



Recurso nº 1069/2021

Resolución nº 1585/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 12 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial interpuesto por D. J.M.F.P., en representación de CONSTRUCCIONES NAVALES PAULINO FREIRE, S.A., contra su exclusión de la licitación convocada por el Instituto Español de Oceanografía O.A. y M.P. para contratar el *“Proyecto y suministro con fabricación de un buque oceanográfico multipropósito y de investigación pesquera de ámbito global, con sus respectivos equipamientos y pertrechos, (BUQUE), con destino al Instituto Español de Oceanografía”*, expediente 2020_282; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Aprobado el expediente de contratación y los pliegos por parte de la Presidencia del Instituto Español de Oceanografía, O.A. y M.P. (en adelante, IEO) se procedió a su anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 23 de diciembre de 2020 y a su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de 11 de febrero de 2021. La licitación por procedimiento abierto y tramitación electrónica fue publicada varias veces en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) ante la necesaria corrección de errores. La última publicación en la Plataforma fue realizada el 15 de marzo de 2021, sin división en lotes y con un valor estimado del contrato de 70.000.000,00 € (impuestos excluidos) y señalando como fecha máxima para la presentación de proposiciones hasta el 29 de marzo de 2021 a las 09:00 horas.

Segundo. El procedimiento abierto de adjudicación siguió los trámites que, para los contratos mixtos, servicio y suministro, sujetos a regulación armonizada regula la vigente Ley 9/2018, de 7 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). Este contrato fue autorizado por el Consejo de Ministros en la sesión celebrada el 15 de diciembre de 2020.

Tercero. A la licitación, según obra en el certificado obrante en la PLACSP, han presentado sus proposiciones las siguientes empresas:

- CONSTRUCCIONES NAVALES PAULINO FREIRE, S.A. (la recurrente o FREIRE)
- ASTILLEROS ARMON VIGO, S.A. (ARMON)

Cuarto. El 30 de marzo de 2021, reunida la mesa de contratación del IEO se procede a la apertura de los sobres que contenían la documentación administrativa y tras la revisión de la documentación se acuerda admitir a ASTILLEROS ARMON VIGO, S.A. y se le concede un plazo de 3 días naturales a CONSTRUCCIONES NAVALES PAULINO FREIRE, S.A. para que subsane la documentación administrativa.

Quinto. Reunida la mesa de contratación el 5 de abril de 2021 se admiten las subsanaciones presentadas y se acuerda la apertura de los sobres nº 2 referidos a los criterios subjetivos evaluables mediante juicios de valor.

Toda la documentación tanto en soporte físico como en soporte electrónico se eleva a los técnicos para el examen y puntuación de la oferta técnica presentada por las dos licitadoras concurrentes.

Sexto. El informe técnico evaluador de los criterios subjetivos es emitido el 4 de junio de 2021 por el Director de la Unidad de Tecnología Marina del CSIC y en relación con la oferta presentada por la ahora recurrente, expresa cuanto sigue:

“Lo que evidencia que se incluirá el suministro de los transpondedores/elementos indicados, y que constituye una mejora cuantificable automáticamente.



Adicionalmente, en el conjunto de archivos con la información técnica de los equipos que conforman la oferta presentada por CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE, S.A., se incluyen los siguientes archivos:

- *“4.4.5.4- IM-11 - Juego Transpondedores compatibles HIPAP - KONGSBERG MARITIME.pdf”.*
- *“4.4.5.9 - IM-20 - AUV HUGIN 6000m.pdf”.*

Estos archivos están nombrados con el número de cláusula correspondiente del PPT (4.4.5.4 y 4.4.5.9) seguido de la referencia que se le da a cada uno de ellos en el PPT (IM-11 en un caso e IM-20 en el otro) y el modelo correspondiente (KONGSBERG MARITIME y AUV HUGIN). Dichos archivos incluyen, en el primer caso, un listado de transpondedores, que se corresponde con lo que se indicaba en la oferta, y en el segundo caso, una configuración concreta del vehículo AUV. En ambos casos vienen descritos en el documento como “Scope of supply” (alcance del suministro) y firmados digitalmente.

De lo anterior, resulta evidente que la oferta presentada por FREIRE contempla los elementos mencionados (juego de transpondedores y vehículo submarino AUV), que son elementos cuantificables de manera automática.

*En referencia a esto, en el Pliego de Cláusulas Administrativas se establece que:
(...)*

Con lo anterior, se concluye que la empresa CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE, S.A. ha incluido dentro de su propuesta evaluable mediante juicio de valor, información suficiente como para conocer dos de los equipos que suministrará de entre los listados en la cláusula 4.4.5 del PPT, lo que permite conocer de antemano parte de la puntuación que le será asignada de manera automática en el apartado correspondiente de valoración mediante fórmulas.

No obstante, lo anterior, se deja a criterio de la Mesa evaluar el posible incumplimiento y se continúa con la valoración”.



Séptimo. A requerimiento de la mesa de contratación se emite un nuevo informe técnico con fecha 14 de junio de 2021 con el fin de analizar la potencial inclusión de información relevante perteneciente al sobre 3 en el sobre 2, según los criterios de adjudicación establecidos en el Anexo 7 y 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige esta licitación abierta.

De acuerdo con el Anexo 8 la documentación a presentar cuantificable mediante fórmulas era:

1. Oferta Económica
2. Consumo total de combustible Diésel.
3. Consumo de Combustible Diésel en modo de Tracción de Punto Fijo
4. Consumo de Combustible Diésel en modo DP estático.
5. Mejoras: Suministro de equipamiento adicional.
6. Ampliación de plazo de garantía
7. Autonomía de la motorización de LNG.
- 8.- Inspección del Armador.

Existe además un apartado 5 del Anexo 8 del PCAP referido a las mejoras: suministro de equipamiento adicional y a juicio del segundo informe técnico, es en este apartado donde la recurrente yerra y desvela este criterio de adjudicación cuantificable objetivamente en la documentación técnica evaluable mediante juicio de valor. Y propone:

“Con lo anterior, se concluye que la empresa CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE, S.A. ha incluido dentro de su propuesta evaluable mediante juicio de valor, información suficiente como para conocer con todo detalle dos de los equipos que suministrará como mejora de entre los listados en la cláusula 4.4.5 del PPT, lo que permite conocer de antemano parte de la puntuación que le será asignada de



manera automática en el apartado correspondiente de valoración mediante fórmulas.

Esta aportación de información, con mucho detalle, se da en tres ámbitos o lugares distintos dentro del conjunto de los documentos que presenta la empresa, por lo que no se puede apreciar que se trate de un error u omisión al respecto”.

