



Recurso nº 887/2020 C.A. de la Región de Murcia 55/2020

Resolución nº 1188/2020

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

En Madrid, a 6 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. B. M., en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., y por D. J. C. G. F., en representación de KAPSCH TRAFFICOM TRANSPORTATION, S.A.U., contra su exclusión de la licitación convocada por la Consejería de Presidencia y Hacienda de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para contratar el suministro de “*Solución de gestión de territorio inteligente ‘La Manga Abierta 365’*”, expediente 12/19; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El presente contrato mixto de suministro se está tramitando por el procedimiento de adjudicación abierto, tramitación ordinaria, según lo dispuesto en los artículos 131 y 156 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), mediante la utilización de varios criterios de adjudicación, conforme al artículo 145.3 f) de la LCSP, y publicado el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) con fecha 9 de marzo de 2020, así como en el perfil de contratante de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el 4 de marzo de 2020. El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 7 de abril de 2020 a las 14:00 horas.

Como consecuencia de la publicación del Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma, el plazo de presentación de ofertas queda suspendido desde el día 14 de marzo de 2020, habiendo transcurrido 9 días hasta la suspensión.



Por Orden de 22 de mayo de 2020 se acuerda continuidad de la tramitación del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto por el apartado cuarto de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como el levantamiento de la suspensión de plazos general establecida en el apartado 1 de dicha disposición adicional, empezando a contar el plazo para la presentación de ofertas desde el día 25 de mayo de 2020, y restando 26 días naturales, el plazo de presentación de ofertas finaliza el 19 de junio de 2020.

Segundo. Dentro del plazo de presentación de ofertas tuvieron entrada las proposiciones de las siguientes empresas:

- (1) SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS, S.A., NIF A28002335
- (2) DEIMOS SPACE, S.L.U., NIF B83028084
- (3) UTE REGENERA LEVANTE S.L., NIF B13492423 EVERIS SPAIN, S.L.U, B82387770, TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS TEVA, S.L., NIF B81857567
- (4) TRADIA TELECOM, S.A.U., NIF A61902045
- (5) UTE VODAFONE ESPAÑA, S.A.U, NIF A80907397, KAPSCH TRAFFICOM TRASPORTATION, S.A.U., NIF A78107349
- (6) TELEFONICA SOLUCIONES DE INFORMATICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.U., NIF A78053147
- (7) UTE IBERMÁTICA, NIF A20038915, IMESAPI, S.A, A28010478
- (8) NEC IBERICA, S.L.U. NIF B85944528

Tercero. La mesa de contratación procedió al examen del sobre nº 1 en la reunión de 24 de junio de 2020, que se documenta en el acta de 01 de julio de 2020. En dicha reunión se constata que todas las empresas presentan el DEUC exigible conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, si bien se requiere de subsanación de algún apartado a algunas de ellas.



Cuarto. La mesa de contratación, en sesión celebrada el día 1 de julio de 2020, da cuenta del resultado de la calificación de los documentos contenidos en el sobre nº 1, por lo que seguidamente se procede a la apertura del sobre nº 2. El acta de dicha sesión suscrita el 30 de julio de 2020, recoge la subsanación de la documentación recogida en el sobre nº 1, por las empresas requeridas, así mismo en relación con los documentos aportados en el sobre nº 2 de los licitadores presentados y admitidos, se requiere a 4 empresas para que completen la documentación.

Quinto. Completada la documentación, el 22 de julio de 2020 se reúne la mesa de contratación al objeto de analizar el informe emitido el 21 de julio de 2020 por los técnicos que asisten a la mesa, cuya transcripción literal es la siguiente, en lo que respecta a las recurrentes:

“1. Anomalías detectadas tras la revisión de la documentación del sobre nº 2.

Se pone en conocimiento de la Mesa de Contratación relativa al expediente nº 12/19 “SOLUCIÓN DE GESTIÓN DE TERRITORIO INTELIGENTE “LA MANGA ABIERTA 365”, las anomalías detectadas en las ofertas de los siguientes licitadores tras la revisión de la documentación del sobre nº 2.

1.2. UTE VODAFONE-KAPSCH

En la página 171 de su propuesta técnica, incluye información referente al número total de Puntos de Acceso WiFi a suministrar (60). De este dato se podría deducir el número total de playas con WiFi, siendo éste un criterio de valoración automática (B2) cuyo valor máximo es 27.”

Sexto. A la vista de dicho informe la mesa de contratación acuerda excluir, mediante acta suscrita con fecha 28 de julio de 2020, a las recurrentes.

Séptimo. Disconforme con dicha resolución las empresas recurrentes han presentado recurso especial en materia de contratación solicitando la nulidad del acuerdo de la mesa de contratación de excluir su oferta por deducirse errónea e injustificada, entendiendo que la información aportada en el sobre nº 2 no resulta indebida.



Octavo. Se ha emitido por el órgano de contratación el informe, al que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, solicitando la desestimación del recurso.

