RE 103/2019

Acuerdo 121/2019, de 13 de septiembre de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "COMPAÑÍA DE VIGILANCIA ARAGONESA, S.L.", frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Seguridad y vigilancia de los elementos y servicios comunes del complejo inmobiliario Zentro_Expo», promovido por la sociedad pública "EXPO ZARAGOZA EMPRESARIAL, S.A.".

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de mayo de 2019 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de licitación del procedimiento que figura en el encabezamiento de este Acuerdo; según dicho anuncio, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 14 de junio de 2019.

Se trata de un contrato de servicios, licitado por procedimiento abierto, no sujeto a regulación armonizada –al hallarse aquéllos entre los incluidos en el Anexo IV de la 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)–, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 662 877,77 euros, IVA excluido.

El contrato no está dividido en lotes.

Segundo.- A la licitación de referencia concurrieron –en tiempo y forma– cuatro licitadores, además de la mercantil recurrente, cuya oferta fue clasificada en segundo lugar.

Tercero.- El día 8 de julio de 2019 se publicó, en la PCSP, Resolución de la Dirección-Gerencia de la sociedad "EXPO ZARAGOZA EMPRESARIAL, S.A." de la misma fecha, por la que se adjudicaba el contrato. Dicha Resolución le fue remitida a la recurrente el día 8 de julio de 2019.

Cuarto.- Con fecha 19 de julio de 2019 se recibió, mediante correo electrónico dirigido a la dirección de este Tribunal, una comunicación del órgano de contratación, dando traslado de un recurso especial en materia de contratación, así como del expediente administrativo de que éste trae causa, interpuesto presencialmente ese mismo día, 19 de julio de 2019, ante el Registro de dicho órgano por don F.J.G.E., en nombre y representación de "COMPAÑÍA DE VIGILANCIA ARAGONESA, S.L.", frente a tal actuación consistente en la adjudicación del contrato.

La actora, tras reseñar que sólo ha tenido acceso a parte del contenido de la oferta de su competidora –lo cual, entiende, puede mermar su derecho a la defensa– e interesar nuevamente tal acceso de modo íntegro, pone de manifiesto en el escrito de recurso su disconformidad con dicha actuación, argumentando que la oferta de la adjudicataria debiera haber sido excluida así como que la suya ha sido valorada indebidamente al no haberse aplicado –a su juicio– de manera apropiada los criterios de adjudicación del contrato en la valoración; especialmente, los sujetos a evaluación previa.

Por lo expuesto, interesa –literalmente– que se «(…) *tenga por interpuesto RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN frente al Acuerdo de Adjudicación de fecha 8 de enero del 2018 (notificado ese mismo día) dictado en el Expediente de Contratación nº 17A20102500 relativo a SEGURIDAD DE LA SEDE DE LA DELEGACIÓN ESPECIAL DE LA AEAT EN ARAGÓN, DE LA DELEGACIÓN DE LA AEAT EN HUESCA" LA DELEGACIÓN DE LA AEAT EN TERUEL PARA 2018 (LOTE 1: DELEGACIÓN ESPECIAL DE LA AEAT EN ARAGÓN Nº Expte: 17A20102501), y en su virtud y previos los trámites pertinentes, se resuelva el mismo, estimándolo y acordando la nulidad del acuerdo impugnado que*

deberá sustituirse por otro en el que el Contrato se adjudique a la compareciente como titular de la mejor oferta y cumplidora de todos los requisitos legalmente exigibles».

Asimismo, la recurrente solicita el mantenimiento –mediante otrosí– de la suspensión del procedimiento de referencia, añadiendo: «(…) ***(que previamente deberá haber acordado el órgano de contratación)*** *mientras se resuelve el presente Recurso especial y en concreto, se suspenda la formalización del contrato con la empresa que ha resultado adjudicataria, con prórroga, en su caso, del contrato actualmente vigente*».

