



Recurso nº 483/2020

Resolución nº 740/2020

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 26 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación, interpuesto D. C. T. G., en nombre y representación de GS INIMA ENVIRONMENT, S.A., y D. J. M. M. C., en nombre y representación de CONTRUCCIONES ALPI, S.A., frente al acuerdo, de 30 de abril de 2020, del Consejo de Administración de Aguas de las Cuencas Mediterráneas, S.M.E., S.A. (en adelante, ACUAMED), mediante el que se adjudica el “*Servicio de Operación, Mantenimiento y Conservación de la Desaladora de Valdelentisco (Isla Plana, Cartagena, Murcia)*” a SUEZ TREATMENT SOLUTIONS, S.A.U.; de acuerdo con Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. ACUAMED acordó la licitación del contrato con número de expediente SV/62/19 “*Servicio de operación, mantenimiento y conservación de la Desaladora de Valdelentisco (Isla Plana, Cartagena, Murcia)*”, cuyo anuncio publicó en la plataforma de contratación del Estado y en el DOUE el 31 de octubre de 2019. El procedimiento seguido es el abierto y el valor estimado del contrato de 11.809.392 €.

Segundo. La Mesa de contratación de Acuamed en su reunión de 20 de febrero de 2020 procedió a la apertura del sobre nº 2 que incluía los criterios de valoración mediante un juicio de valor. Tras la elaboración del correspondiente informe técnico, fue examinado en la reunión de la Mesa de contratación del día 6 de marzo de 2020, sin apreciar ninguna irregularidad. Ese mismo día, se llevó a cabo la apertura de los sobres nº 3 que contienen las ofertas económicas y criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas,



haciéndose públicas, previamente, las valoraciones técnicas otorgadas. Tras la correspondiente propuesta de la Mesa, el Consejo de administración de Acuamed, en su reunión del día 30 de abril de 2020, acordó adjudicar el contrato a la empresa SUEZ TREATMENT SOLUTIONS, S.A. por un importe de SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS (6.948.342,00 €) IVA no incluido, al haber tenido su oferta la puntuación más elevada en aplicación de los criterios de valoración indicados en los pliegos.

Tercero. Con fecha 1 de junio, las empresas recurrentes formularon recurso especial contra la adjudicación; consideran, al amparo del artículo 146.3 LCSP apartado b), del 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, y del pliego de condiciones particulares (cuadro resumen apartado 13, página 15 del pliego de condiciones particulares), que la oferta de la empresa adjudicataria incurre en ilegalidad, al incluir en el sobre 2 (juicios de valor), elementos del sobre 3 (valoración objetiva mediante fórmulas), y aplicando los mencionados preceptos, solicita la anulación de la adjudicación a su competidora.

Cuarto. Solicitada por la secretaría de este Tribunal alegaciones al resto de los licitadores, las ha presentado la empresa adjudicataria. Por su parte, el órgano de contratación, en su preceptivo informe, se opone a la estimación del recurso.

Quinto. Con fecha 16 de junio, por parte de la secretaría del Tribunal, se acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el artículo 44 LCSP.

Segundo El recurso se interpone ante el órgano competente para su resolución, frente a un acto recurrible (artículo 44. LCSP, la adjudicación del contrato), dictado en la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por su cuantía.



Tercero. La empresa recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso por participar en la licitación del contrato y estar clasificada en segunda posición, a escasas décimas de la empresa adjudicataria.

Cuarto. En relación con el plazo de interposición, el recurso se ha interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo de quince días hábiles establecido al efecto en la LCSP, teniendo en cuenta la normativa dictada por el Estado para hacer frente a la crisis sanitaria causada por el COVID 19 y que el objeto del contrato se ha calificado como servicio esencial.

Quinto. La cuestión planteada por la empresa recurrente ha sido tratada en multitud de ocasiones tanto por el Tribunal Supremo como por este Tribunal, en aplicación del citado artículo 146.3 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, cuadro resumen apartado 13, página 15 del PCAP, respecto a la información que debe contener el Sobre nº 2, señala como advertencia resaltada como muy importante:

“En este sobre no debe aparecer información relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas que se presentan en el sobre nº 3. Incluir en el sobre nº 2 información acerca de la oferta económica o de las posibles mejoras ofertadas como compromiso de calidad será motivo de exclusión.”



