



Recurso nº 512/2015

Resolución nº 598/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 29 de junio de 2015.

VISTA la reclamación formulada por Dña. S. P. Y., en nombre y representación de IKUSI SIS, S.AU. y a su vez como representante de ANGEL IGLESIAS, S.A.U., contra el acuerdo dictado por la entidad AENA, S.A. excluyendo a la citada licitadora del procedimiento para la contratación del “Suministro de estado operativo de equipos detectores de trazas (ETD) para varios aeropuertos de la red de AENA, S.A.” (Lotes 1, 2, 3 y 4), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La entidad contratante, AENA, S.A., inició procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato para el suministro de “estado operativo de equipos de detectores de trazas (ETD) para varios aeropuertos de la red de AENA S.A.”. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de marzo de 2015 y en el DOUE el 13 del mismo mes y año.

Segundo. El procedimiento se desarrolló por los trámites del procedimiento negociado, de conformidad con lo señalado en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, LCSE).

Tercero. Una vez abierta y calificada la documentación administrativa, se procede a la apertura del sobre relativo a la oferta técnica, procediéndose a su análisis por parte del órgano técnico. El órgano técnico, la División de Evaluación Técnica de la Dirección de Contratación, emitió informe del que, en lo que aquí importa, resultó que la ahora

recurrente no alcanzó la puntuación mínima requerida para poder alcanzar la segunda fase, pues obtuvo 65,95 puntos frente a los 70 exigidos.

Cuarto. El 4 de mayo de 2015 se notifica a la ahora recurrente el acuerdo de exclusión. Frente a dicho acuerdo se formula la presente reclamación el 26 de mayo de 2015.

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe de la entidad contratante, la Secretaría dio traslado de la reclamación interpuesta a las otras empresas licitadoras en fecha 10 de junio de 2015, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. El 16 de junio de 2015 presentó alegaciones la entidad ALAVA INGENIEROS, S.L., que resultó adjudicataria de los lotes 2, 3 y 4 y el 17 de junio presentó alegaciones la entidad TELECOMUNICACIÓN, ELECTRÓNICA Y CONMUTACIÓN, S.A., adjudicataria del lote 1.

Sexto. Por acuerdo de este Tribunal de 28 de abril de 2015 se suspendió el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.3 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Competencia del Tribunal.

La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 LCSE y en el artículo 41.1 y 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) al que se remite.

Segundo. Adecuación del procedimiento.

La reclamación se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 LCSE y el artículo 40.2 b) TRLCSP al que se remite, al tratarse del acto de exclusión que constituye un acto de trámite que impide la continuación del procedimiento respecto del licitador excluido y en relación con un procedimiento de

contratación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Tercero. Legitimación.

La reclamación está interpuesta en tiempo y forma por persona legitimada para ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 102 LCSE, por tratarse del licitador excluido y no constando el resultado de la apertura de los sobres que contienen las ofertas, no es posible descartar en este momento procedimental que la adjudicación no recaería precisamente en el licitador ahora recurrente.

Cuarto. Alegaciones del recurrente.

El recurrente alega la existencia de diversas irregularidades en el informe técnico que determinó su exclusión al no alcanzar la puntuación mínima exigida en el pliego. En particular señala las siguientes:

a) “Tiempo de análisis”. Según señala la recurrente, dentro de este concepto se tuvieron en cuenta otros criterios que no estaban establecidos expresamente en el pliego. Así, se señala que se tuvieron en cuenta criterios como el “tiempo que tarda el equipo en estar listo después de una alarma” o el “tiempo de limpieza o verificación no programada por necesidades del equipo”, requisitos técnicos que, si bien se establecían en el PPT, no estaban recogidos como criterios de valoración. Por otra parte señala que dentro del tiempo de análisis, se incluyó no solo el tiempo que transcurre entre la introducción de la muestra y la aparición del resultado instrumental (concepto de tiempo de análisis según la ECAC), sino también la limpieza posterior (lo que se correspondería con el “tiempo de proceso”, según el mismo organismo), lo que habría incidido negativamente en la puntuación otorgada.

b) “Tiempo fuera de servicio”. Según el recurrente, la medición se realizó sobre un periodo de 4 horas, extrapolándolo a 8 y 24 horas respectivamente para el cálculo, lo que se considera arbitrario, por no estar así expresado en el pliego.

c) “Ratio de falsas alarmas”. En este punto el recurrente considera inexplicable que este ratio sea de 27% en las pruebas realizadas por AENA, cuando previamente en el test realizado por la ECAC solo unos meses antes, los ratios obtenidos se encontraban por debajo del 1%.

d) “Formación para el manejo del equipo”. Considera que este punto no está suficientemente motivado en el informe, pues no explica los motivos por los que se da la concreta puntuación asignada de conformidad con el pliego.

e) “Mejoras presentadas”. En este punto el recurrente considera que el pliego incurría en una excesiva indefinición, pues se limitaba a señalar que se valorarían las mejoras sobre todo el pliego, “especialmente en relación con las tareas que se describen para la garantía y vida útil de los aparatos”, pero sin concretar nada más, lo que hace que la valoración o no valoración de este criterio resulte totalmente arbitraria.

Quinto. Contestación de la entidad contratante y de la adjudicataria.

A las anteriores alegaciones dan respuesta tanto la entidad contratante como la adjudicataria.

a) “Tiempo de análisis”.

- Respecto de este criterio la entidad contratante considera que el concepto tiempo de análisis no se corresponde en el PPT con el que utiliza la ECAC, sino que se utilizó uno más amplio que incluía otros aspectos, todos los cuales constaban en el PPT, por lo que no existió arbitrariedad ni discriminación alguna.

- La adjudicataria además señala que los conceptos utilizados por la entidad contratante para calcular el tiempo de análisis no se corresponden con el concepto de “tiempo de proceso” de la ECAC, tal y como alega la recurrente, sino que lo único que señala el informe técnico es que se hizo una limpieza posterior, lo que no excluye que el tiempo de análisis fue muy alto, incluso aunque se excluyeran los 7-8” relativos a la limpieza.

b) “Tiempo fuera de servicio”.

- Respecto de esta cuestión la entidad contratante señala que la valoración de los tiempos fuera de servicio se hizo dentro de un periodo de 4 horas, puesto que solo en ese tiempo ya se excedían de los establecidos por la ahora recurrente en su documentación técnica y solo esa discrepancia determinaba una minoración en la puntuación, tal y como expresamente se señalaba en el pliego.

- La adjudicataria añade además que en todo caso se trata de una forma de cálculo de los tiempos de servicio perfectamente objetiva, sin que el hecho de que el cálculo no se haya realizado sobre el tiempo real afecte al resultado, pues si el equipo da un tiempo fuera de servicio durante las primeras cuatro horas mayor del esperado es obvio que al cabo de ocho o de veinticuatro el tiempo fuera de servicio en todo caso será mayor, nunca menor, por lo que tal forma de valoración en todo caso habría redundado a favor de la recurrente.

c) “Ratio de falsas alarmas”:

- Señala la entidad contratante que el cálculo del ratio de falsas alarmas se hizo con la utilización de productos de uso habitual por parte de los pasajeros de los aeropuertos, más específicos y concretos que los utilizados por el ECAC, motivo por el cual los resultados pueden ser distintos, sin que ello afecte a la validez de los alcanzados en las pruebas realizadas por AENA.

- Por su parte la adjudicataria añade que no existe prueba de que el aparato presentado ante el ECAC fuera el mismo que el que se presentó para la prueba ante AENA, por lo que se trata de una alegación huérfana de toda prueba.

d) “Formación para el manejo del equipo”: según la entidad contratante la motivación era suficiente y basada en los criterios que de forma pormenorizada se establecían en el PPT, postura que también ratifica la adjudicataria.

e) “Mejoras presentadas”.

- Respecto de esta cuestión la entidad contratante señala que únicamente se tuvieron en cuenta aquellas mejoras que no tenían que ver con aspectos ya contenidos en el pliego que habían sido objeto de valoración respecto de otros criterios.
- La adjudicataria añade que la cuestión de la indefinición de la mejora no puede plantearse en este momento, pues debió hacerse con ocasión de la impugnación del pliego.

Sexto. Análisis del Tribunal. Doctrina de la discrecionalidad técnica.

A la vista de las anteriores consideraciones, procede que este Tribunal analice cada una de las alegaciones realizadas, siguiendo en todo caso la doctrina constante y reiterada según la cual las conclusiones técnicas alcanzadas por la mesa de contratación no pueden ser objeto de revisión por parte de los Tribunales competentes en materia de contratación pública, salvo que de las mismas se deduzca algún tipo de arbitrariedad o error material, doctrina manifestada reiteradamente, pudiendo citar por todas las resoluciones nº 248/2015:

“Finalmente, diversos recurrentes han cuestionado la asignación de puntos efectuada por los técnicos a sus propias ofertas. A este respecto, no puede sino partirse de la constante y conocida doctrina jurisprudencial basada en la discrecionalidad técnica de la Administración, puesta de manifiesto, entre muchas otras, en la resolución nº 123/2015: En relación con los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor el Tribunal viene manteniendo un criterio constante que se manifiesta en reiteradas resoluciones, entre otras la Resolución 52/2015, de 20 de enero, en la que se cita la Resolución 168/2013, de 8 de mayo de 2013 y se dijo: “Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe

quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”

Deben desecharse, por tanto, todas aquellas alegaciones que vienen referidas a consideraciones técnicas sobre la calidad de las ofertas, pues respecto de ellas no se evidencian errores o arbitrariedad, sino la mera consideración del recurrente de que su oferta era mejor que la del adjudicatario”.

