La improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. 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.”

³“La documentación aportada en sobre erróneo no esté sujeta a valoración y su conocimiento por el órgano de contratación en un momento distinto al previsto no influye en la objetividad de este órgano, y la de sus técnicos para valorar las ofertas presentadas”.



Señala además la advertencia ya realizada, para evitar que los licitadores resulten excluidos y tomen conciencia de la necesidad e importancia de atenerse a la forma de presentación establecida, indicando las consecuencias de no hacerlo.

Alega el artículo 139.2 de la LCSP que recoge que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de su apertura.

Por otro lado, en cuanto a que la información incluida erróneamente sea incompleta no parece un argumento de peso, pues en el propio pliego que rigió el concurso se dice literalmente *“no podrá introducirse o referirse contenido”*, en ningún momento se puede colegir de dicho precepto que lo que no se permite es que se incluya la oferta al completo, pero sí partes de ella. La recurrente manifiesta que hacer alusión al criterio de adjudicación- el altavoz- era algo completamente necesario porque la descripción de los protocolos sin hacer mención a los altavoces daría lugar a que se considerase que se actúa negligentemente. Sin embargo, el órgano de contratación señala que *“en ningún momento en el pliego de prescripciones técnicas, que es el documento podríamos decir “guía” de la memoria técnica objeto de valoración en el sobre 2, ni entre los criterios subjetivos, se establece que haya que mencionar, explicar o detallar ningún protocolo que afecte o incluya altavoces, equipos de megafonía, o similares”*.

Por otro lado, respecto a que es imprescindible hacer referencia a la palabra altavoz en los protocolos de actuación porque lo hicieron tres de las seis empresas, es contestado en sentido contrario, es decir que habría tres empresas a las que le pareció claro que no era “imprescindible”, de tal modo que el hecho de no mencionarlo prueba que era posible realizar la oferta sin hacer referencia a los altavoces.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

El carácter secreto de las proposiciones, se encontraba ya regulado, (e incluso en textos aún anteriores), en el artículo 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, así que dicho principio básico en materia de contratación pública ya ha permitido fijar una doctrina razonable y consolidada. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otros en su Informe 43/02, determinaba la exclusión en caso de inclusión indebida de cualquier documentación, incluso técnica, que no debiera figurar en el sobre A o de documentación administrativa: *“incluidos aspectos técnicos en el sobre de la documentación a que se refiere el artículo 79 de la Ley –en referencia al sobre relativo a la documentación administrativa-, dicha documentación debe ser rechazada sin que proceda la apertura del sobre conteniendo la proposición económica, y ello con fundamento en el citado artículo 79 y en los artículos 80, 81 y 82 del Reglamento”*.



Posteriormente, con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público(y el posterior texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011), introdujo la separación de criterios subjetivos y automáticos en dos sobres de apertura sucesiva. Esta modificación determinó una nueva doctrina en relación a la contaminación de dichos sobres entre ellos, concluyendo que la inclusión de la oferta económica en el sobre relativo a los criterios sujetos a evaluación previa incumple el secreto de las proposiciones y por tanto determina la exclusión de la oferta.

Estimamos que a la vista de lo anteriormente abordado, la cuestión ha de centrarse en encontrar el equilibrio entre los principios de imparcialidad, igualdad de trato y objetividad, con los de concurrencia y proporcionalidad.

Al respecto, en nuestra Resolución 246/2020, de 9 de julio, decíamos:

«(...) este Tribunal tiene asentada una doctrina reiterada sobre la cuestión. Entre otras resoluciones, en la 39/2019, de 19 de febrero, señalábamos que:

<<Es sobradamente conocida, por reiterada y constante, la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales acerca de la obligación legal -antes recogida en el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRL CSP) y ahora en el artículo 146.2 de la LCSP- de separar en sobres distintos la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor y la referente a criterios de evaluación automática para de este modo facilitar su evaluación en momentos independientes, evitando el conocimiento de aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas en la fase previa de valoración de aquellos otros aspectos sujetos a juicios de valor. La finalidad perseguida por el legislador no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas.

Así, en nuestra Resolución 82/2018, de 28 de marzo, citando la previa 119/2013, de 8 de octubre, se indicaba que “(...) La finalidad perseguida por esta regulación es garantizar la absoluta imparcialidad del proceso de valoración de las ofertas, impidiendo que un conocimiento previo de datos -que deben ser valorados con arreglo a criterios de evaluación automática- pueda influir en la valoración previa de aquellos que dependen de un juicio de valor.