Quinto.- El día 24 de julio de 2019 remitió el órgano de contratación, a este Tribunal, el informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

Sexto.- Con fecha 26 de julio de 2019 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, requirió a la recurrente –a través del Sistema de Notificaciones Telemáticas del Gobierno de Aragón, mediante correo electrónico enviado a la dirección facilitada por ésta– la subsanación del escrito de recurso, requerimiento que fue atendido el día 29 de julio siguiente.

Séptimo.- El 31 de julio de 2019 se dio traslado al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Ha presentado alegaciones la mercantil "ILUNION SEGURIDAD, S.A.", oponiéndose al recurso.

Octavo.- Con fechas 5, 11 y 12 de septiembre de 2019, a sendos requerimientos previos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se ha completado por el órgano de contratación el expediente administrativo, en lo relativo a la acreditación del modo y términos en que se produjo el trámite de vista de la oferta de la adjudicataria, junto con la parte de su contenido a la que tuvo acceso, por parte de la recurrente, así como a la aportación de la proposición presentada por ésta, respectivamente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil "COMPAÑÍA DE VIGILANCIA ARAGONESA, S.L." así como la representación de don F.J.G.E., para interponer recurso especial en nombre y representación de la citada sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, convocada por un ente del sector público aragonés, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), en relación con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Y ello, pese a que la recurrente considera que la competencia reside en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), por mor del artículo 41.1 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 (en adelante, TRLCSP) –norma que, como es bien sabido, carece ya de vigencia y a la que, en todo momento, se alude erróneamente en el escrito de recurso–, cuando los preceptos que resultan de aplicación son los ya indicados, de los que indubitadamente se colige que el Tribunal administrativo al que incumbe resolver el presente recurso especial es éste y ningún otro.

Tampoco obsta tal consideración el hecho de que el *pétitum* del escrito de recurso vaya dirigido frente a una actuación habida en el seno de un

expediente de contratación distinto al que se refiere en el encabezamiento del mismo, toda vez que resulta meridianamente clara y está perfectamente identificada cuál es dicha actuación impugnada, al igual que la competencia de este Tribunal, en virtud asimismo del principio *pro actione*.

En consecuencia, cabe concluir –según obra en el actuado– que el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Verificados los requisitos de admisión del recurso, y antes de entrar en el fondo del asunto, este Tribunal debe pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada por la recurrente, que interesa del Tribunal la suspensión de la tramitación del expediente de contratación mediante acto expreso**.**

Cabe poner de manifiesto que –*ex* artículo 53 de la LCSP– dicha suspensión se produce *ope legis* cuando el acto recurrido –como en el presente caso– es el de adjudicación, y se mantendrá hasta que se pronuncie expresamente el Tribunal, sin que pueda procederse a la formalización del contrato, ni comenzarse su ejecución. La resolución que adopte deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación, salvo que estimando el recurso declare la nulidad de la misma, en cuyo caso la suspensión queda sin objeto, o si concurren otras circunstancias que exigen mantenerla, como puede ser la retroacción de actuaciones a determinado momento procedimental, en su caso.

Ahora bien, este Tribunal quiere poner igualmente de manifiesto, anudado a lo anterior, que –junto a la suspensión de la formalización del contrato con la empresa que ha resultado adjudicataria–, la parte actora interesa por tres veces en su condición de anterior contratista, continuar prestando el servicio objeto de la presente licitación, y a tal efecto refiere de manera expresa que: *«(…) deberá por tanto mantenerse en el Servicio con aprobación de nueva prórroga si fuera necesario la prórroga del contrato*

actualmente vigente». Y ello, por lo que se expondrá en el Fundamento de Derecho Sexto.

TERCERO.- En lo concerniente a los motivos sobre el fondo del recurso, el primero de ellos –por razones sistemáticas y de acuerdo con el orden seguido en el escrito en cuya virtud aquél se formaliza– ha de referirse a la situación de indefensión en que –tácitamente, a juicio de la recurrente– se le ha colocado, al no haber podido acceder al contenido íntegro del Sobre "Dos" de la proposición de la adjudicataria, por razones de confidencialidad.