Octavo. La Mesa única de contratación, en su sesión 20210617/I - IEO, de 17 de junio de 2021, de acuerdo con los informes técnicos de valoración de fechas 6 y 14 de junio de 2021 acordó la exclusión de la empresa, CONSTRUCCIONES NAVALES PAULINO FREIRE, S.A., con el siguiente tenor:

“Excluir a A36600559 - C.N.P. FREIRE, S.A. del procedimiento de contratación 2020_282 - Proyecto y suministro con fabricación de un buque oceanográfico multipropósito y de investigación pesquera de ámbito global, con sus respectivos equipamientos y pertrechos, (BUQUE), con destino al IEO, por haber incluido en el Sobre 2 – Documentación valorable conforme a criterios de adjudicación ponderables mediante un juicio de valor, referencias a varios aspectos de la proposición cuantificables mediante fórmulas correspondientes al Sobre 3 - Documentación valorable conforme a criterios de adjudicación ponderables mediante la aplicación de fórmulas, y que por tanto permiten conocer de antemano aspectos de la proposición que debe cuantificarse mediante fórmulas o de modo objetivo, en un sobre distinto al reservado para ello”.

Noveno. Disconforme con la exclusión, la representación de CONSTRUCCIONES NAVALES PAULINO FREIRE, S.A., formaliza mediante la presentación en sede electrónica el 8 de julio de 2021 recurso especial en materia de contratación contra dicha actuación e insta su anulación con retroacción del procedimiento al momento anterior y, por ende, a la nueva valoración de las ofertas presentadas por las dos licitadoras concurrentes.

Décimo. Mención especial por lo que luego se dirá merecen las siguientes actuaciones dada la reiterada solicitud de acceso realizada por la recurrente a la documentación presentada por el segundo licitador:



- FREIRE cumplimentó el Anexo 6, declaración de confidencialidad literalmente en los siguientes términos:

“ANEXO 6 - DECLARACIÓN CONFIDENCIALIDAD

Nº de Expediente: (Exp.2020_282),

Objeto del contrato: “Proyecto y suministro con fabricación del Buque Oceanográfico Multipropósito y de Investigación Pesquera de Ámbito Global”

D. J.F.P., mayor de edad, en nombre y representación de CONSTRUCCIONES NAVALES P. FREIRE, S.A, entidad domiciliada en Vigo, España, Avda. Beiramar número 18, con CIF A36600559, y de calidad de Administrador Único de la misma,

DECLARA

Que los documentos y datos presentados en el sobre 2 se consideran de carácter confidencial y son los que a continuación se relacionan:

✓ Propuesta de diseño ofertado-Especificación técnica del buque

✓ Propuesta de diseño ofertado-Plano de disposición general

✓ Propuesta de diseño ofertado-Justificación del diseño de la planta eléctrica

✓ Propuesta de diseño ofertado-Información técnica de equipos (incluida la memoria USB entregada en el registro de Madrid con fecha 10/03/2020.)

✓ Propuesta de diseño ofertado-DP Capability

✓ Memoria ME-04 y ME-05 "Estudio de diseño y formas de Quillas Retráctiles y Blister"

✓ Memoria "Comportamiento en la mar"

✓ *Planificación*”.

- La oferta presentada en el sobre 2 por ARMON incluía un Anexo 6, en el que se declaraban como confidenciales, el plano de Disposición general PR 243-20, así como las memorias incluidas en la propuesta.

- En su informe a este Tribunal, el órgano de contratación señala que con fecha 5 de julio de 2021 dio traslado a FREIRE del expediente de contratación íntegro (Documento 32), a excepción de aquellos documentos que el licitador había declarado en el Anexos 6 como confidencial. En el caso de ARMON, en el Sobre 2 se excluyeron previa solicitud de aclaración al licitador mediante correo electrónico de esa misma fecha (Documento 33.2) el documento “P01.OCE.IEO.202: S08 Disposición General” y una serie de Memorias.

- En ese mismo informe, el órgano de contratación señala que ha requerido de ARMON la motivación de la declaración de confidencialidad, en particular, ante la petición de FREIRE de acceso a la especificación técnica detallada OC-8430, así como a toda la documentación con forma de Memoria que hubiese presentado, en particular, los documentos ME-02 y ME08A.

- La contestación de ARMON consiente en dar acceso al recurrente a una serie de documentación tanto de la especificación técnica OC-8430-A como de la ME-08.

Al mismo tiempo, dicha contestación justifica jurídica y fácticamente la negativa a facilitar acceso al resto de documentación solicitada.

Destacamos por su relevancia para lo que luego se dirá, el siguiente razonamiento:

“El resto, por su interés técnico y/o comercial, al haber sido concebida para un buque a la medida del licitante, está amparada por la cláusula de confidencialidad, ya que recoge cálculos, valores, nombres de suministradores propios de ARMON detalles de montaje y otros datos que pertenecen a la Propiedad intelectual e industrial del astillero, cuya publicación o utilización por parte de terceros produciría una situación de desigualdad y una merma en la capacidad de competencia.”



- Con fecha 16 de julio de 2021 el Instituto de Oceanografía informa a este Tribunal que ha dado acceso al recurrente de la documentación que ha quedado fuera de la condición de confidencialidad y de la motivación expresada por ARMON para no facilitarle acceso al resto.
- Con fecha 23 de julio de 2021 FREIRE presenta escrito a la mesa de contratación del Ministerio de Ciencia e Innovación, en el que básicamente argumenta: 1) Obligación por parte de la mesa de contratación de pronunciarse sobre la declaración de documentación confidencial realizada por ARMON, se solicita un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión; 2) ARMON no facilita el acceso a documentación que inicialmente no clasificó como confidencial (especificación técnica OC-8430-A); 3) Reitera su petición de acceso a las memorias ME-02 y ME-08 y cuanta documentación la mesa no considere confidencial.
- Con fecha 3 de septiembre de 2021 tiene entrada en el registro de este Tribunal, nuevo escrito de FREIRE en el que sin completar su recurso inicial con la documentación a la que posteriormente ha tenido acceso tras la conformidad de ARMON, se limita a insistir sobre que el expediente se encuentra incompleto, y solicita un plazo adicional de diez días para completar su recurso.

Undécimo. La Secretaría del Tribunal en fecha 22 de julio de 2021 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.

Duodécimo. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito por la vigente LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.



Segundo. La actuación impugnada se refiere a un contrato mixto (servicios y suministro) sujeto a regulación armonizada que supera sobradamente el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1 a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000,00 € y además el acto recurrido, la exclusión de su oferta, se refiere a una de las actuaciones susceptible de revisión ex artículo 44.2 b) de la LCSP, por tratarse de un acto de trámite cualificado.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50 de la LCSP, por otro lado, se han dado satisfacción a las demás exigencias procedimentales, por lo que procede su admisión.