A estos efectos es sobradamente conocida, entre muchas otras, Resolución 490/2017, 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, como recuerda la empresa recurrente, 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 771/2016, de 30 de septiembre, 67/2012, 62/2013, 688/2014, 890/2014, 661/2015 y 8/20 y la resolución citada por la empresa recurrente 749/ 2019, 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”

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, como afirma la empresa recurrente.

Pues bien en los pliegos se establecieron los siguientes criterios de adjudicación -apartado A.1 Página 1-:

- Criterios valorables conforme a criterios dependientes de un juicio de valor:

(...) Plan de mantenimiento y conservación.

Con más detalle, en el cuadro de características (apartado 17.1. página 17 del pliego), se concreta la definición de las tareas que comprenderá el plan de mantenimiento y conservación conforme a lo indicado en el PPT.

“a. Definición de las tareas que comprenderá el plan de mantenimiento y conservación conforme a lo indicado en el PPT, señalando los criterios que se han seguido para la elección de estas. Se desglosarán en los diferentes tipos de mantenimiento: preventivo, predictivo, normativo y correctivo, indicándose el alcance de los tres primeros. Se realizará la descripción de otras actividades de mantenimiento especializados, gestión de stock de repuestos (en función del tipo de reposición, tiempo de suministro, criticidad del equipo, etc.)”.



Por su parte, en relación con los criterios valorables conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se prevé:

(...). “B3) Compromiso de implementación de medidas para mejora del desempeño mecánico de la planta: debido a la antigüedad de las bombas de alta presión en funcionamiento en la planta, y a su elevado número de horas de funcionamiento, procedería el envío de hasta seis (6) unidades a las instalaciones del fabricante para su completa revisión y puesta a cero (máximo SEIS 6 PUNTOS) (F3):

Se valorará con hasta 6 puntos en caso de presentación del compromiso de realización de las actuaciones citadas, con el alcance que se detalla en el Anexo VII. Se otorgará 1 punto por cada bomba de alta presión que se envíe a revisión completa a las instalaciones del fabricante. En caso de no presentación del compromiso o de presentar un compromiso, en otros términos, se asignarán 0 puntos.”

Las empresas recurrentes denuncian que “la adjudicataria, en el Sobre nº 2 de su Oferta, expone lo siguiente en el apartado 1.8 MANTENIMIENTO DURANTE PARADA TÉCNICA, último párrafo de la página 21 de su Oferta:

“Durante la parada programada de la planta, se llevará a cabo, entre otras, las siguientes acciones:

- Mantenimiento de las bombas de alta presión.

Dado que actualmente se disponen de bombas de alta presión en almacén, éstas estarán en todo momento operativas para su posible cambio durante las Puestas a Cero de estos equipos.”

La adjudicataria se ha comprometido a la realización de puestas a cero a las bombas de alta presión en este apartado del Sobre nº 2 de su Oferta, lo que da lugar al conocimiento en la fase de apertura del Sobre nº 2, por parte del evaluador, de información que debe de incluirse exclusivamente en el Sobre nº 3 (documentación valorable conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas).

Recordemos que, tal y como se señala en el Cuadro de características (Vid. Apartado 17.2 Página 19 del PCAP), en el Sobre nº 3 debía incluirse, entre otras cosas, la siguiente información:



B3) Compromiso de implementación de medidas para mejora del desempeño mecánico de la planta: debido a la antigüedad de las bombas de alta presión en funcionamiento en la planta y a su elevado número de horas de funcionamiento, procedería su envío a instalaciones del fabricante para su completa revisión y puesta a cero. Máximo de seis (6) puntos.

Resulta, por tanto, más que evidente, que la adjudicataria ha incluido y ha 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.

El compromiso de asumir la realización de puesta a cero de las bombas de alta presión, que se valora mediante la mera aplicación de fórmulas, sólo puede aparecer en el Sobre nº 3 de las ofertas, y nunca en el Sobre nº 2 pues, de producirse esta circunstancia, como hemos visto, la oferta en cuestión debe ser excluida de la licitación dado que:

- Se ha producido una contaminación automática de los sobres de la Oferta de la adjudicataria.
- Además, con esa información el licitador, en este caso la adjudicataria SUEZ TREATMENT SOLUTIONS, S.A.U, ha descrito y desarrollado una mejor oferta técnica a la que debería ser estrictamente evaluable en el Sobre nº 2, ya que describe actuaciones adicionales de mantenimiento que van a ser desarrolladas durante la ejecución del Contrato. De este modo y con esta información, es claro que el evaluador se ha visto influido por esta información al otorgar la correspondiente puntuación al contenido del Sobre nº 2 de la Oferta de la adjudicataria”

Expuesta de esta manera la posición de la empresa recurrente, apoyada en una nutrida selección de jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de este propio Tribunal, la conclusión a la que llega es que la empresa adjudicataria ha de ser excluida del procedimiento.

Séptimo. Pues bien, procede analizar si estos argumentos de las empresas recurrentes son correctos para llegar a su conclusión, que ha de producir tan graves efectos como son la nulidad de la adjudicación del contrato. Para ello, procede apoyarse en los argumentos del informe del órgano de contratación.



Destaca el órgano de contratación, en primer lugar, que debe realizarse una importante observación y es la discrepancia –poco explicable- entre lo que dispone el pliego en el apartado B3) objeto de discordia y lo que el recurrente transcribe hasta dos veces en su recurso.

La empresa recurrente dice, como se ha transcrito:

“B3) Compromiso de implementación de medidas para mejora del desempeño mecánico de la planta: debido a la antigüedad de las bombas de alta presión en funcionamiento en la planta y a su elevado número de horas de funcionamiento, procedería su envío a instalaciones del fabricante para su completa revisión y puesta a cero. Máximo de seis (6) puntos”.

Sin embargo, esto no se corresponde con la redacción propia del pliego que afirma, en el referido apartado 17.2 del cuadro de características, también transcrito (se subraya la diferencia entre uno y otro texto), lo siguiente;

B3) Compromiso de implementación de medidas para mejora del desempeño mecánico de la planta: debido a la antigüedad de las bombas de alta presión en funcionamiento en la planta, y a su elevado número de horas de funcionamiento, procedería el envío de hasta seis (6) unidades a las instalaciones del fabricante para su completa revisión y puesta a cero (máximo SEIS 6 PUNTOS) (F3):

Se valorará con hasta 6 puntos en caso de presentación del compromiso de realización de las actuaciones citadas, con el alcance que se detalla en al Anexo VII. Se otorgará 1 punto por cada bomba de alta presión que se envíe a revisión completa a las instalaciones del fabricante. En caso de no presentación del compromiso o de presentar un compromiso, en otros términos, se asignarán 0 puntos.”

Como afirma el órgano de contratación, “es decir, que, de conformidad con lo expuesto, la valoración del criterio B.3) depende del número de revisiones completa de las bombas de alta presión que se oferte, pudiendo variar dicha valoración entre 0 y 6 puntos en función del número de bombas que se comprometan a revisar los licitadores. La oferta que deben realizar los licitadores en el sobre N°3, es la del “N° de bombas de alta presión que se comprometen a revisar”, no si de forma genérica se realizará dicha actividad”.

Pues bien, afirmada esta importante diferencia en la transcripción del precepto, decae el único argumento de la empresa recurrente. Como se afirma correctamente por el órgano



de contratación “la oferta presentada por el adjudicatario en el sobre N° 2, no adelanta la oferta a realizar en el sobre N° 3. El texto incluido en el sobre N° 2 de la oferta del adjudicatario, que, según el recurrente, adelantaría parte de la oferta a incluir en el sobre N° 3, se limita a identificar una actividad a incluir dentro del plan de mantenimiento y conservación de las instalaciones, actividades que se solicitaban en los pliegos en el sobre N° 2. Con ese párrafo no se conoce por adelantado si el contratista va a ofertar la revisión completa de una, dos, tres, cuatro, cinco o seis bombas de alta presión. El párrafo incluido en la oferta del adjudicatario, no ha comprometido la objetividad ni el principio de igualdad de trato en la evaluación de los criterios subjetivos, ya que en el sobre N° 2 del adjudicatario, no se incluye el n° de bombas de alta presión que se compromete a revisar, que era el criterio que se solicitaba fuese ofertado por los licitadores”.

En este caso, este Tribunal no necesita acudir al criterio de la discrecionalidad técnica de los informes de estas características de los órganos de contratación. Es evidente que el texto que subraya la empresa recurrente de la oferta de la empresa adjudicataria, en nada adelanta ni tiene capacidad suficiente para incidir sobre el órgano de contratación para valorar mejor esta parte de la oferta técnica. No puede afirmarse que el conocimiento del dato que denuncian las empresas recurrentes sea, ni de improcedente inclusión en el sobre b, puesto que se ordena al conocimiento del plan de mantenimiento, ni que haya podido influir en el órgano de contratación para valorar discriminatoriamente una oferta de la otras.

En palabras del órgano de contratación, citando la doctrina del Tribunal “lo relevante no es si en el pliego se recoge expresamente, como afirma el recurrente en su informe, la exclusión de los licitadores que incluyan información relativa al sobre N° 3 en el sobre N° 2 o sobre técnico, sino si del estudio de la información aportada en el sobre N° 2 por el adjudicatario, previa a la apertura del sobre N° 3 se compromete la imparcialidad del órgano de contratación (mesa de contratación) al valorar dicha oferta técnica. (Resolución 273/2020). Pues bien, partiendo de lo expuesto, hay que tener en cuenta que, en los pliegos en relación con el sobre N° 2, se solicitaba la elaboración de un programa de mantenimiento y conservación. Una de las actividades que el adjudicatario ha definido en este plan, es la del “mantenimiento durante parada técnica”. Si se analiza el contenido del mencionado párrafo, no se puede precisar cómo así, asevera el recurrente, que el adjudicatario esté adelantando el compromiso de puesta a cero de las bombas (con cargo

a su oferta), y menos aún se esté identificando el número de bombas de alta presión a revisar, que es el dato que se precisaba en el sobre N° 3. La actividad mencionada es una actividad desde todo punto de vista genérica”.

Así las cosas, no se puede entender que la inclusión de la mención discutida en la oferta del adjudicatario, a la que alude las recurrentes, reúna los requisitos necesarios para considerar que se ha producido una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Ello conduce a la desestimación del recurso.

A mayor abundamiento, el órgano de contratación en su informe añade un dato más que refleja la falta de fundamentación del criterio de la empresa recurrente, y es que, ella misma“ en el sobre N° 2 de su oferta, para explicar la organización y metodología del plan de mantenimiento y conservación, ya en el apartado 1. 1. Definición y Alcance del Plan de mantenimiento, en su página 2 aparece la misma mención recurrida, esto es, la mención a la Puesta a Cero de las Bombas de Alta Presión, citando incluso en su caso, la empresa colaboradora para efectuarla”.

Y finalmente, no sirve de término de comparación la resolución 742/2019, de 25 de junio, de este Tribunal, citada por la empresa recurrente en la que fue excluida por la anticipación de datos correspondientes a una oferta en el sobre de otra, porque en ese caso, lo que se reprochó por el Tribunal fue el conocimiento que proporcionaba del número de trabajadores, lo cual es algo cualitativamente distinto. La resolución citada afirma que “la licitadora adjudicataria, con la incorporación en el sobre 2 de documentación relativa a la cualificación y experiencia del personal ha anticipado al órgano de contratación información de criterios que se valoran con arreglo a fórmulas matemáticas. Concretamente, y en función de los años de experiencia adicional a la exigida como requisito de solvencia, la puntuación de los elementos anticipados podía alcanzar hasta 10 puntos”.

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 en materia de contratación, interpuesto D. C. T. G., en nombre y representación de GS INIMA ENVIRONMENT, S.A., y D. J. M. M. C., en nombre y representación de CONTRUCCIONES ALPI, S.A. frente al acuerdo, de 30 de

abril de 2020, del Consejo de Administración de Aguas de las Cuencas Mediterráneas, S.M.E., S.A., mediante el que se adjudica el “*Servicio de Operación, Mantenimiento y Conservación de la Desaladora de Valdelentisco (Isla Plana, Cartagena, Murcia)*” a SUEZ TREATMENT SOLUTIONS, S.A.U.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar adoptada.

Tercero. Constatar que no concurre mala fe ni temeridad en el recurso interpuesto, artículo 47.5 TRLCSP.

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 la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.