



Recurso nº 1114/2023

Resolución nº 1208/2023

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 21 de septiembre de 2023

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. P. B. en representación de ARDENTIA MARINE, S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 24 de julio de 2023 por el que se rechaza la oferta presentada por dicha sociedad en la licitación convocada por el Ministerio de Defensa (Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material DGAM) para contratar la *“adquisición de guindola, sistema de fabricación, almacenamiento y recarga de gases de buceo y central de agua caliente para el buque de intervención subacuática (BAM-IS)”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ministerio de Defensa (Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material DGAM) ha tramitado el procedimiento –negociado con publicidad– para la contratación de la *“adquisición de guindola, sistema de fabricación, almacenamiento y recarga de gases de buceo y central de agua caliente para el buque de intervención subacuática (BAM-IS)”* (Expediente número 2023/107E).

Se trata de un contrato de suministros cuyo valor estimado asciende a 2.760.000 euros.

Segundo. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22 de junio de 2023.

Tercero. El escrito de recurso se presentó el día 2 de agosto de 2023.



El recurrente impugna en su recurso el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 24 de julio de 2023, por el que se rechaza la oferta presentada por dicha sociedad, por haber incluido en el sobre nº 1, en el documento de *“solicitud de participación”*, el importe de la oferta económica.

Entiende el recurrente que no es conforme a Derecho la exclusión de su oferta. Y alega la existencia de error en los pliegos no imputable a los licitadores y desproporción de la sanción de exclusión. En este sentido, el recurrente expone que en la cláusula 19 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) se incluye, en el apartado de contenido del sobre 1, la *“Solicitud de participación. Solicitud de participación (Anexo A) y modelo de proposición (Anexo A.1)”* y, dentro del citado Anexo A, si indica que *“f) Se especificará el precio total y las condiciones en las que se ofrece realizar la prestación, así como los precios unitarios que el oferente propone aplicar al contrato”*. Por lo que, a la vista de dicha previsión de los pliegos, entiende el recurrente que la inclusión del importe de la oferta económica en la solicitud de participación obedece al mencionado error en la formulación de dichos pliegos.

Además, afirma el recurrente que la inclusión del importe de la oferta económica en el sobre 1 no vulnera el procedimiento de adjudicación ni compromete la imparcialidad del órgano de contratación. Pues, en esta licitación, únicamente se prevén criterios de adjudicación evaluables de forma automática mediante fórmula, sin que exista ningún criterio de adjudicación dependiente de juicio de valor. Por lo que no se ha comprometido la imparcialidad del órgano de contratación, ni se ha producido una vulneración del procedimiento de licitación, ni existiría una infracción del principio de igualdad de trato. Y cota doctrina de este Tribunal, por la cual únicamente cabe entender justificada la exclusión de la oferta si el anticipo de información de la oferta supone un menoscabo de la objetividad de la valoración y del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Solicita la estimación del recurso, con declaración de nulidad del acto recurrido y retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a aquél en que se produjo el vicio de nulidad, acordando tener por admitida su oferta.



Cuarto. El órgano de contratación emitió informe con fecha de 7 de agosto de 2023. En dicho informe se rebaten los motivos esgrimidos por el recurrente.

En primer lugar, afirma el citado órgano que la introducción de la información económica en ambos sobres (1 y 2) por parte del recurrente, es claramente un error de hecho sólo a él imputable. Y considera que, evaluando en conjunto los pliegos, quedaba claro que la información económica y técnica inicial necesaria para la evaluación se había de incluir en el sobre 2. Por lo que el Anexo A y Anexo A1 se debería haber introducido en el sobre 2, como así se interpretó por el resto de licitadores, que cumplieron correctamente la documentación.

Pone de relieve la existencia de dos fases en este procedimiento negociado: una primera fase en la que se analizan los requisitos de capacidad y solvencia y, una segunda, en la que se valoran las ofertas. Entiende el órgano de contratación que:

“Cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones (características de la oferta) antes de que se celebre el acto público de apertura, rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario tanto a lo previsto en el artículo 160 TRLCSP, que dispone, “en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”, como a lo señalado en el artículo 145 TRLCSP de conformidad con el cual “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”.