Así, dicha parte sostiene que «(…) *para poder formular debidamente el presente recurso, la compareciente solicitó en comparecencia personal ante el Órgano de Contratación, el acceso al expediente completo, y si bien se puso el mismo a nuestra disposición, no se nos dio acceso a diferentes páginas de la oferta de la finalmente adjudicataria, ILUNION (más de 30), argumentando motivos de confidencialidad, y tampoco pudimos obtener copia de los documentos y páginas que interesaban.*
Siendo evidente que si pudiéramos tener la oferta técnica de ILUNIÓN podríamos hacer una comparativa más minuciosa y aportar más argumentos, y dado que, en cualquier caso, el acceso al expediente completo es un derecho básico que nos asiste, ya en el escrito de anuncio de este recurso, solicitamos acceso telemático al mismo, que, puesto que a fecha de hoy seguimos sin haberlo obtenido, se volverá a reiterar aquí esa petición.
Por todo ello, se formula en este momento el presente recurso en base a los fundamentos que siguen, pero ello sin perjuicio de completar nuestros argumentos cuando se nos dé acceso al expediente».

Por el contrario, el órgano de contratación replica –a este respecto– en su informe al recurso lo siguiente: «(…) *la empresa COVIAR solicita la vista del expediente de contratación, concretamente en su escrito solicita ver el Sobre DOS presentado por la empresa adjudicataria.*

Como ya es de sobras conocido, el derecho de los ciudadanos al acceso a expedientes administrativos tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 105 CE. La remisión constitucional se encuentra implementada en el artículo 53.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas. El carácter limitado del derecho queda reflejado en los siguientes apartados del precepto, encaminados a fijar límites y condiciones al ejercicio del mismo, habida cuenta de que el derecho puede colisionar con intereses de terceros o, incluso, con el interés general.

No puede olvidarse tampoco que el procedimiento de contratación es un procedimiento especial, y que, como expresamente recoge la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 40/1996, de 22 de julio, sobre recurso ordinario y vista de un expediente, prima la aplicación del artículo 93 de la LCAP (actual 150 LCSP) sobre el artículo 53.1 de la LPACAP, por su carácter supletorio.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resoluciones como la n° 272/2011, sostiene que "si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente el cual se encuentra amparado por el artículo 35 de la LRJPAC, que en su apartado a) reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos 'a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos". Y concluye, "A la vista de lo anterior el órgano de contratación deberá conceder el correspondiente acceso al expediente a la empresa recurrente, si bien deberá tener en cuenta la obligación que incumbe al citado órgano de contratación de respetar la debida confidencialidad".

Este criterio favorable a reconocer la obligación de dar vista del expediente a los licitadores, si así lo solicitan, se mantiene también por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (entre

otras, Resolución n° 52/2011) y por el TACPA (Resolución 5/2011 y Acuerdo 20/2012).

Para ejercer este derecho de vista del expediente, los interesados deberán solicitarlo previamente al órgano de contratación, y concretar los documentos que se desea analizar, sin que quepa formular una solicitud genérica o global, en aplicación de lo previsto en el artículo 37.7 LRJPAC, con la interpretación ratificada por el TS en sus Sentencias de 14 de noviembre de 2000 y 19 de mayo de 2003. Será posible tomar notas respecto del expediente, pero no se entregará copia de lo presentado por otros licitadores. (Resolución 1/2013, de 18 de febrero del TACPA). Previamente, el órgano de contratación deberá identificar y retirar los documentos declarados confidenciales en los términos exigidos en el Pliego, a los que no podrá tener acceso ningún licitador.

La Junta estatal, en su Informe 46/2009, de 26 de febrero, señala que «si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él ***pero en absoluto puede ser interpretado en el sentido de que se entregue copia de todo lo presentado por otros licitadores,*** *especialmente si se trata de proyectos u otros documentos similares respecto de los cuales pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador, y concluye manifestando que "la obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin pe/juicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella".*

Como consecuencia de todo lo expuesto, ante la solicitud recibida de revisión del SOBRE DOS de la empresa adjudicataria y teniendo en cuenta la obligación que incumbe al órgano de contratación de respetar la debida confidencialidad, se solicitó a la empresa ILUNION que indicara las partes de su oferta que tenían carácter confidencial, ya que en su propuesta habían declarado que toda la oferta tenía ese carácter, declaración genérica que no

puede resultar admisible. A la vista de la respuesta recibida, tras el análisis de la misma se acepta como confidencial una parte de la oferta de la adjudicataria.