Cuarto. Sostiene la defensa de la mercantil impugnante que, el acuerdo de exclusión resulta contrario a Derecho por los siguientes motivos:

1. Vulneración del artículo 52 de la LCSP en relación con el artículo 24 de la Constitución Española. A modo preliminar, considera que no habérsele permitido el acceso al expediente completo y sobre todo a la oferta técnica presentada por ARMON en el sobre nº 2 bajo un supuesto derecho de confidencialidad le ha provocado una vulneración de su derecho de defensa. Al acceder a la documentación técnica de ARMON observa que, la oferta técnica ha sido declarada confidencial y se le ha negado acceso a la misma, por lo que no puede tener términos comparativos. En este sentido expresa que:

“Debemos señalar, en este sentido, que el Informe Técnico Aclaratorio realiza una comparación entre lo que ambas entidades, ARMÓN y FREIRE, incluyeron en el Sobre 2, para decidir seguidamente lo que podía considerarse permitido y lo que no. Al no poder analizar detenida y detalladamente dicha comparación y el contenido de la Oferta del otro licitador, el Recurso se ha de realizar prácticamente a ciegas y sin saber a ciencia cierta la bondad de la argumentación realizada por el Redactor del Informe Técnico Aclaratorio”.

2. Arbitrariedad en la actuación de la mesa basada en un informe técnico que a su juicio no es objetivo, ni imparcial ni razonable y en su opinión:

“(…) se está poniendo la causa antes que el efecto. Se está prejuzgando sin saber qué es lo que contiene el Sobre 3. Además, a consecuencia de la exclusión de FREIRE, no se puede saber qué contiene efectivamente el Sobre 3. Es decir, nos hallamos ante la más absoluta indefensión. Se parte de hipótesis a priori para excluir a FREIRE, pero no se puede comprobar si las hipótesis para su exclusión eran ciertas o no”. Además, todo ello abonado “(…) de que esta parte carece de acceso a la inmensa mayoría de la información aportada por ARMÓN en el Sobre 2, del Informe se desprende que ARMÓN no se limitó a hacer un mero listado de las mejoras, sino que, como dice expresamente el informe, ARMÓN ha aportado más información “en algunos casos en los que el pliego de las descripciones no aporta suficiente información que permita especificar técnica el buque desde el punto de vista de la potencial instalación de este equipamiento”. Es decir, más información de la recogida en el PPT de varios equipamientos (no de todos) considerados como “mejoras”, pero de ello no se saca la menor conclusión negativa para ARMÓN”.

En opinión de la recurrente, ARMON ha incumplido los Pliegos, puesto que el punto 7.3 del PPT indica que hay que incluir en la Memoria Técnica *“detalles e información de los fabricantes, modelos y características de los equipos propuestos”*. Esto es evidente, porque si en el Sobre 3 no se puede indicar nada al respecto, como recoge el propio Informe Técnico Aclaratorio, la Mesa Única de Contratación no puede disponer de ningún dato que pueda avalar la realidad y la calidad de dichos equipamientos que se suministran en el Sobre 3.

Por ello, considera que el tratamiento dispensado a una y a otra empresa ha sido arbitrario causando en la recurrente una manifiesta discriminación y afirma:

“Por tanto, las distintas interpretaciones de las ofertas que realiza el Informe Técnico Aclaratorio, dependiendo de si se trata de ARMÓN o de FREIRE, vulnera frontalmente el principio de igualdad de trato entre los licitadores (art.1 LCSP), principio rector de toda licitación pública”.



3. La información suministrada por FREIRE sobre criterios de aplicación automática mediante fórmulas en el sobre nº 2 a juicio de la defensa de la recurrente es intrascendente y cita alguna Resolución de este Tribunal como la nº 574/2019 que no ha de conllevar necesariamente la consecuencia jurídica de la exclusión de la oferta máxime cuando no se vulneran la igualdad de las partes en el procedimiento de licitación. De esta guisa afirma que:

“En el presente caso, como ya se ha mostrado, no procede la aplicación automática del criterio de exclusión del licitador por infringir el principio de libre concurrencia, al excluir de la licitación por una (supuesta) infracción que no le genera el menor perjuicio al otro licitador, ya que la supuesta infracción no menoscaba ni la objetividad de la valoración ni el tratamiento igualitario de los licitadores”.

Por todo ello, solicita al Tribunal el acceso al expediente de contratación y en su caso, la estimación del recurso, para que anule el Acuerdo de 17 de junio de 2021 de la mesa única de contratación del Ministerio de Ciencia e Innovación y, en consecuencia, deje sin efecto la exclusión de FREIRE del procedimiento de licitación.

Quinto. Por su parte el informe del órgano de contratación evacuado el 15 de julio de 2021 y suscrito por el Secretario General del CSIC se opone a las alegaciones de la recurrente y suplica la desestimación del recurso con base en los siguientes fundamentos:

1. En cuanto al vicio de indefensión y el quebranto del derecho de defensa por la limitación de acceso al expediente y al conocimiento integro de la oferta técnica de la otra licitadora, el informe del órgano de contratación estima que su actuación ha sido la correcta y aclara que:

“Este órgano de contratación ha actuado conforme a derecho habiendo solicitado a Armon que motive el carácter confidencial de los documentos considerados como tales y que se recogían en su Anexo 6 y está a la espera de la justificación que pueda presentar Armon en el plazo dado respecto a la declaración de confidencial de los documentos que recogía en su Anexo 6. Así se le ha solicitado por escrito para tomar una decisión en relación al contenido del expediente que puede ser puesto a disposición sin carácter de confidencial. El documento que, en su caso,

remita Armon para justificar dicha declaración será remitido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para que lo incorpore al expediente y pueda tenerlo en consideración”.

2. En lo referente a la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de igualdad de trato entre los licitadores, el informe del órgano de contratación matiza que se ha actuado conforme los criterios de los informes técnicos. Así subraya que:

“Con fecha de 4 junio de 2021, los técnicos emitieron un informe técnico de valoración (Documento 23), en cuyo apartado 6.2. Valoración de la Oferta de C.N.P. Freire S.A” se indicaba que la empresa en cuestión había incluido dentro de su propuesta evaluable mediante juicio de valor, información suficiente que permitía conocer de antemano la puntuación que le será asignada de manera automática en el apartado correspondiente de valoración mediante fórmulas.

A la vista de este informe, y dada la excepcional relevancia económica del expediente a nivel económico y la gravedad de una exclusión, la Mesa Única de Contratación solicitó un nuevo informe técnico aclaratorio en relación a la documentación correspondiente al Sobre 3 que pudiera estar contenida en el Sobre 2.

Dicho informe (Documento 24), se realizó de manera excepcional, con la forma de Informe Técnico Aclaratorio y emitido con fecha de 14 de junio de 2021. En el mismo, se concluía que la empresa C.N.P. Freire S.A. había incluido dentro de su propuesta evaluable mediante juicio de valor, información suficiente como para conocer con todo detalle dos de los equipos que se suministrasen como mejora de entre los listados en la cláusula 4.4.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas, lo que permitía conocer de antemano parte de la puntuación que le sería asignada de manera automática en el apartado correspondiente de valoración mediante fórmulas.