En el presente proceso, el recurrente ha aportado junto con su escrito de reclamación otro escrito que denomina “informe técnico”, pero que no viene firmado ni avalado por ningún experto en la materia, de donde se deduce que se trata de un documento elaborado por la propia recurrente y cuyo valor, por tanto, no es de la prueba pericial, por lo que solo va a ser tenido en cuenta como complemento de las alegaciones contenidas en el escrito de reclamación.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasamos a analizar cada uno de los aspectos señalados en la reclamación:

a) “Tiempo de análisis”:

En este punto debe darse la razón inicialmente la entidad contratante, en el sentido de que los pliegos no tienen por qué utilizar los conceptos estándar utilizados por las normas técnicas, sino que pueden fijarse otros parámetros cuando la Administración considere que sirven mejor para sus necesidades. No obstante, no es menos cierto que en tales casos los pliegos habrán de definir adecuadamente cuales son esos parámetros.

En el presente caso, tal y como señala la propia entidad contratante, el PPT distinguía entre tres conceptos distintos: el tiempo de análisis (fila 2 de la tabla de la página 12 del PPT), el tiempo que tarda el equipo en estar listo después de una alarma (fila 8 de la

tabla de la página 12 del PPT) y el tiempo de una limpieza o verificación no programada por necesidades del equipo (fila 3 de la tabla de la página 12 del PPT). Sin embargo de los tres conceptos solo el primero (“tiempo de análisis”) fue considerado como un criterio específico de valoración en el anexo 4 del PCAP.

Por ello, a juicio de este Tribunal, resulta arbitrario que en el momento de efectuar la valoración del criterio “tiempo de análisis” se tuviera en cuenta no solo el tiempo de análisis, sino también los otros dos conceptos, que el propio PPT consideraba distintos y separados, razón por la cual no puede aceptarse la valoración efectuada en relación con este criterio.

Es cierto que, de conformidad con el anexo del informe técnico, puede observarse que solo el tiempo de análisis superaba el tiempo óptimo señalado en el pliego, por lo que no parece que pudiera haberse otorgado la puntuación máxima establecida en este criterio, tal y como señala la adjudicataria. No obstante lo anterior, dado que en el informe no se efectúa un desglose de la puntuación otorgada respecto de cada uno de esos aspectos diferentes, no es posible determinar en qué medida influyó en la puntuación asignada en este criterio los aspectos no incluidos en el concepto “tiempo de análisis”.

Por otro lado, el hecho de que se haya utilizado el mismo criterio con respecto al resto de licitadores no lo convierte en un criterio válido. Para que se considere cumplido el principio de libre concurrencia e igualdad de trato, es necesario no solo que se usen los mismos criterios para valorar todas las ofertas, sino además que tales criterios sean conocidos de antemano por todos y se interpreten de forma razonable con arreglo a los términos utilizados en los pliegos.

En este caso, a juicio de este Tribunal, la interpretación efectuada por la entidad contratante, incluyendo en el concepto “tiempo de análisis”, otros conceptos que el propio PPT describía como aspectos diferentes y que después no habían sido recogidos como criterios de valoración en el PCAP no se considera un criterio razonable, lo que ha de dar lugar a la anulación de la valoración efectuada en este punto, dando así la razón al recurrente en lo que afecta a esta alegación.

b) “Tiempo fuera de servicio”.

En relación con esta cuestión, sin embargo, ha de darse la razón a la entidad contratante y a la adjudicataria. En este sentido, se considera razonable la actuación de la entidad contratante y la reclamación debe ser desestimada en este punto. Ni las normas de contratación ni los pliegos exigían que las pruebas se desarrollaran en condiciones reales, por lo que la forma de actuar de los técnicos, realizando una prueba durante 4 horas, se considera suficiente para alcanzar una conclusión técnicamente admisible.

Por otro lado, si a las 4 horas de prueba ya se habían superado los valores óptimos establecidos en el PPT y en la documentación técnica presentada por la licitadora, es evidente que transcurridas 8 o 24 horas tales tiempos fuera de servicio no pueden disminuir, sino en todo caso aumentar. En todo caso, en el pliego se establecía que la divergencia entre la documentación técnica presentada y las pruebas realizadas por los técnicos daría lugar a una importante penalización en los puntos, por lo que en ningún caso esta cuestión podría permitir a la recurrente obtener una puntuación mayor a la alcanzada.

c) “Ratio de falsas alarmas”.