Con fecha 5 de julio de 2019, tal y como consta en la Diligencia expedida al efecto, dos representantes de la empresa COVIAR, se personaron en las oficinas de Expo Zaragoza Empresarial para proceder a la revisión del expediente.

Dichas personas estuvieron revisando el expediente de las 10 a las 12.20 horas. El acceso al expediente fue limitado, habiendo excluido de la revisión las hojas consideradas como confidenciales por parte de Expo Zaragoza Empresarial.

La recurrente pretende obtener copia de los documentos si bien, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, y siguiendo el criterio mantenido al respecto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y por Tribunales Administrativos de Contratación Pública, el derecho que le asiste para examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él, no puede ser interpretado en el sentido de que se entregue copia de todo lo presentado por otros licitadores».

Una vez expuestas las posturas de cada parte sobre el particular, corresponde extractar el precepto legal que resulta de aplicación; se trata del artículo 52 de la LCSP, cuyo tenor literal es el que sigue:

«*1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.*

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente».

Sentado lo anterior, del cotejo del expediente de contratación se desprende, por un lado, que la actuación del órgano de contratación ha sido correcta, en tanto se ha atenido a la regulación recién transcrita, así como a los criterios que al respecto han fijado tanto los órganos administrativos encargados de la resolución de recursos contractuales como los órganos consultivos en esta materia –según se expone a continuación– y, por otro, que la recurrente yerra en su consideración del acceso al expediente como un derecho absoluto u omnímodo –en el sentido de ilimitado–, así como que comprenda la obtención de copias. Al contrario, como preceptúa el citado artículo 52 de la LCSP –y, acertadamente, recuerda el órgano de contratación– se trata de un derecho que está sujeto a límites: en especial, el respeto al principio de confidencialidad de las ofertas.

A propósito del ejercicio del meritado derecho, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 15/2012, de 19 de septiembre, vino a apuntar el modo en que debe desarrollarse la vista del expediente indicando que: «(e)*l derecho de los ciudadanos al acceso a expedientes administrativos tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 105 CE. La remisión constitucional se encuentra implementada en el artículo 37.1 LRJPAC. El carácter limitado del derecho queda reflejado en los siguientes apartados del precepto, encaminados a fijar límites y condiciones al*

ejercicio del mismo, habida cuenta de que el derecho puede colisionar con intereses de terceros o, incluso, con el interés general.

No puede olvidarse tampoco que el procedimiento de contratación es un procedimiento especial y que, como expresamente recoge la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 40/1996, de 22 de julio, sobre recurso ordinario y vista de un expediente, prima la aplicación del artículo 93 de la LCAP (actual 151 TRLCSP) sobre el artículo 35 a) de la LRJPAC, por su carácter supletorio.

(…) para ejercer este derecho de vista del expediente, los interesados deberán solicitarlo previamente y concretar los documentos que se desea analizar, en aplicación de lo previsto en el artículo 37.7 LRJPAC, con la interpretación ratificada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 14 de noviembre de 2000 y 19 de mayo de 2003. Será posible tomar notas respecto del expediente, pero no se entregará copia de lo presentado por otros licitadores. Previamente el órgano de contratación deberá identificar y retirar los documentos declarados confidenciales en los términos exigidos en el Pliego, a los que no podrá tener acceso ningún licitador.

Por último, esta Junta recomienda a las unidades gestoras de la contratación que en el trámite de vista se expida una diligencia en la que se recojan las circunstancias relevantes del derecho de acceso ejercido: identificación de quien o quienes examinan el expediente, fecha y hora de ejercicio del derecho, documentos a los que no se ha permitido el acceso etc».