Cita doctrina de este Tribunal y destaca el principio de igualdad de trato de los licitadores.

Entiende el órgano de contratación que, en este caso, la inclusión de información sobre la oferta en el documento de solicitud de participación:

“Podría alterar las ofertas que se presenten posteriormente, una vez informados al resto de licitadores que pasan a la segunda fase y pueden presentar el contenido del sobre dos”.



Motivo por el que la Mesa acordó la exclusión del licitador recurrente. Puesto que:

“Supone una quiebra de la igualdad entre las licitadoras concurrentes capaz de mediatizar la decisión de la Mesa de contratación por cuanto, tal y como fue anticipada tal información, ya era posible conocer los puntos a otorgar a dicha oferta por tal aspecto”.

Por todo ello, el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado a los restantes licitadores, con fecha 8 de agosto de 2023, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. El día 14 de agosto la sociedad GAUZON IBERICA, S.L. formuló alegaciones en las cuales defiende la exclusión de la oferta del recurrente y solicita la desestimación del recurso. Entiende que no hubo error alguno en la redacción de los pliegos y destaca la ruptura del secreto de las proposiciones.

Por todo ello, solicita la íntegra desestimación del recurso.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución en fecha 9 de agosto de 2023 acordando conceder la suspensión del expediente de contratación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 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), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del citado texto legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 de la LCSP y 59.2 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de la Defensa y de la Seguridad.



Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2.b) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial:

“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

Se trata, además, de un contrato de suministros cuyo valor estimado supera los 100.000 euros [artículo 44.1.a) del citado texto legal].

Tercero. El recurrente está legitimado de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, pues la eventual estimación de su recurso le supondría ser readmitida al procedimiento licitatorio.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para la interposición de quince días hábiles del artículo 50.1.c) de la LCSP.

Quinto. El recurso impugna el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 24 de julio de 2023, por el que se rechaza la oferta presentada por el recurrente, por haber incluido en la solicitud de participación en el sobre nº 1 la información relativa a su oferta económica.

Para resolver el presente recurso hay que tener en consideración, en primer lugar, las circunstancias concurrentes. Es relevante el hecho de que, cuanto menos, la redacción de la controvertida cláusula 19 del PCAP debe calificarse de dudosa u oscura. Pues se indica, en el apartado de contenido del sobre 1, la “Solicitud de participación. Solicitud de participación (Anexo A) y modelo de proposición (Anexo A.1)” y dentro del citado Anexo A, si indica que “f) Se especificará el precio total y las condiciones en las que se ofrece realizar la prestación, así como los precios unitarios que el oferente propone aplicar al



contrato". Por mucho que, como explica el órgano de contratación, efectuando una valoración e interpretación global de los pliegos, pudiera llegar a concluirse que la información de la oferta económica no debía incluirse en el sobre nº 1, lo cierto es que cuanto menos era dudoso a la vista del tenor de la cláusula 19 del PCAP. Y que los pliegos deben redactarse con claridad, de forma que los licitadores no tengan que estar haciendo interpretaciones.

Pero, más allá de lo anterior, lo relevante para la resolución del presente recurso es tomar en consideración si, en este caso, se ha comprometido la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación y el principio de igualdad de los licitadores.

La regla de apertura de los criterios evaluables automáticamente con posterioridad a los dependientes de juicio de valor (artículo 146.2 de la LCSP) tiene su razón de ser en garantizar que el órgano de contratación es independiente e imparcial a la hora de evaluar los criterios dependientes de su juicio de valor. Por lo que, el legislador ha fijado la regla de que el órgano de contratación no conozca los criterios objeto de valoración automática antes de efectuar la valoración de los dependientes el juicio de valor.

En este caso, sin embargo, como explica el recurrente, no se han fijado criterios de adjudicación dependientes de juicio de valor. Por lo que la doctrina consolidada de este Tribunal acerca de este tipo de situaciones, que se dan cuando un licitador incluye indebidamente información relativa a los criterios automáticos en la documentación relativa a los criterios dependientes de juicio de valor, no resulta aplicable, al no ser esta la situación fáctica que aquí acontece. En este sentido, la Resolución nº 574/2019, de 23 de mayo, recuerda la doctrina general de este Tribunal, exponiendo lo ya dicho en anteriores resoluciones:

“tiene razón la recurrente al mencionar la doctrina del Tribunal en la que la exclusión automática del licitador que yerra en la inclusión de documentos en los sobres o archivos requeridos se ha considerado en algunas ocasiones contraria al principio antiformalista que rige la contratación administrativa, y merecedora de la oportuna subsanación, por lo que, en supuestos como el presente, deben analizarse las circunstancias de cada caso concreto.