De acuerdo con lo establecido en los informes anteriormente citados, los cuales justificaban y motivaban de manera extensa y detallada las conclusiones recogiendo los extractos concretos de los pliegos y las ofertas, la Mesa Única de Contratación del Ministerio, en su sesión del 17 de junio de 2021 (Documento 28), acordó excluir



a Freire (Documento 25), en tanto que incumplía lo dispuesto en las cláusulas 10, 11.2, 11.3 y en el anexo 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato.

Con cita de las cláusulas del PCAP el informe del órgano de contratación defiende que se ha actuado correctamente desde el punto de vista jurídico y que: *“El Anexo 8 del PCAP se vuelve a reiterar que: “NOTA MUY IMPORTANTE: NINGUN ASPECTO CUANTIFICABLE MEDIANTE FÓRMULAS O DE MODO AUTOMÁTICO DEBERÁ INCLUIRSE EN NINGUNO DE LOS OTROS SOBRES, SIENDO MOTIVO DE EXCLUSIÓN DE LA OFERTA.”*

Todo lo anterior no deja lugar a dudas del lugar en el que debe incluirse el listado de equipamiento incluido como mejora.

Esto implica que no era necesario aportar información sobre los ítems considerados como mejora dentro del apartado de suministro de equipamiento adicional. De no haberlo hecho ninguna de las dos ofertas, no se les podría haber requerido aclaración al respecto. Ahora bien, los licitadores sí podían presentar información técnica sobre dichos equipos, en caso de considerarlo oportuno, en el Sobre 2, puesto que la información que no debía incluirse era si se ofertaban o no los equipos, que es el fundamento de la mejora. Bajo este mismo criterio, los licitadores podían aportar información sobre su disposición en el barco, para el planteamiento de escenarios, en el caso de ser ofertados, o de ser adquiridos más adelante, o para plantear ejemplos de funcionamiento de otros equipos, o bien otras aclaraciones que se consideraran relevantes, siempre y cuando no se informara sobre la inclusión o no del equipo concreto”.

2. También niega que exista un trato discriminatorio entre FREIRE y ARMON pues tal y como se especifican en los informes técnicos ARMON no ha incluido aspectos de los criterios objetivos de adjudicación en el sobre 2 referido a los criterios sujetos a juicios de valor y subraya que:

“Obviamente, Freire puede incluir en su oferta relativa al Sobre 3 lo que estime oportuno. La cuestión es que está incluyendo información susceptible de ser



valorada dentro de los parámetros establecidos para ofertar en la información requerida en el Sobre 3. Si se abriera el Sobre 3 y se evidenciase que la oferta relativa al equipamiento adicional es distinta, contradeciría la información incluida en el Sobre 2.

Por lo que se refiere a la información aportada por Armón, ya se ha indicado en el Informe Técnico que, si bien aportaba información técnica relativa al equipamiento adicional, su oferta o no (objeto de la mejora) quedaba supeditada al contenido del sobre 3. En dicho Sobre puede ofertar todo el equipamiento adicional, parte de él o ninguno. No hay una evidencia que permita inclinarse por uno de los tres aspectos y cuantificarlo”.

3. Por último, el informe del órgano de contratación insiste en que la exclusión de la oferta de FREIRE no vulnera los principios de igualdad de trato de los diferentes licitadores, ni los principios de equidad que rigen la contratación. Se ha realizado una valoración imparcial teniendo en cuenta la información aportada por ambas empresas, y no ha habido ningún trato discriminatorio.

En consecuencia, solicita la desestimación del recurso especial en material de contratación con la confirmación de la legalidad de la exclusión de la oferta de FREIRE.

Sexto. Comenzaremos con el análisis de la indefensión invocada por FREIRE, en el ejercicio de su derecho de acceso al expediente y la denegación de acceso a la totalidad de la oferta técnica de la otra licitadora concurrente, hemos de centrarnos en primer lugar para ir estudiando cada una de las alegaciones de la recurrente, siendo ésta de carácter transcendental basada en el derecho de defensa que hunde sus raíces en el propio artículo 24 de la Constitución Española.

La verdad es que choca la profundidad y el rigor en el escrito de formalización del recurso que, da fe de un conocimiento puntual de las ofertas de las concurrentes, sea conciliable con el reproche de indefensión invocado por FREIRE, por la negación de acceso a la totalidad de la oferta técnica de la otra empresa amparada en la confidencialidad de la misma.

Dispone el artículo 133 de la LCSP que:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles”.

A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que se basaba ya en lo dispuesto en el antiguo artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP) y que resulta plenamente aplicable a la luz de la nueva normativa antes expuesta.

En síntesis, dicha doctrina viene a señalar:

a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es

verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución nº 58/2018).

b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución nº 732/2016).

c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución nº 393/2016).

d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018).

Pues bien, a la vista de la decisión adoptada por el órgano de contratación es posible concluir que éste actuó dentro de los márgenes establecidos.

En primer lugar, porque la declaración de confidencialidad no alcanza a toda la oferta, sino únicamente a la parte relativa a la oferta técnica. Es más, ARMON, el licitador afectado por la solicitud, reconsidera el alcance de la documentación que inicialmente consideró como confidencial para liberar y permitir el acceso a parte de la documentación concreta solicitada por la recurrente. En concreto, según su escrito de 14 de julio de 2021, ha permitido el acceso a:

“De la contenida en la Especificación Técnica OC-8430-A. solo se facilitará el acceso a:

CAPÍTULO 1, excepto la portada.



CAPÍTULO 2, excepto la portada.

CAPÍTULO 3, excepto:

- *La portada.*
- *El Capítulo 3.1.2*
- *El Capítulo 3.1.3*
- *El Capítulo 3.1.6*
- *El Capítulo 3.1.8*

CAPÍTULO 4, excepto:

- *La portada.*
- *El Capítulo 4.3.1 entero*
- *El Capítulo 4.3.2*
- *El Capítulo 4.4.5*
- *El Capítulo 4.4.6*

CAPÍTULO 5, excepto la portada.

CAPÍTULO 8, excepto la portada.

CAPÍTULO 11, excepto la portada.

CAPÍTULO 13, excepto la portada.

CAPÍTULO 14, excepto la portada.



CAPÍTULO 16, excepto la portada. CAPÍTULO 17, excepto la portada. CAPÍTULO 18, excepto la portada.

De la contenida en las Memorias Técnicas adjuntas a la Especificación, solo se facilitará el acceso a:

- ME-08: Solo al Anexo I”.

En segundo lugar, porque pese a obtener acceso a nueva documentación expresamente solicitada, la recurrente no hace uso de la misma, ampliando su recurso a este Tribunal.