Bajo tales parámetros, cabe concluir que la conducta del órgano de contratación resulta ajustada a Derecho el cual, con carácter previo a la consulta del expediente por la recurrente, en pro de una actitud en exceso garantista, llegó a consultar a la adjudicataria a fin de que concretara –ante la declaración genérica al respecto contenida en su oferta– las partes confidenciales de la misma, cuando tal generalidad ya le facultaba a discernir esta cuestión, si bien el trámite de vista evacuado tampoco redundó en que la adjudicación se prolongase más de lo debido.

En consecuencia, una vez aclarados los términos en que se produjo el acceso al expediente por la recurrente, así como el contenido de la oferta de su competidora que pudo consultar –para lo cual hubiera sido deseable, según el criterio manifestado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su citado Informe, reflejar en la diligencia de comparecencia la documentación cuya consulta no fue autorizada–, no puede prosperar la pretensión de aquélla de acceder –por mor del principio de confidencialidad– al resto de la proposición de la adjudicataria, habida cuenta de que la parte no consultada reviste tal carácter confidencial en el sentido legal del término que se regula en el artículo 133 de la LCSP, y el contenido de la oferta a que sí ha tenido efectivamente acceso garantiza suficientemente su derecho a la defensa.

Tampoco ha lugar al derecho de obtener copias de la misma, pues la normativa de contratación pública no impone tal obligación sino que, según el criterio que sostiene el TACRC –y que este Tribunal comparte–, entre otras, en sus Resoluciones 460/2016 y 488/2016, de 10 y 24 de junio, respectivamente, basta garantizar el acceso al expediente que permita tomar notas sin que exista obligación de entregar copias de los documentos, tal y como ha acontecido en el presente caso. En concreto, en la primera de dichas Resoluciones, se afirma: «*En cuanto a lo segundo, y de acuerdo con lo indicado por el órgano de contratación en su informe, el TRLCSP no impone al órgano de contratación, cuando concede vista del expediente a los licitadores, facilitar copias del mismo. Como se indicó en la Resolución 221/2016, de 31 de marzo, "En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia la presente alegación no puede prosperar*».

Por consiguiente, este motivo de recurso debe rechazarse.

CUARTO.- La recurrente argumenta que la proposición de la adjudicataria debería –a su juicio– haber sido excluida de la licitación. En concreto, aduce que incurre: «(…) *en las siguientes irregularidades (..) o carece de los siguientes requisitos imprescindibles para haber sido admitida a licitación:*

- ***Forma de presentación de la oferta***

  En la página 9 del CUADRO DE CARACTERÍSTICAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARTICULARES PARA LA CONTRATACIÓN POR PROCEDIMIENTO ABIERTO DEL CONTRATO DE SERVICIOS DENOMINADO: "SEGURIDAD Y VIGILANCIA DE LOS ELEMENTOS Y SERVICIOS COMUNES DEL COMPLEJO INMOBILIARIO ZENTRO_EXPO", concretamente en el punto 7.3.2 ***sobre DOS.*** *TITULO: PROPUESTA SUJETA A EVALUACIÓN PREVIA, se establece claramente que en ningún caso deberán incluirse en este sobre documentos propios del* ***Sobre nº TRES.***

  Pues bien, dentro del contenido previsto para incluir en el sobre TRES, hay un apartado b) Mejoras ofertadas. (de 0 a 10 puntos), y una de ellas es "Disponer en la garita de control de un equipo desfibrilador y la correspondiente formación de los vigilantes para su uso. (Hasta 3 puntos)".

  Y ocurre que en la oferta del Sobre nº DOS de ILUNION SEGURIDAD SA, en la página 79 se cita la obligatoriedad de formación en DEA (Desfibrilador Externo Automático) del personal afecto a este Servicio, lo que, de forma evidente e inequívoca supone, de forma tácita o implícita pero evidente, anunciar en el SOBRE DOS que se presenta la mejora de DEA, algo que SOLO debería aparecer en el SOBRE TRES.