(...)

En fin, en nuestra Resolución 62/2013, y respecto del supuesto de inclusión de documentación de criterios evaluables mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor, señalamos que lo que el TRLCSP pretende al disponer que "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 (...)" (artículo 150.2 in fine), no es otra cosa sino garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de estos criterios no influye en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se haya atribuido por razón de los criterios evaluables mediante fórmulas. La pretensión del legislador tiene como fundamento el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza".

Sobre la falta de automatismo en la exclusión de licitadores en situaciones como la que es objeto de este recurso, el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, expuso:

"Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto),



en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato”.

Igualmente, en la Resolución 490/2017, 8 de junio, se dijo:

“como ha puesto de relieve este Tribunal, entre otras, en la resolución que cita el órgano de contratación, Resolución 067/2012: “En consecuencia debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate”. No obstante, también debe tenerse en cuenta cómo ha tratado este Tribunal la diferente casuística que se produce cuando se incorporan datos en un sobre diferente al que corresponde. En concreto, la Resolución 771/2016, de 30 de septiembre, 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)”.

En este caso, por una parte, concurre una situación de ambigüedad en los pliegos, como ya se ha expuesto. Dada la confusión u oscuridad en la redacción de la cláusula relativa al contenido del sobre nº 1.

Y, por otra parte, hay que tener en consideración que no existe acto público alguno en este caso. Puesto que, la regla del secreto de las proposiciones hasta la licitación pública es aplicable cuando la ley ha fijado un acto público para la apertura de ofertas. Lo cual únicamente se prevé en el procedimiento abierto (artículo 157.4 de la LCSP) y al procedimiento restringido [artículo 159.6.d) de la LCSP], pero no en los procedimientos negociados, como es aquí el caso. Y esa falta de publicidad en la solicitud de participación conlleva, asimismo, la negación de que se haya producido una quiebra del principio de igualdad, en perjuicio de los demás licitadores, por cuanto que éstos no van a conocer la oferta de su competidora hasta el momento en que se abra la fase de negociación, circunstancia que –en nada– menoscaba sus derechos.

Sin embargo, el fundamento principal y esencial de la regla de apertura de los criterios evaluables automáticamente con posterioridad a los dependientes de juicio de valor (artículo 146.2 de la LCSP) es la garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, en aras a asegurar la objetividad del



órgano de contratación. Y, en este caso, esta regla carece de razón de ser, por la sencilla razón de que no existen criterios dependientes de juicio de valor.

Todo lo cual lleva a concluir que, en este caso, la información suministrada a destiempo (admitiéndolo así, a pesar de la oscuridad de los pliegos) por el licitador resultó intrascendente, no comprometiéndose en forma alguna la objetividad e imparcialidad del órgano de contratación.

De acuerdo con lo expuesto, procede la estimación del recurso, por no ser ajustada a derecho la exclusión del licitador recurrente, por todo lo expuesto. Procede la retroacción de actuaciones para que la oferta económica y técnica inicial del recurrente sea evaluada y continúe el procedimiento con la negociación correspondiente prevista en los pliegos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J. M. P. B. en representación de ARDENTIA MARINE, S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 24 de julio de 2023 por el que se rechaza la oferta presentada por dicha sociedad en la licitación convocada por el Ministerio de Defensa (Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material DGAM) para contratar la *“adquisición de guindola, sistema de fabricación, almacenamiento y recarga de gases de buceo y central de agua caliente para el buque de intervención subacuática (BAM-IS)”*, anulando dicho acuerdo y acordando la admisión del licitador recurrente y la retroacción de actuaciones para que la oferta económica y técnica inicial del recurrente sea evaluada y continúe el procedimiento por sus trámites.

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



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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES