

Recurso 488/2023

Resolución 545/2023

Sección Tercera

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

Sevilla, 10 de noviembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TRAFFALGAR CHARTERS, S.L.**, contra el acuerdo de 3 de octubre de 2023 de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de alquiler de embarcación con tripulación para Huelva, Sevilla, Cádiz y Málaga» (Expte. CONTR 2022 91977), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul de la Administración de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de septiembre de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado de la presente licitación asciende a la cantidad de 280.560 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Mediante acuerdo, de 3 de octubre de 2023 de la mesa de contratación se acuerda excluir la proposición de la entidad recurrente del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 10 de octubre de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad **TRAFFALGAR CHARTERS, S.L.** (en adelante la recurrente), contra el citado acuerdo de exclusión de su oferta.



El 11 de octubre la Secretaría del Tribunal solicitó al recurrente cierta documentación necesaria para la tramitación del recurso, que fue recibida el día 23 de octubre.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso el mismo día 23 de octubre, y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 27 de octubre de 2023.

Se solicitó en el escrito de recurso la adopción de medida cautelar de suspensión. La misma se adoptó el día 27 de octubre de 2023, mediante Resolución 126/23.

El 30 de octubre de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en plazo.

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.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, 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, respecto del acuerdo de exclusión pues se trata de un acto de trámite cualificado.

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 recurso presentado en el registro de este Órgano se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el



anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto financiado por la Unión Europea, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que “*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos*”.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: alegaciones de las partes.

El acuerdo de 3 de octubre de 2023 de la mesa de contratación excluye de la licitación a la entidad recurrente por introducir determinada información en el sobre de la documentación administrativa, un aspecto de valoración automática a incluirlo en el sobre de los criterios evaluables mediante fórmula.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Señala que no procede la exclusión porque “*se han producido irregularidades en la exclusión del contrato (...)*”. Aduce un “*excesivo formalismo de la mesa de contratación, al excluir la oferta presentada por TRAFALGAR CHARTERS, S.L, por incluir en el sobre 1 datos relativos a los criterios evaluables mediante criterios aritméticos (sobre 3), dado que en la licitación no se incluyen criterios subjetivos de valoración (no requiere sobre 2)*”.

Advierte que el «*error en la presentación en la oferta fue el incluir en la documentación del sobre 1 (Documentación administrativa), documentación e información correspondiente al sobre 3 (criterios evaluables mediante criterios aritméticos). En concreto, se incluyó la información relativa a los dispositivos de la embarcación, que además forman parte de las características de nuestros barcos, que reduzcan la emisión de contaminación al aire o al mar (Inclusión de depósito de aguas de aguas negras y silenciador de escape según la normativa europea evaluables con cinco (5) puntos según el anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia.*

La adjudicación de la licitación se realizaba solo en base a criterios evaluables automáticamente NO INCLUÍA CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR.

Concretamente los criterios de adjudicación son:

- Oferta económica: De 0 a 90 puntos
- Dispositivos para reducir la contaminación, que se valora por enteros, de 0 a 10 puntos, según la siguiente tabla.

DISPOSITIVO DE LA EMBARCACIÓN PUNTUACIÓN

Con silenciador colector de escapes 5 puntos

Sin silenciador colector de escapes 0 puntos

Con depósito de aguas negras homologado CE 5 puntos

Sin depósito de aguas negras homologado CE 0 puntos

En primer lugar, es necesario recalcar que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal" (Resolución 233/2011)».



2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala en primer lugar que del recurso especial queda claro que la entidad recurrente reconoce haber introducido información en el sobre 1 que debía estar en el sobre 3, no existiendo sobre 2.

Alega que en «el apartado 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia, en línea con el artículo antes citado, se recoge el siguiente tenor literal:

“Las proposiciones de las personas interesadas deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por la persona licitadora del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones de este pliego, sin salvedad o reserva alguna.”

En el apartado 9.2 del citado Pliego se recoge expresamente que cuando en el anexo X sólo se utilicen criterios de adjudicación evaluables de forma automática, únicamente se presentarán los sobres electrónicos nº 1 y nº 3, debiendo contener los citados sobre los documentos que se especifican en las cláusulas 9.2.1., 9.2.2. y 9.2.3.