Noveno. La Secretaría del Tribunal en fecha 10 de septiembre de 2020 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Décimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 11 de septiembre de 2020 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 46.2 de la LCSP y del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 4 de marzo de 2012 (BOE de fecha 21/11/2012), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 20 de octubre de 2015 (BOE de fecha 11/11/2015) y nuevamente prorrogado mediante Acuerdo de fecha 19 de noviembre de 2018 (BOE de fecha 01/12/2018).

Segundo. La resolución recurrida es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con los artículos 44.1 a) y 44.2 b) de la LCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en el plazo legalmente establecido en el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. Las entidades recurrentes ostentan legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que:



“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

Quinto. La cuestión planteada por las empresas recurrentes ha sido tratada en multitud de ocasiones tanto por el Tribunal Supremo como por este Tribunal, en aplicación del citado artículo 146.3 de la LCSP, apartado b) que dispone:

“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.”

Por su parte, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dispone:

“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 aquellos”.

Y en aplicación de este principio, el pliego de condiciones particulares, en su página 96, respecto a la información que debe contener el Sobre nº 2, señala como advertencia:

“AVISO: En ningún caso, en este Sobre 2, se reflejará la oferta económica del licitador o referencia a los criterios cuantificables del Sobre 3, siendo estos extremos causa de exclusión del procedimiento.”



A estos efectos es sobradamente conocida, entre muchas otras, Resolución nº 490/2017, de 8 de junio, la doctrina de que cuando la apertura de un sobre que contiene la oferta objeto de ponderación con criterios de valor, contiene datos de la parte de la oferta que debe valorarse conforme a criterios objetivos, la oferta debe excluirse. Este principio general, que, no admite excepciones, sí que exige una cuidadosa constatación de que tal efecto de “contaminación” de unas valoraciones con otras, que es lo que se pretende evitar, se ha producido realmente y es susceptible de haber condicionado la primera de las valoraciones. De todo ello, se hacen eco las Resoluciones nº 771/2016, de 30 de septiembre, nº 67/2012, nº 62/2013, nº 688/2014, nº 890/2014, nº 661/2015 y nº 8/20 y la Resolución nº 749/2019, citada por las empresas recurrentes, que la excluyó de otro proceso de selección:

“Ello es así porque, con tal proceder, se infringe el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública (cfr.: artículos 145.2 y 160 TRLCSP) y hace imposible la aplicación de la regla fundamental en nuestro Ordenamiento (cfr.: artículos 150.2 TRLCSP y 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; Resolución 110/2014, Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero, 673/2015, de 17 de julio, y 225/2016, de 1 de abril), y finalmente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014, Asunto T-637/2011, afirmó que se puede “(...) considerar garantizada la confidencialidad de las ofertas [por]que la comisión de apertura de las ofertas [se] halle en dos sobres sellados intactos. Según se afirma en la primera de las resoluciones citadas “esta norma contribuye de este modo a la seguridad jurídica, eliminando cualquier riesgo de apreciación arbitraria en la apertura de las ofertas.”

En este sentido citamos nuestra reciente Resolución nº 740/2020, de 26 de junio de 2020, que señala que:

“De lo expuesto se desprende que en los procedimientos en los que se establezcan criterios de valoración objetiva o mediante la aplicación de fórmulas matemáticas, deberán cuantificarse con posterioridad a la valoración de los criterios sometidos a



juicio de valor, que, además, deberá ser hechos públicos con antelación. Y ello viene motivado por la necesidad de garantizar que los criterios sometidos a juicio de valor no puedan verse condicionados por la previa valoración de los elementos objetivos. En tal caso se correría el riesgo de permitir al órgano de contratación otorgar una mayor o menor puntuación a estos criterios subjetivos para acomodar la puntuación total a la luz de la puntuación obtenida en la valoración de los criterios sujetos a fórmula matemática. De este modo, la ley separa sendos sobres, el sobre 3 y el sobre 2, para documentación a valorar según criterios objetivos o fórmulas matemáticas y documentación a valorar según un juicio de valor, respectivamente. La documentación de uno y otro sobre no puede estar mezclada y solo una vez emitida la valoración del sobre 3, se procede a la valoración del sobre 2. Las directivas comunitarias y, por ende, la Ley de Contratos del Sector Público, pretenden enervar precisamente este hecho, a saber: que conociendo la puntuación objetiva se pueda ver condicionada la puntuación subjetiva (con la dificultad que conlleva el control de este criterio), de tal suerte que pueda dirigirse la adjudicación en uno u otro sentido, en función del interés del órgano de contratación en que el contrato se adjudique a una empresa u otra. Ello comprometería gravemente la imparcialidad de éste y suscitaría reclamaciones fundamentadas esencialmente en haber otorgado mayor puntuación a estos criterios subjetivos para favorecer a unos u otros licitadores, y viéndose estos criterios subjetivos revestidos de mayor discrecionalidad técnica que los objetivos que, en puridad, son elementos reglados y más fácilmente fiscalizables por los órganos de control, dejaría indefensos a los licitadores que quisieran cuestionar esta valoración.”

Sexto. De acuerdo con este planteamiento procede analizar si los requisitos de la doctrina expuesta concurren en este caso.