En tercer lugar, porque el expediente en este caso resulta peculiar, pues es precisamente la alta sensibilidad de la información que se contiene la que determina la forma en que ha actuado el órgano de contratación, tanto en el momento temporal en que se dio acceso al expediente como en facilitar el acceso a nueva documentación, una vez interpuesto el recurso y, lo que es más importante a juicio de este Tribunal: la negativa a dar datos sobre aspectos protegidos por derecho de propiedad industrial e intelectual del licitador afectado a una empresa ya excluida de la licitación, que puede favorecerse de la misma para nuevas licitaciones.

Como argumenta ARMON para declarar un reducto de su documentación como confidencial:

“En definitiva se trata de un material reservado, desconocido para terceros, que tiene un gran valor para el astillero, y que supone un gran activo para nosotros, por ser fruto de inversiones en investigación, de conocimientos adquiridos por la experiencia y por el valor estratégico que representan las ventajas competitivas frente a otras empresas”.

En cuarto y último lugar, porque la solicitud de nuevo acceso no se justifica por la recurrente y, como apuntábamos al comienzo de este fundamento de Derecho no le ha impedido fundamentar extensamente su recurso. Recurso dirigido contra su exclusión.

Por todo ello, este Tribunal no puede compartir el vicio de indefensión esgrimido por FREIRE, ni la vulneración de su derecho de defensa, pues como se ha adelantado, la expresión de su defensa se manifiesta en el rigor y en la extensión del propio escrito de formalización del recurso; por lo que tampoco procede acceder en esta sede a la puesta de manifiesto del expediente.

Séptimo. En cuanto al fondo, la principal cuestión suscitada en el presente expediente es determinar si FREIRE incluyó en el Sobre 2, información detallada relativa a las mejoras que ofertaba y, en caso de que así haya sido, las consecuencias jurídicas en orden a declarar si su exclusión del procedimiento de licitación ha sido o no acorde a Derecho.

Para ello, debemos comenzar analizando los Pliegos rectores de la presente licitación, en lo atinente a cómo debían formalizar sus proposiciones las licitadoras.

A continuación, deberemos analizar si la recurrente cumplió con lo señalado en los Pliegos, presentando su oferta en forma, como ella sostiene. En este punto, anticipamos que dado el recurso se dirige contra la exclusión de FREIRE, es la oferta de esta la que ha de ser analizada, no la de la otra competidora, cuya admisión no ha sido objeto de recurso.

Para finalizar, en caso de apreciar que la oferta presentada por FREIRE incumple los Pliegos, en el sentido que defiende el órgano de contratación, en ese supuesto, deberemos valorar si el incumplimiento sería intrascendente, meramente formal, como defiende la recurrente.

Octavo. Análisis de los Pliegos rectores de la licitación de la que trae causa este recurso, en lo atinente a cómo debían formalizar sus proposiciones las licitadoras.

Como punto de partida, hemos de comenzar recordando el carácter preceptivo de los pliegos de contratación que son ley en el contrato. Estos pliegos no fueron impugnados por ninguna de las partes, y, por tanto, son aceptados por las mismas al concurrir a la licitación.

El artículo 139 de la LCSP dispone que:



“1. 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, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

Este Tribunal ha señalado en su Resolución nº 1229/2017 que:

“(…) los Pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la “lex contractus”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes (cfr.: artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes TRLCSP). Así lo ha consagrado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr.: Sentencias de 28 de febrero de 1962 -Roj STS 1368/1962-, 21 de noviembre de 1972 -Roj STS 1789/1972-, 18 de marzo de 1974 -Roj STS 1464/1974-, 21 de enero de 1994 Roj STS 167/1994-, 6 de octubre de 1997 -Roj STS 5901/1997-, 4 de noviembre de 1997 -Roj STS 6570/1997-, 27 de febrero de 2001 -Roj STS 1508/2001-, 27 de octubre de 2001 –Roj STS 8338/2001-, 18 de mayo de 2005 -Roj STS 3177/2005-, 25 de junio de 2012 –Roj STS 4763/2012-, entre otras muchas), como la doctrina legal del Consejo de Estado (cfr.: Dictámenes de 16 de octubre de 1997 expediente 85/1997y 8 de octubre de 2009 –expediente 1496/2009-) y, en fin, la de este Tribunal (cfr.: Resoluciones 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 1020/2016, 740/2017, entre otras muchas). Esta regla sólo quiebra en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, los cuales pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 -Roj STS 4517/2004-y 26 de diciembre de 2007 -Roj STS 8957/2007-; Resoluciones de este Tribunal 69/2012, 241/2012, 21/2013, 437/2013, 281/2014, 830/2014); fuera de esos supuestos (objeto siempre de interpretación estricta; cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2010 –Roj STS 1764/2010-y Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993 – expediente 1232/1993-), el carácter vinculante de los Pliegos



obliga al órgano de contratación a estar y pasar por su contenido, incluso aunque el mismo no se ajuste al Ordenamiento Jurídico (cfr.: Resoluciones 109/2014 y 281/2014). Precisamente por ser las normas rectoras de la convocatoria, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los Pliegos, como recuerda el artículo 145.1 TRLCSP, que, pese a que solo menciona al de cláusulas, es predicable igualmente del de prescripciones técnicas, toda vez que ambos definen la prestación objeto del contrato (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3, y 116, apartado 1, del TRLCSP). De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, Resoluciones 208/2014, 737/2014, 276/2015, 1020/2016), aunque, ciertamente, hayamos exigido que el incumplimiento del Pliego de prescripciones técnicas por parte de la descripción técnica contenida en la oferta sea expreso y claro (cfr.: Resolución 985/2015)”.

Atendido lo anterior, el contenido de los pliegos es de obligatorio cumplimiento por las partes, si bien estas pueden, de acuerdo con lo previsto en la LCSP, proceder a su impugnación, si consideran que no son adecuados, que pueden resultar lesivos o que son nulos o anulables.

En el caso que nos ocupa, dichos pliegos son firmes, al no haber sido impugnados por las partes.

Sentado lo anterior, hemos de acudir a las siguientes cláusulas del PCAP y de sus Anexos 7, 8 y 9 bis, que modulan la presentación de las proposiciones (el subrayado es nuestro):

Cláusula 11^a. Contenido de los sobres, y distingue (en lo que ahora nos ocupa):

“11.2 SOBRE O ARCHIVO 2 (DOCUMENTACIÓN VALORABLE CONFORME A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PONDERABLES MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR).

*Se incluirán debidamente ordenados, agrupados y clasificados en los distintos apartados, según los casos, los documentos relacionados en el **ANEXO 7** de este pliego, atendiendo a la naturaleza del suministro objeto de la contratación y los*



documentos que se soliciten en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Dicha documentación será firmada por el licitador.