  Y así, en efecto, luego en el SOBRE TRES de la oferta de ILUNIÓN SEGURIDAD SA, y como se puede leer en el anexo I: Valoración de ofertas, en la parte de Mejoras, se ofrece "Desfibrilador y formación anual".

- ***Medios personales y tiempos de respuesta***

En la página 15 del CUADRO DE CARACTERÍSTICAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARTICULARES PARA LA CONTRATACIÓN POR PROCEDIMIENTO ABIERTO DEL CONTRATO DE SERVICIOS DENOMINADO: "SEGURIDAD Y VIGILANCIA DE LOS ELEMENTOS Y SERVICIOS COMUNES DEL COMPLEJO INMOBILIARIO ZENTRO_EXPO", concretamente en el punto 4° Adscripción de medios a la ejecución del contrato, MEDIOS PERSONALES, dice "Disponer de personal vigilante de seguridad, habilitado conforme a la normativa de seguridad privada, con un mínimo de efectivos de ***60 vigilantes en el interior de la isócrona de 90 minutos*** *(con centro en la ciudad de Zaragoza), por transporte terrestre, además de los 12 vigilantes que están incluidos en el contrato".*

Pues bien, sin perjuicio de la ampliación de alegaciones que en su momento se efectuará cuando se nos dé acceso al expediente completo, en el examen presencial que pudimos hacer del mismo, pudimos apreciar que en la oferta técnica de ILUNIÓN SEGURIDAD SA, esta empresa se comprometían en su punto 4.5.3 TIEMPOS DE RESPUESTA (pg. 44) a mandar de 4 a 10 o más vigilantes en un tiempo mínimo de 3 horas. Es evidente que los tiempos de respuesta que han presentado en la oferta técnica no cumple con los requisitos exigidos.

Además, tampoco parece que esta oferta cumpla el requisito de tener una reserva del 10% del personal afecto al servicio (1'2 vigilantes de los 12 que lo prestan).

- ***Delegación y Servicio de Prevención en Zaragoza***

  En la página 15 del CUADRO DE CARACTERÍSTICAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARTICULARES PARA LA CONTRATACIÓN POR PROCEDIMIENTO ABIERTO DEL CONTRATO DE SERVICIOS DENOMINADO: "SEGURIDAD Y VIGILANCIA DE LOS ELEMENTOS Y SERVICIOS COMUNES DEL COMPLEJO INMOBILIARIO ZENTRO_EXPO", concretamente en el punto 4° Adscripción de medios a la ejecución del contrato, MEDIOS TÉCNICOS MÍNIMOS, dice "La empresa Adjudicataria deberá disponer de delegación en la ciudad de

Zaragoza o en un radio no superior de 15 Km con los medios humanos y técnicos mínimos en dicha delegación para poder atender de manera correcta el contrato. Equipos informáticos, servicio de prevención (propio o ajeno), departamento de administración, etc.."

Pues bien, una vez más y sin perjuicio de la ampliación de alegaciones que en su momento se efectuará cuando se nos dé acceso al expediente completo, y por tanto sin poder afirmarlo con absoluta certeza, no nos consta que ILUNIÓN SEGURIDAD SA disponga de Servicio de Prevención en Zaragoza o aledaños, y siendo una empresa con sede central en Madrid nos extrañaría que su servicio de prevención esté en Zaragoza».

Por su parte, en el informe elaborado por el órgano de contratación con motivo de la interposición del recurso, se defiende:

«*Entrando en el fondo del recurso, la recurrente considera que la oferta de la adjudicataria presenta irregularidades o carece de requisitos imprescindibles para haber sido admitida a la licitación, concurriendo a su juicio, las siguientes causas de exclusión:*

1.- Forma de presentación de la oferta.

Según la recurrente la oferta de la adjudicataria contiene en el "SOBRE DOS: propuesta sujeta a evaluación previa", información propia del Sobre TRES, cuando el Pliego de Condiciones Particulares (PCP) indica claramente que "en ningún caso deberán incluirse en este sobre (DOS) documentos propios del Sobre n° TRES".

En concreto afirma que en la página 79 de la oferta de ILUNION se indica la obligatoriedad de formación en DEA (desfibrilador Externo Automático) del personal afecto al servicio, lo cual supone que están desvelando que aportan como mejora a incluir en el SOBRE TRES, la disposición en la garita de un equipo desfibrilador y la correspondiente formación de los vigilantes para su uso, mejora valorada con 3 puntos.

Efectivamente, el PCP recoge en su cláusula 9.2, como uno de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior (sobre tres), un apartado de mejoras, entre las que se incluye "Disponer en la garita de control de un

equipo desfibrilador y la correspondiente formación de los vigilantes para su uso. (Hasta 3 puntos)"

Como puede comprobarse, en la propuesta presentada por ILUNION, en su página 79, se explica su"Procedimiento de actuación ante emergencias sanitarias'. En concreto la explicación de dicho procedimiento es la siguiente: (se transcribe a continuación el apartado 5.5.4 de la oferta de la adjudicataria)

En el citado apartado, no se dice en ningún momento que se vaya a contar con un desfibrilador en la garita, sino que en caso de emergencias sanitarias el personal de vigilancia prestará los primeros auxilios necesarios, puesto que contará con la formación específica para ello.

Efectivamente en la explicación de su procedimiento ante emergencias, ILUNION incluye la palabra "DEA", pero la Mesa de Contratación cuando realiza la valoración de dicha oferta no se plantea su exclusión porque no considera que se haya violado el secreto de la oferta tal y como pretende la recurrente.

A juicio de quien emite este informe, la exclusión de la licitadora por ese motivo hubiera resultado una medida absolutamente desproporcionada, en línea con el criterio seguido por resoluciones de tribunales administrativos de contratos que han venido matizando la rotundidad de la consecuencia de exclusión por violación del secreto de las proposiciones, de tal forma que es predominante la doctrina de dichos órganos que incide en que no ha de ser un criterio absoluto, sino que deberá operar en la medida en que tenga lugar la contaminación por conocimiento anticipado de tal suerte que ya no puedan quedar garantizados los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato; resume perfectamente la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC-, su reciente Resolución 729/2016: "La exclusión de un licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto del adecuado no es un criterio absoluto ni debe operar de forma automática, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación (Resoluciones 89/2015 y 1082/2015, entre otras). Antes bien, antes de

expulsar a un candidato del procedimiento, debe analizarse sí se ha podido quebrar la imparcialidad y la objetividad en la evaluación (Resolución 261/2016).../ .. lo verdaderamente relevante no es la forma en que se presentan las ofertas, sino que se garanticen los principios de invariabilidad de la oferta y de igualdad de trato, lo que exige a su vez que se cumplan dos requisitos: a) que el error cometido no permita albergar duda alguna sobre la verdadera voluntad de la licitadora, y b) que ese error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva."

Abundando en lo anterior, la JCCA del Estado en su Informe 30/11 concluye que "Por ello, si la documentación incluida en su sobre incorrecto es irrelevante desde el punto de vista de los citados principios, puede considerarse que constituyendo una irregularidad formal en el procedimiento, no constituyendo una causa que determine el efecto de la exclusión del mismo. A dicha conclusión llega el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, mediante Resolución de 5 de octubre de 2011, en el que la documentación aportada en sobre erróneo no esté sujeta a valoración y su conocimiento por el órgano de contratación en un momento distinto al previsto no influye en la objetividad de este órgano, y la de sus técnicos para valorar las ofertas presentadas".

En el caso que nos ocupa, aun en el supuesto de que se considerara que la adjudicataria hubiera cometido un error incluyendo en el Sobre DOS la indicación de que los vigilantes cuentan con la formación en primeros auxilios y DEA, evidentemente habría que analizar si ese error supone que no se pueda evaluar de forma objetiva e imparcial la oferta, cosa que no sucede teniendo en cuenta además la escasa ponderación dentro del total de puntuación de la información supuestamente desvelada a juicio de la recurrente, que sólo representa 3 puntos sobre un total de 100.