En relación con este punto tampoco se aprecia arbitrariedad ni error alguno. Como señala la adjudicataria, la recurrente no ha acreditado que el aparato presentado ante el ECAC fuera el mismo que el presentado para las pruebas por parte de los técnicos de AENA y en todo caso, las pruebas a realizar por unos y otros no tienen por qué ser las mismas, pues una cosa es el estándar exigido por el ECAC y otra distinta la calidad exigida por la entidad contratante.

d) “Formación para el manejo del equipo”.

Tampoco en este punto puede darse la razón a la recurrente, toda vez que la motivación es más que suficiente para cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 83 de la LCSE, habiéndose manifestado suficientemente los aspectos tenidos en cuenta y los

motivos por los que se asigna una concreta valoración, sin que sea necesario a este respecto una motivación exhaustiva y pormenorizada de cada uno de los puntos asignados a cada oferta, tal y como se ha señalado reiteradamente por la doctrina de este Tribunal, pudiendo citar al respecto la resolución nº 315/2014 y las que en ella se cita que, aunque referidas al artículo 151.4 TRLCSP, resultan igualmente aplicables al presente caso:

“Esto no obstante, como reitera la jurisprudencia y ha afirmado este Tribunal en repetidas ocasiones, la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud bastante para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como así lo declara tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).”

e) “Mejoras”.

Finalmente, en este punto sí ha de darse la razón al recurrente. La definición de las mejoras como criterio de evaluación técnica se contenía en el apartado 5 del anexo 4 del PCAP, con el siguiente tenor:

“Se valorarán mejoras sobre todo el pliego, especialmente en relación con las tareas que se describen para la garantía y vida útil de los aparatos”.

Dicha cláusula es absolutamente genérica y permite a la entidad contratante una excesiva discrecionalidad para elegir los aspectos que podrían ser objeto de valoración o no, sin que se permita a los licitadores conocer de antemano los criterios que podrían incidir en una mejor valoración de su oferta, lo que rompe el principio de transparencia y libre concurrencia.

Se señala por la adjudicataria que presentó alegaciones, que en todo caso se trata de una cuestión que debió ser puesta de manifiesto mediante la impugnación del pliego y una vez formulada la oferta, no cabe atacar el mismo en virtud de la doctrina de los actos propios.

Sin embargo, es doctrina consolidada de este Tribunal que en aquellos supuestos en que las cláusulas del PCAP dan lugar a una total indefinición y excesiva discrecionalidad de la entidad contratante, dicha oscuridad puede ser también invocada con ocasión de la reclamación contra los actos posteriores del procedimiento.

Cabe así citar la resolución nº 370/2014 que aunque referida al artículo 147 TRLCSP, resulta igualmente aplicable al artículo 62 LCSE, en este caso por razón de la materia:

*“El TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y el valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre, 207/2013, de 5 de junio, 302/2011, de 14 de diciembre, 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan, resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012), el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el pliego de cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, **su concreción es un requisito esencial**, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el pliego (...) **procede declarar nula la cláusula** contenida en el apartado J) 1 del Anexo I del Pliego que determina las forma de acreditar y valorar las mejoras y, sirviendo éstas como criterio de adjudicación, **la nulidad ha de extenderse a todo el procedimiento***

toda vez que afectando directamente a un principio de la contratación que determinó la criterios de adjudicación”

Por todo lo anterior, procede la anulación del criterio de adjudicación “Mejoras”, lo que lleva consigo la nulidad de todo el procedimiento.

Por lo demás, las consideraciones efectuadas por la entidad contratante sobre el posible perjuicio del interés público en caso de ser anulada la licitación, no pueden ser tenidas en cuenta por este Tribunal, que ha de velar únicamente por la debida aplicación de la normativa de contratación pública, sin que pueda tener en cuenta consideraciones de oportunidad ajenas a la revisión jurídica del acto administrativo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar, por las razones expuestas en esta resolución, la reclamación formulada por Dña. S. P. Y., en nombre y representación de IKUSI SIS, S.AU. y a su vez como representante de ANGEL IGLESIAS, S.A.U., contra el acuerdo dictado por la entidad AENA, S.A. excluyendo a la citada licitadora del procedimiento para la contratación del “Suministro de estado operativo de equipos detectores de trazas (ETD) para varios aeropuertos de la red de AENA, S.A.” (Lotes 1, 2, 3 y 4), declarando la nulidad de todo el procedimiento.

Segundo. Levantar la suspensión acordada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.4 LCSE.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 LCSE.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.