Sólo se incluirá en este archivo la proposición referida a los criterios para cuya valoración sea preciso un juicio de valor. La inclusión en este archivo de cualquier aspecto de la oferta técnica o económica que sea evaluable o mediante fórmulas, supondrá la exclusión de la oferta.

El suministro, objeto de este contrato, deberán ofrecerse por los adjudicatarios debidamente legalizados respecto de los derechos de: propiedad intelectual, industrial, comercial, patentes, marcas y cualesquiera otro de naturaleza análoga, siendo por cuenta de aquellos todos los gastos, indemnizaciones que conlleven. El adjudicatario será responsable de toda reclamación relativa a la propiedad industrial, comercial e intelectual y deberá indemnizar a la Administración por todos los daños y perjuicios que para la misma puedan derivarse de las reclamaciones relativas a estos conceptos.

Todos los ítems especificados en el Pliego de Prescripciones Técnicas son de cumplimiento obligado, pudiendo determinarse la exclusión de la empresa que contravenga o no cumpla alguna de las especificaciones.

*En relación con la documentación aportada por el licitador, éste deberá indicar expresamente aquellos documentos relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial y aquellos considerados de carácter confidencial y por tanto de uso exclusivo del CSIC, conforme al modelo de declaración de confidencialidad que se encuentra en el **ANEXO 6** de este pliego, de acuerdo con los términos dispuestos en el artículo 133 de la LCSP.*

De no aportarse esta declaración se considerará que ningún documento o dato posee carácter confidencial”.

(...)



“11.3 SOBRE O ARCHIVO 3 (DOCUMENTACION CUANTIFICABLES MEDIANTE LA MERA APLICACIÓN DE FÓRMULAS).

*En este archivo se incluirá la documentación que se indica en el **ANEXO 8 de este pliego.***

*La proposición económica, debidamente firmada y fechada, deberá ajustarse al modelo que figura en el **ANEXO 9** de este pliego y en la misma deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido con indicación del % aplicable en cada caso.*

Cada licitador únicamente podrá presentar una sola proposición económica y ésta contendrá una única oferta. Tampoco podrá suscribir una propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurando en otra unión temporal. La contravención de esta prohibición dará lugar a la inadmisión de todas las ofertas incursas en duplicidad.

*Cuando, además del precio, existan otros criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, deberá cumplimentarse el modelo conforme al **ANEXO 9 Bis** de este pliego.*

Cuando en el procedimiento existan criterios evaluables mediante juicio de valor que deben ser valorados previamente a la apertura de este sobre, se excluirán a los licitadores que presenten la proposición económica, o hagan referencia a algún aspecto de la proposición que deba cuantificarse mediante fórmulas o de modo objetivo, en un sobre distinto al reservado para ello (sobre nº 3)."

Por su parte el Anexo 7 “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA PONDERABLE MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR”, comenzaba señalando que:

“ESTA DOCUMENTACIÓN DEBERÁ PRESENTARSE EN EL SOBRE 2



Los datos referidos a aspectos valorables mediante fórmulas se incluirán exclusivamente en el sobre 3, siendo motivo de exclusión el incumplimiento de este aspecto.

Propuesta de diseño ofertado. Puntuación máxima 40 puntos.

Se deberá acompañar de una especificación detallada del diseño del buque, de las características técnicas de los servicios e instrumentación que incorpore, y de los correspondientes planos, gráficos y estudios de detalle necesarios. Se deberá incluir, según Anexo 3 de este pliego, toda la información y detalles correspondientes a los apartados de la especificación del buque según Pliego de Prescripciones Técnicas, a excepción de todos aquellos detalles y cálculos que sean motivo de valoración objetiva y que deban incluirse en el Sobre 2, conforme se detalla en el Anexo 9bis, ya que en este supuesto sería motivo de exclusión.

La valoración se efectuará según los siguientes puntos:

1. Sistema de gestión eficiente de las condiciones de navegación del buque.
Puntuación máxima 4 puntos (...)
2. Diseño y distribución de espacios científico técnicos (interiores/laboratorios).
Puntuación máxima 14 puntos (...)
3. Solución de equipamientos y operaciones en cubierta para escenarios científico técnicos. Puntuación máxima 14 puntos (...)
4. Confort a bordo. Puntuación máxima 8 puntos (...)

Por su parte del Anexo 8 “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA CUANTIFICABLE MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS”, resulta que la oferta económica podía alcanzar una puntuación máxima de 22 puntos y que la documentación relativa a la misma debía presentarse en el Sobre 3, siguiendo los modelos establecidos en los Anexos 9 y 9 bis. Dicho Anexo 8 concluía señalando con letra en mayúsculas:

“NOTA MUY IMPORTANTE: NINGÚN ASPECTO CUANTIFICABLE MEDIANTE FÓRMULAS O DE MODO AUTOMÁTICO DEBERÁ INCLUIRESE EN NINGUNO DE LOS OTROS SOBRES, SIENDO MOTIVO DE EXCLUSIÓN DE LA OFERTA.”



Por su parte el Anexo 9. Bis sobre el modelo de oferta técnica relativa a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmula a presentar por los licitadores, contiene un apartado especial, a saber:

“MEJORA: SUMINISTRO DE EQUIPAMIENTO ADICIONAL

Suministro de equipamiento adicional	Oferta (Si/No)
<i>Equipamiento de laboratorio (IF-31 a IF-42)</i>	
<i>Redes Sampler (IM-06 a IM-09)</i>	
<i>IM-10 Sistema jigger para marcado, con tolvas, mesas y tanques en cubierta</i>	
<i>IM-11 Juego Transpondedores compatibles Hipap</i>	
<i>Dragas y Muestreadores de Sedimento (IM-12 a IM-16)</i>	
<i>IM-17 Patín epibentónico</i>	
<i>IM-18 Bou de vara</i>	
<i>IM-19 MVP300 (Moving Vessel Profiler)</i>	
<i>IM-20 AUV</i>	
<i>IM-21 USV</i>	
<i>IM-22 Sistema LIDAR c/pértiga-tangón</i>	
<i>IM-23 Contenedor de buceo</i>	

Estos elementos de mejora han sido definidos en el pliego como criterios de adjudicación objetivos esto es, a introducir en el sobre 3, por lo que anticiparlos en el sobre 2, pueden acarrear tal y como previene la cláusula 11.3 la exclusión de la licitación.