Como viene señalando reiteradamente este Tribunal (Resoluciones 36/2012, de 9 de abril, 59/2012, de 28 de mayo y 81/2012, de 3 de agosto, entre otras), las cautelas legales que se establecen para la valoración de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante 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 de los



licitadores. Por ello, el conocimiento previo de documentación relativa a criterios evaluables de modo automático puede afectar al resultado de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios que dependen de un juicio de valor y si ese conocimiento previo afecta, además, a la documentación de uno de los licitadores puede implicar un trato desigual a favor de éste, en perjuicio del resto de licitadores que presentaron su documentación correctamente en los términos exigidos en la ley.”

Quiere decirse, pues, que 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 de 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.

Partiendo de la premisa expuesta, si un licitador infringe aquel mandato, difícilmente podrá repararse, por vía de subsanación, la quiebra de aquellas garantías, por cuanto el conocimiento anticipado que la ley trata de impedir se habrá producido ya de modo inevitable. Como señalamos en la Resolución 218/2018, de 13 de julio, “nos encontramos ante un error insubsanable por su propia naturaleza, en tanto que, desvelado el secreto de las ofertas y conculcado así el artículo 145.2 del TRLCSP, no cabe ya subsanación alguna, puesto que resultan quebrantadas de modo irreparable las garantías de objetividad e imparcialidad que deben regir en el proceso de valoración de las proposiciones y a cuya preservación tiende el artículo 150.2 del TRLCSP.”>>

La consecuencia que se impone ante dicha infracción legal no admite modulación y no puede ser otra que la exclusión del proceso selectivo. Tanto el órgano de contratación como SIEMENS sostienen que la exclusión no opera automáticamente, estando solo justificada cuando quede acreditado la ruptura del secreto de las proposiciones y de la imparcialidad de la Administración en el proceso de valoración.

No obstante, este Tribunal entiende que el postulado legal del artículo 146 es claro y tiene una finalidad concreta que es evitar la contaminación del juicio técnico de la Administración. Por tanto, la conclusión debe ser la contraria: 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. En otro caso -como el aquí examinado-, donde quienes valoran las ofertas con arreglo a unos y otros criterios son las mismas personas, 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 postulado legal del artículo 146.2 de la LCSP.».



Por todo ello, debemos determinar si, la alegación que realiza la recurrente invocando que procede declarar la indebida exclusión y que la información introducida es incompleta e irrelevante, puede prosperar. El Anexo I del PCAP recoge los criterios de adjudicación, y debe resaltarse la importancia que tiene la aportación del altavoz incorporado al dron, pues como mejora valorable mediante la aplicación de fórmulas se le otorga una puntuación máxima de 2 puntos sobre los 100 del total.

Figura en el acta de la mesa de contratación celebrada el 7 de abril de 2021 que fue excluido por los siguientes motivos:

“La oferta técnica presentada por la empresa, UNMANNED MILES, S.L.U., señala en la página 11/47 de forma literal: Preamente a la realización del vuelo se procederá a realizar una check list para comprobar que todos los sistemas están funcionando correctamente. Durante este pre-vuelo se comprueba, entre otros:

· Comprobación de carga de pago (flotadores, altavoz,...).

Dentro de los criterios de valoración objetiva o matemática se señala que la aportación un altavoz supondrá una mejora en el servicio, a razón de 0,5 puntos por cada altavoz, hasta un máximo de 2 puntos.

En el pliego administrativo (página 29/45) se recoge que en la memoria técnica no podrá introducirse o referirse contenido sobre los aspectos de la prestación relacionados en los criterios de valoración automática a incluir en el sobre 3, o que pueda facilitar o sugerir su conocimiento, por ser ambos sobres y sus contenidos de valoración separada e independiente”.

El mismo está fundado en el informe de la comisión técnica de 7 de abril de 2021.

Por todo ello, y partiendo de que la finalidad que tiene la disposición en cuestión es garantizar la igualdad de trato entre todos los licitadores, basta con la mera posibilidad de que tal efecto pudiera producirse, sin que sea necesario que efectivamente se haya producido.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad UNMANNED MILES, S.L.U. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio estival de vigilancia mediante el uso de aeronaves tripuladas por control remoto (RPAS) en las playas de Fuengirola” (Expte. 05/2021-CONTR), promovido por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga).



SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