Según recoge el informe de la Dirección General de Estrategia y Transformación Digital de 21 de agosto de 2020, en la página 171 de su propuesta técnica, las recurrentes incluyen información referente al número total de Puntos de Acceso WiFi a suministrar (60). De este dato se podría deducir el número total de playas con WiFi, siendo éste un criterio de valoración automática (B2) cuyo valor máximo es 27.



Si bien en el PPT se indica que los APs WiFi pueden ser utilizados para otras funcionalidades aparte de dar acceso a Internet en las playas, el licitador incluye de forma explícita información referente al número de APs a suministrar dentro del subapartado 1.5.2. Red WiFi de su propuesta técnica, donde además indica claramente que el alcance será el siguiente (página 165):

“El alcance del proyecto incluye la instalación de dos puntos de acceso en cada una de las playas indicadas a continuación y recogidas en el pliego de prescripciones técnicas:

[Listado mínimo original de playas a cubrir (20)]”.

Dicho subapartado forma parte, dentro de la propuesta del licitador, del Componente 3: Turismo Inteligente, de forma análoga al PPT. Si bien es cierto que el licitador indica en su propuesta que utilizará los APs WiFi como aforadores para la monitorización de afluencia de personas, lo hace en un subapartado diferente y de forma posterior a indicar el número total de APs WiFi a suministrar.

Según la página 40 del PPT, se indica que:

“Se esperan cubrir un mínimo de 20 playas que se definen en el Anexo I con dos APs mínimo en cada playa.”

Pues bien, en dicho Anexo I del PPT se recogen, no sólo el listado mínimo de 20 playas que se deberán cubrir (que coinciden con la propuesta del licitador), sino también un listado de 10 playas adicionales, lo que hacen un total de 30 playas a cubrir. Sin embargo, existía un error en la redacción de dicho apartado que fue debidamente subsanado en tiempo y forma mediante Nota aclaratoria correspondiente y publicada en el Perfil de Contratante, que obra en el expediente administrativo.

Según dicha Nota aclaratoria, se indica que el número mínimo de playas que se deberán cubrir es de 16 y que el número de playas adicionales será de 11, lo que hacen un total de 27 playas a cubrir que, curiosamente, coinciden con el apartado 13.4.2.6 de la propuesta técnica del licitador (páginas 134 a 160).



Por otro lado, tal y como se recogió en el informe relativo a las anomalías detectadas tras la revisión de la documentación contenida en el sobre nº 2, en la página 171 de su propuesta técnica, el licitador incluye información referente al número total de Puntos de Acceso WiFi a suministrar (60):

“Se propone la instalación de un swith de 8 puertos y 2APs por emplazamiento, con un total de:

MODELO	Unidades
Cambium AP CnPilot E501S	60
Cambium switches cnMatrix EX2010-8P	30

Captura de pantalla de Memoria Técnica UTE VODAFONE-KAPSCH”

Por tanto, de lo anterior se deduce que el licitador propone cubrir en su oferta, al menos, 30 playas empleando 2 APs por playa, lo que hace un total de 60 APs WiFi. Tales cifras propuestas por el licitador coinciden con los valores máximos previos a la corrección del error (Playas cubiertas: 30 y APs Wifi: 60) y que, por tanto, gozarían de puntuación adicional según los criterios evaluables de forma automática que debían ser indicados y valorados únicamente en el sobre nº 3.

Es más, el licitador siquiera ha tenido en cuenta en su propuesta, la corrección del número mínimo de playas a cubrir (16), tal y como fue recogido en la correspondiente Nota aclaratoria publicada en el Perfil del Contratante.

Incluso en el caso que el licitador sólo tuviera intención de cubrir 20 playas como indica en la página 165 de su oferta, estaría facilitando un número de playas a cubrir por encima el mínimo exigido (16) y, por tanto, revelando en el sobre nº 2 prestaciones superiores que supondrían puntuación adicional según el criterio de valoración automática B2. Número total de playas con WiFi (Mín. 16 – Máx. 27).

Se deduce, por tanto, que el licitador está dando información en el sobre nº 2, por encima de los valores mínimos exigidos en los Pliegos y/o sus correcciones (Notas aclaratorias), de datos concretos que debían ser incluidos en la documentación del sobre nº 3.



A tal efecto, se considera que la información incluida es suficiente como para considerar la revelación de datos concretos evaluables de forma automática.

Resulta, por tanto, que las empresas recurrentes han incluido y han anticipado información dentro del Sobre nº 2, que no requería el PCAP, es más, que expresamente excluía y que supone, como decimos, anticipar y aportar una información que ha distorsionado el proceso de licitación y su valoración.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. C. B. M., en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., y por D. J. C. G. F., en representación de KAPSCH TRAFFICOM TRANSPORTATION, S.A.U., contra su exclusión de la licitación convocada por la Consejería de Presidencia y Hacienda de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para contratar el suministro de *“Solución de gestión de territorio inteligente ‘La Manga Abierta 365’”*, expediente 12/19.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.