A la vista de las cláusulas trascritas, resulta evidente a juicio de este Tribunal lo siguiente:

- Resulta meridianamente claro que la introducción de aspectos cuantificables mediante fórmulas o de modo automático debía incluirse en el Sobre 3 y que su inclusión en cualquiera de los otros dos sobres, constituía motivo de exclusión de la oferta.
- Igualmente resulta clara la redacción de los Pliegos, al establecer que en el Sobre 2 debía incluirse solo la documentación relativa a los aspectos valorables mediante juicio de valor, teniendo en cuenta que dicho juicio de valor se formularía teniendo en cuenta una serie de criterios:

“La valoración se efectuará según los siguientes puntos:

- *Sistema de gestión eficiente de las condiciones de navegación del buque.
Puntuación máxima 4 puntos (...)*

- *Diseño y distribución de espacios científico técnicos (interiores/laboratorios). Puntuación máxima 14 puntos (...)*
 - *Solución de equipamientos y operaciones en cubierta para escenarios científico técnicos. Puntuación máxima 14 puntos (...)*
 - *Confort a bordo. Puntuación máxima 8 puntos (...)*
-
- La redacción de los Pliegos deja también claro que la oferta debe ajustarse y cumplir todos los aspectos señalados en el Pliego de Prescripciones Técnicas, como no puede ser de otro modo.
 - Finalmente, los pliegos precisan qué ha de entenderse como mejora, la inclusión de los detalles de la misma, cuando se oferte, en el Sobre 3 y que entre ellos figuraban IM-11 Juego de Transponedores compatibles Hipap y IM-20 AUV.

A todo ello, este Tribunal debe además resaltar, a la vista de la documentación obrante en el expediente de contratación, que FREIRE no formuló consulta alguna al órgano de contratación sobre las posibles dudas, que podían surgirle según la interpretación que ahora defiende de los Pliegos conforme a la cual, la información a incluir en el Sobre 3 debía también incluirse en el Sobre 2. Ausencia de consulta verdaderamente llamativa, teniendo en cuenta la redacción clara y reiterada de los Pliegos, advirtiendo de que se excluiría aquella proposición que incluyese aspectos del Sobre 3 en cualesquiera de los otros dos sobres.

A mayor abundamiento, debe tenerse además en cuenta la explicación dada a esta cuestión (rigor al aplicar como causa de exclusión) en su informe por el órgano de contratación, al señalar que además del aspecto habitual perseguido por la Ley y los Pliegos (proteger la imparcialidad del órgano de contratación), en este caso, concurrían circunstancias específicas para extremar el celo ante la inclusión indebida de documentación en el Sobre 2 de aspectos del Sobre 3 (el subrayado es nuestro):

“Hay que tener en cuenta que el objeto de la mejora es equipamiento adicional que, de no ser ofertado, previsiblemente se adquiriera mediante otros contratos. No es una certificación que afecta al objeto del contrato pero que afectará al funcionamiento posterior del mismo, por ejemplo. Es decir, todo lo que se oferte



como mejora o no, en este caso, va a tener consecuencias en trabajos o gestiones posteriores relacionados con el buque. Se entiende que, en esta ocasión, la situación creada por el conocimiento de los que se oferta pone en peligro la imparcialidad u objetividad del órgano de contratación, y en todo caso afectará a la credibilidad de sus decisiones".

Por todo ello, este Tribunal considera que la redacción de los Pliegos y sus Anexos era clara y estaba justificada, en cuanto al contenido a incluir en los Sobres 2 y 3, y en cuanto a la exclusión del licitador que incluyese aspectos del Sobre 3, en el Sobre 2, debiendo desestimar los motivos aducidos por la recurrente.

Noveno. A continuación, deberemos analizar si la recurrente cumplió con lo señalado en los Pliegos, presentando su oferta en forma, como ella sostiene.

Para ello, dada su función revisora, este Tribunal debe determinar si la decisión de la mesa única de contratación del Ministerio de Ciencia e Innovación de excluir al licitador fue o no conforme a Derecho.

Para ello, además de todas las consideraciones jurídicas realizadas en el Fundamento de Derecho anterior, debemos partir del artículo 139 de la LCSP, en el que se manifiesta que:

"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, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación. (...)".



Dicho artículo debe cohonestarse con el 146.2 de la LCSP, el cual señala:

“(...) 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”.

Junto con los preceptos citados, hemos de recordar la doctrina de este Tribunal.

Nuestra Resolución nº 771/2016, de 30 de septiembre –citada en la nº 196/2021, de 26 de febrero–, es suficientemente ilustrativa al indicar:

“Pues bien, este Tribunal ha abordado en diversas ocasiones la problemática objeto de este recurso. Así, en la Resolución 417/2016, de 15 de julio, ha afirmado que “Sexto. A.-Como es sabido, este Tribunal ha venido declarando que la inclusión de información sobre la oferta económica o sobre los criterios de adjudicación evaluables de manera automática o mediante fórmulas en los sobres destinados a recoger la documentación administrativa o los criterios dependientes de un juicio de valor puede constituir causa de exclusión del licitador que así actúa (cfr.: Resoluciones 67/2012, 62/2013, 688/2014, 890/2014, 661/2015 y 8/2016 entre otras). 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) que impone que la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor se haga antes que la de los objetivos, a fin de salvaguardar la imparcialidad de aquella tarea. Precisamente por ser ésta la razón de ser de tan drástica medida, ésta no puede acordarse de manera automática, prescindiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 –Rj SAN 5035/2012–), y, así, hemos venido negando su pertinencia en los casos en los que no se haya comprometido la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos



por ser la información suministrada a destiempo intrascendente (cfr.: Resolución 89/2015), además de en los supuestos – obvios– en los que los interesados se han limitado a cumplir lo exigido en los Pliegos (cfr.: Resolución 1108/2015) o éstos, por su ambigüedad, han propiciado la indebida revelación de la oferta (cfr.: Resolución 254/2012)”.

Esta doctrina se recogía, en términos generales, y en referencia al secreto de las proposiciones, en anteriores resoluciones (Resolución nº 155/2014, de 20 de febrero, nº 761/2014, de 14 de octubre, nº 193/2015, de 26 de febrero, nº 673/2015, de 17 de julio, y nº 225/2016, de 1 de abril). Así, como pone de manifiesto la Resolución nº 279/2016, 15 de abril:

«(...) sobre el principio de confidencialidad y su conexión con la igualdad y la seguridad jurídica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia 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. Esta norma contribuye de este modo a la seguridad jurídica, eliminando cualquier riesgo de apreciación arbitraria en la apertura de las ofertas, con un coste marginal desdeñable en medios económicos y técnicos, habida cuenta de todos los costes que conlleva la preparación de una oferta. Por consiguiente, la demandante no puede alegar fundadamente que tal obligación viola el principio de proporcionalidad (...)”. De igual modo, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de noviembre de 2009, recurso de casación 520/2007, se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones, diciendo que “se 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 las 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 limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior”.»

De todo 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. 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 caso contrario, 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. Para ello, la ley separa sendos sobres, el sobre 2 y el sobre 3, para incluir la documentación a valorar según criterios objetivos o fórmulas matemáticas y la 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 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. En igual sentido nos hemos pronunciado en los Recursos nº 138, 180, ambos de 2019.