En el apartado 9.2.1. Sobre electrónico nº 1. Documentación acreditativa de los requisitos previos, se desglosa la documentación que debe incluirse en el citado sobre y en el anexo VIII y X la documentación correspondiente al sobre 3, recogiéndose expresamente en el Anexo X que debe aportarse una declaración Responsable sellada y firmada, en la que se indiquen los dispositivos con que cuenta la embarcación para la finalidad descrita.

Queda claro, patente y manifiesto que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha servido de base a la licitación, se delimita de forma diáfana la documentación que debe presentarse en cada sobre.

Pues bien, con respecto al argumento relativo a que el error producido no menoscaba la imparcialidad de la mesa dado que todos los criterios son objetivos y no influenciables por la inclusión de información del sobre 3 en el sobre 1, hay que comenzar recordando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LCSP las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de su apertura. Con dicha finalidad, el artículo 80.1 del RGLCAP¹ dispone que «la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa», añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto. Tales previsiones normativas no solo pretenden salvaguardar el secreto de las ofertas, como modo de garantizar un orden formal de actuaciones en el procedimiento, sino que se persigue sobre todo evitar la contaminación del proceso selectivo por el conocimiento anticipado de información que corresponde conocer en otra fase del procedimiento, circunstancia que acontece en el supuesto analizado».

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la anticipación de información del sobre 3 cuando existe sobre 2, es decir, criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor.

Sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de

¹ Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



valor, tiene este Tribunal una doctrina muy consolidada. Así cabe destacar entre las primeras su Resolución 137/2014, de 10 de junio. En ella, se reproduce parte del artículo 150.2 de la normativa contractual anterior, con una redacción idéntica al antepenúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP, así como los artículos 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009. Asimismo, con apoyo en la normativa contractual anterior, este Órgano se ha pronunciado al respecto entre otras en sus Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 204/2018, de 29 de junio, 275/2019, de 6 de septiembre y 315/2020, de 24 de septiembre. También ha sido profusa la doctrina de este Tribunal ya con la nueva LCSP, entre las que cabe destacar entre las más recientes las Resoluciones 180/2021, de 6 de mayo, 398/2021, de 21 de octubre y 277/2022, de 20 de mayo.

Siguiendo la citada doctrina, ha de partirse del antepenúltimo y penúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP que disponen que *«En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.»*

La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.»

Asimismo, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009 establece que *«La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.»* y el artículo 30.2 del citado Real Decreto prevé que *«En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.»*

La finalidad perseguida por la regulación expuesta no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad de los órganos técnicos de la Administración en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, evitando que esta valoración pueda resultar influenciada por un conocimiento anticipado de determinados aspectos de la oferta que deben evaluarse en una fase posterior de la licitación mediante la aplicación de fórmulas.

Así las cosas, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación, en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de la misma y, en consecuencia, cuando son conocidos los de alguna licitadora, pueden implicar desigualdad en el trato de las mismas.

Así pues, el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras a hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

En este sentido, lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se



ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 146.2 de la LCSP.

En este sentido, el contenido de los pliegos si es explícito, en cuanto a los documentos e información que debe aportar la licitadora como oferta, así como el archivo en el que debe introducirlos, y las consecuencias de no respetar las normas de presentación, teniendo en cuenta el artículo 139.2 LCSP, que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las mismas², la mera inclusión en el sobre 2 de información que revele la puntuación a obtener en la valoración de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, a incluir en el sobre 3, vulneraría el carácter secreto de la oferta, y las garantías de imparcialidad y objetividad en la valoración de las ofertas que preservan los preceptos legales y reglamentarios antes invocados, teniendo en cuenta que la apertura del sobre 3 ha de tener lugar tras conocer la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor, y en acto público, en el que se hacen efectivos, entre otros, los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, igualdad de trato de las licitadoras e integridad, a los que ha de ajustarse la contratación del sector público. Es decir, ya se adelante en el sobre relativo a la documentación administrativa, o en el sobre relativo a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor.

2. Sobre la inclusión en el sobre número 1, de información reservadas a un sobre 3, es decir, relativo a criterios sujetos a fórmulas.