En el presente supuesto que revisamos, a la vista del recurso interpuesto se llega a reconocer la inclusión de información en el sobre 2, aspectos de la oferta técnica cuantificable mediante la aplicación de fórmulas y que, por ende, implica desvelar estos criterios económicos antes de la apertura del sobre 3, que ha de permanecer en secreto

hasta que se apruebe el informe técnico. A modo de mero apunte párrafos 56, 58 y 62 del recurso. Cuestión distinta es que considere que ello es una consecuencia de los Pliegos, que esa información no era relevante o que la otra licitadora también lo hizo.

Según los informes de valoración emitidos por los Servicios técnicos en fechas 4 de junio y 14 de junio de 2021, respaldados y ampliados por el emitidos para este recurso por el órgano de contratación, se tratan de información detallada relativa a dos aspectos considerados como mejora:

- “4.4.5.4- IM-11 - Juego Transpondedores compatibles HIPAP - KONGSBERG MARITIME.pdf”.
- 4.4.5.9 - IM-20 - AUV HUGIN 6000m.pdf”.

Estos archivos están nombrados con el número de cláusula correspondiente del PPT (4.4.5.4 y 4.4.5.9) seguido de la referencia que se le da a cada uno de ellos en el PPT (IM-11 en un caso e IM-20 en el otro) y el modelo correspondiente (KONGSBERG MARITIME y AUV HUGIN). Dichos archivos incluyen, en el primer caso, un listado de transpondedores, que se corresponde con lo que se indicaba en la oferta, y en el segundo caso, una configuración concreta del vehículo AUV. En ambos casos vienen descritos en el documento como “*Scope of supply*” (alcance del suministro) y firmados digitalmente.

De lo anterior, resulta evidente que la oferta presentada por FREIRE contempla los elementos mencionados (juego de transpondedores y vehículo submarino AUV), que son elementos cuantificables de manera automática.

Ítem más, el órgano de contratación y los informes consideran que la inclusión de esta información detallada con relación a dos elementos, unida al hecho de que, con relación al resto de aspectos valorados como mejora, FREIRE añadía “*no suministrado por el astillero*”, permitían conocer de antemano qué equipos adicionales no suministraba FREIRE en su oferta y, por tanto, la valoración completa del apartado relativo a mejoras.

A la vista de lo anterior, este Tribunal considera que efectivamente FREIRE ha incluido información detallada relativa a las mejoras en el Sobre 2, cuando debía haberlas incluido exclusivamente en el Sobre 3.

Este Tribunal considera acertado el criterio de la Mesa de Contratación, en la medida que razona que la información que incluyó en el Sobre 2 no detallaba y, por lo tanto, no permitía anticipar qué mejoras ofertaba, las cuales deben, en caso de que se oferten, incluirse en el Sobre 3. Interpretación finalista de los Pliegos que este Tribunal habría aplicado también a FREIRE, si esta no hubiese traspasado el límite, en particular, al ofertar los transponedores considerándolos única posibilidad y el AUV.

Décimo. Para finalizar, una vez apreciado que la oferta presentada por FREIRE incumple los Pliegos, deberemos valorar si el incumplimiento sería intrascendente, meramente formal, como defiende la recurrente.

La respuesta ha de ser negativa, este Tribunal considera que el incumplimiento es material y con transcendencia económica.

La naturaleza material del incumplimiento resulta de los razonamientos vertidos en el Fundamento de Derecho anterior de esta resolución. Se trata de un incumplimiento de la literalidad de los Pliegos, que específicamente en diversas cláusulas y en sus Anexos anunciaban las consecuencias en caso de incumplimiento: la exclusión.

Es un incumplimiento especialmente relevante per se, con relación a dos aspectos cuantificables como mejora, y por cuanto con relación a los restantes, la redacción de la oferta *“no suministrada por el astillero”* posibilita que la mesa de contratación interprete la oferta relativa al conjunto de las mejoras. Es decir, la oferta concreta de dos mejoras, unida a la citada expresión, conlleva que los miembros de la mesa de contratación interpreten razonablemente cual es el conjunto de mejoras que se ofertan y, en consecuencia, la puntuación que resultaría de las mismas para FREIRE de un total de 60 puntos.

A mayor abundamiento, no resulta baladí para este Tribunal el razonamiento que hace el órgano de contratación en su informe (del cual ya nos hecho eco, al transcribirlo parcialmente en el Fundamento de Derecho anterior) sobre la importancia que en esta licitación tenía preservar especialmente el secreto de la oferta, y la distribución de la información en cada uno de los Sobres, 2 y 3 para este contrato y los derivados del mismo.

Por todo ello, este Tribunal ha de confirmar la legalidad de la actuación recurrida y con ello declaramos que la exclusión de FREIRE resulta conforme a Derecho.

Undécimo. Para finalizar, una breve valoración sobre la denunciada omisión de un trámite de subsanación, y sobre la motivación del acuerdo de exclusión adoptado por el órgano de contratación.

1. La recurrente sostiene que debió serle concedido trámite de subsanación o aclaración de oferta, ante el vicio detectado por los Servicios Técnicos, en lugar de proponer su exclusión.

La subsanación o aclaración de oferta no es un trámite pertinente cuando se detecta un incumplimiento de los Pliegos, como el que nos ocupa, pues su subsanación solo sería posible modificando el contenido del Sobre 2, lo que implícitamente abundaría en anticipar el del Sobre 3, que es justamente lo contrario a la finalidad perseguida por el legislador y por los Pliegos.

Por el contrario, la actuación de la mesa de contratación solicitando un segundo informe técnico, es acertada. Es decir, apreciado el defecto y sus consecuencias, atendida la importancia del contrato, en lugar de acordar automáticamente la exclusión, solicita un segundo informe, que al confirmar el primero conduce inexorablemente a la decisión de excluir a FREIRE.

2. La recurrente apunta el diferente contenido entre el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación y el informe técnico aclaratorio. Denuncia falta de congruencia y de igualdad de trato con otros licitadores. Dado que el otro licitador ha sido admitido, no entiende este Tribunal la discriminación invocada, y en cuanto a falta de congruencia, baste señalar que congruencia no equivale a identidad y que, a juicio de este Tribunal, la resolución es acorde y congruente con el informe, al resolver excluir a FREIRE por el incumplimiento de los pliegos apreciado por los servicios técnicos.

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 especial interpuesto por D. J.M.F.P., en representación de CONSTRUCCIONES NAVALES PAULINO FREIRE, S.A., contra su exclusión de la licitación convocada por el Instituto Español de Oceanografía O.A. y M.P. para contratar el *“Proyecto y suministro con fabricación de un buque oceanográfico multipropósito y de investigación pesquera de ámbito global, con sus respectivos equipamientos y pertrechos, (BUQUE), con destino al Instituto Español de Oceanografía, O.A. y M.P.”*, expediente 2020_282; confirmando la legalidad de la exclusión recurrida.

Segundo. 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 multa 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.