En la Resolución 324/2022, de 20 de junio, y 392/2022, de 21 de julio, nos pronunciábamos sobre la cuestión que nos ocupa, a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 523/2022, de 4 de mayo, (también referida en la Resolución 25/2023, de 13 de enero) manifestando lo siguiente:

«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación.

En este sentido recientemente se ha de citar a un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria. En segundo lugar, para el caso de que quepa la exclusión automática, si es necesario, por aplicación del principio de buena administración, tal y como sucede con las bajas anormales, otorgar trámite previo de audiencia al licitador afectado.

La Sentencia del TS analiza en casación, la sentencia dictada por el TSJ Castilla-La Mancha la cual estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil al entender que la empresa adjudicataria del contrato controvertido, había infringido el secreto de las propuestas en la licitación. En el sobre B, relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, incorporó información que permitía conocer, al menos en parte, la

² En el mismo sentido el art. 26 del R.D. 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.



oferta relativa a criterios valorables en cifras o porcentajes que debía reflejarse en el sobre C. Consideraba el TSJ que para adelantar el conocimiento de la información correspondiente al sobre C no es preciso que se anticipase o pueda conocerse con carácter previo la puntuación exacta que la adjudicataria iba a obtener por los criterios de adjudicación del contrato evaluables automáticamente sino que resulta suficiente con que se pudiera conocer que se iba a ofertar en el sobre C el criterio de adjudicación en cuestión. Las partes codemandadas, alegaban que la infracción del deber de secreto de las ofertas no era un incumplimiento relevante o determinante a efectos de la adjudicación y que al haberse anulado el acuerdo de adjudicación por una infracción de escasa relevancia se había vulnerado el principio de proporcionalidad.

La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo.

La finalidad de la norma, por tanto, es evitar la contaminación de los sobres, sobre la base de las circunstancias del caso concreto y valorarlo de acuerdo con el principio de proporcionalidad, excluyendo la oferta únicamente en los casos en que verdaderamente se haya producido esa contaminación. Por tanto, la respuesta debe analizarse caso a caso, y siempre en función de si se han vulnerado las garantías de objetividad e imparcialidad. Algo que en el presente procedimiento no puede sostenerse que haya ocurrido con la revelación de los años de garantía, pues era el tiempo mínimo, de tal modo que ninguna relevancia tuvo cuando se incluyó la información en el sobre anterior, y no en el archivo o sobre 3. (...)»

En el apartado 9.2 del citado Pliego se recoge que cuando en el anexo X sólo se utilicen criterios de adjudicación evaluables de forma automática, únicamente se presentarán los sobres electrónicos nº 1 y nº 3, debiendo contener los citados sobres los documentos que se especifican en las cláusulas 9.2.1., 9.2.2. y 9.2.3. En el apartado 9.2.1. Sobre electrónico nº 1. Documentación acreditativa de los requisitos previos, se desglosa la



documentación que debe incluirse en el citado sobre y en el anexo VIII y X la documentación correspondiente al sobre 3, recogiéndose expresamente en el Anexo X que debe aportarse una declaración responsable sellada y firmada, en la que se indiquen los dispositivos con que cuenta la embarcación para la finalidad descrita.

Dichas resoluciones son posteriores a la resolución citada por parte del órgano de contratación en el informe al recurso especial, Resolución 165/2017, de 5 de septiembre, en la que se apoya. En ella se citaba al artículo 80 del RGLCAP, haciendo eco de que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de noviembre de 2009, señalaba que el secreto de las proposiciones que impone el artículo 80 del RGLCAP «*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 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 limpaz sin interferencias*».

Como observamos el Alto Tribunal ha evolucionado su jurisprudencia de tal forma, que, en el presente caso, habremos de estar a las circunstancias concretas concurrentes, que aplicadas proporcionalmente, determinarán el entendimiento de si ha existido algún tipo de contaminación, debiendo recordar el valor de la jurisprudencia que emana del mismo conforme al artículo 1.6 del Código Civil. Cumple afirmar igualmente que las resoluciones citadas por el informe al recurso del órgano de contratación, dictadas por otros Tribunales son anteriores a dicha sentencia del Tribunal Supremo del año 2022.

Dicho esto, cumple advertir que el informe al recurso, además de citar jurisprudencia anterior a la aquí señalada, y doctrina de los tribunales anteriores, no defiende, no argumenta la existencia de contaminación.

El motivo establecido en el acuerdo de 3 de octubre de 2023 es el siguiente:

“Incluir en la documentación del sobre 1, documentación e información correspondiente al sobre 3, evaluable mediante criterios aritméticos. En concreto, ha incluido la información relativa a los dispositivos de la embarcación que reduzcan la emisión de contaminación al aire o al mar (Inclusión de depósito de aguas de aguas negras y silenciador de escape según la normativa europea evaluable con cinco (5) puntos según el anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia. En este sentido se pronuncia la Resolución 25/2023 de 13 de enero de 2023, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía: “De este modo, y tras el análisis efectuado, podemos concluir que la adjudicataria ha proporcionado en el sobre 2 datos de la oferta que debían permanecer secretos hasta la apertura del sobre 3, propiciando la quiebra de las garantías de imparcialidad y objetividad que deben presidir en el proceso de valoración de las proposiciones. El hecho de dar a conocer tales datos anticipadamente puede influir en el juicio de valor que debe realizar el órgano competente, sin que haya que probar que tal influencia se ha producido, pues basta la posibilidad de que así sea para entender que se han mermado las garantías de objetividad e imparcialidad.”

Dicha resolución 25/2023, además fue reproducida de forma sesgada, como se ha podido advertir. Asimismo puede comprobarse como el órgano de contratación realiza una aplicación formalista de dicha doctrina, sin realizar el juicio de proporcionalidad necesario, cuando se incluye en el sobre de la documentación administrativa información del sobre correspondiente a los criterios evaluable mediante fórmulas, no existiendo un sobre intermedio, es decir el sobre referente a la presentación de la oferta que deba ser, en su caso, enjuiciada mediante criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.



El error en la presentación en la oferta fue incluir en la documentación del sobre 1 (documentación administrativa), documentación e información correspondiente al sobre 3 (criterios evaluables mediante fórmulas), de tal modo que se incluyó la información relativa a los dispositivos de la embarcación.

En concreto, la inclusión de dispositivos que reducen la emisión de contaminación al aire o al mar fue la información que se adelantó en el sobre número 1, en concreto, la inclusión de depósito de aguas negras y silenciador de escape según la normativa europea. Ello era evaluable con cinco puntos según el anexo X del pliego de cláusulas administrativas particulares, siendo lo anterior lo que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia.

De este modo, la adjudicación de la licitación se realizaba solo en base a criterios evaluables automáticamente, y no incluía criterios evaluables mediante juicios de valor, de tal modo que concretamente los criterios de adjudicación eran, la oferta económica de 0 a 90 puntos, y los dispositivos para reducir la contaminación, que se valora por enteros, de 0 a 10 puntos, no justificándose por el órgano de contratación los efectos de la revelación que hayan dado lugar a la contaminación, pues no se puede dar por hecho cuando se trata de una licitación con puros criterios de evaluación mediante fórmulas. Ninguna actuación entre la apertura del sobre 1 y la del sobre 3 habría podido influenciar en el resultado de la adjudicación. La infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que ha de analizarse, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación la infracción del citado deber, la cual no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá de analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación.

Esta incidencia o contaminación no ha resultado defendida ni en el acuerdo de exclusión, ni en el informe al recurso especial.

Su falta de argumentación en un plano sustantivo en el informe al recurso especial determina, una estimación parcial, es decir, anularlo a efectos de retrotraer el procedimiento de contratación para que el órgano de contratación fundamente en su caso si ha existido o no contaminación.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TRAFALGAR CHARTERS, S.L.**, contra el acuerdo de 3 de octubre de 2023 de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «servicio de alquiler de embarcación con tripulación para Huelva, Sevilla, Cádiz y Málaga» (Expte. CONTR 2022 91977), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul de la Administración de la Junta de Andalucía, anulando el acuerdo de exclusión, retrotrayendo las actuaciones a dicho momento, a efectos de admitir la oferta, prosiguiendo las actuaciones.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal el 27 de octubre de 2023.



TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