Resulta cuando menos difícil plantear que el caso que nos ocupa, esto es, haber incluido que el personal del servicio tenga formación en primeros auxilios y DEA pueda ser causa de exclusión o en su caso que haya podido suponer una vulneración de los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad de trato por parte del órgano de contratación.

2.- Medios personales y tiempos de respuesta.

Alega la recurrente que la oferta de la adjudicataria no cumple con el requisito establecido en la cláusula 10.2.4º del PCP, que establece el compromiso de adscribir al servicio personal vigilante de seguridad, habilitado conforme a la normativa de seguridad privada, con un mínimo de efectivos de 60 vigilantes en el interior de la isócrona de 90 minutos (con centro en la ciudad de Zaragoza), por transporte terrestre, además de los 12 vigilantes que están incluidos en el contrato. Y para ello se basa la recurrente en que en la página 44 de la oferta de ILUNION se indica el compromiso de mandar de 4 a 10 o mas vigilantes en un tiempo mínimo de tres horas, por lo que, a su entender, los tiempos de respuesta no cumplen con los requisitos exigidos.

Cabe manifestar que como puede comprobarse, en la página 15 de la oferta de ILUNION declaran disponer de más de doscientos (200) vigilantes de seguridad en plantilla en la delegación de Zaragoza con los que ya cumplen el requerimiento exigido:

(se transcribe a continuación el apartado 3.5 de la oferta de la adjudicataria)

En la página 44 de la oferta se habla de "4.5.3 Tiempos de Respuesta" enumerándose una relación de número de vigilantes, categoría de los mismos y tiempo de respuesta en la que lo que se establece es·el compromiso de reposición de vigilantes del servicio caso de producirse alguna incidencia en el mismo (baja, indisposición, necesidad de ausentarse del puesto de vigilancia, etc).

Ello no obstante cabe manifestar que es la adjudicataria, en fase de adjudicación, la que debe acreditar la disposición de los medios. Al no especificar el Pliego la manera de acreditar la efectiva disposición de los medios por parte de la Adjudicataria, esta lo ha hecho mediante una declaración responsable, que se aportó junto con el resto de documentación necesaria para proceder a la adjudicación.

3.- Delegación y Servicio de Prevención en Zaragoza

Alega la recurrente que la oferta de la adjudicataria no cumple con el requisito establecido en la cláusula 10.2.4º del PCP, que establece el

compromiso de disponer de una delegación en la ciudad de Zaragoza o en un radio no superior de 15 Km con los medios humanos y técnicos mínimos en dicha delegación para poder atender de manera correcta el contrato. Equipos informáticos, servicio de prevención (propio o ajeno), departamento de administración, etc. El adjudicatario deberá adjuntar certificado actualizado emitido por el Cuerpo de Policía conforme al artículo 17.2 del Reglamento de Seguridad Privada.

Y para ello afirma la recurrente, sin aportar prueba alguna, que no les consta que ILUNION disponga de un servicio de Prevención en Zaragoza o aledaños y que siendo una empresa con sede central en Madrid ponen en duda que puedan disponer de un servicio de prevención en Zaragoza.

Es decir, ILUNION cuenta con un técnico de prevención de nivel superior en la delegación y a FREMAP en las funciones de vigilancia de la salud, empresa que cuenta con delegación en la ciudad de Zaragoza.

Por este motivo, se entiende que sí que cuenta a menos de 15 km de la ciudad de Zaragoza con la infraestructura necesaria como para poder atender de manera correcta el contrato en lo que a prevención de riesgos se refiere.

Ello no obstante cabe manifestar que es la adjudicataria, en fase de adjudicación, la que debe acreditar la disposición de los medios. Al no especificar el Pliego la manera de acreditar la efectiva disposición de los medios por parte de la Adjudicataria, esta lo ha hecho mediante una declaración responsable, que se aportó junto con el resto de documentación necesaria para proceder a la adjudicación.

Por todo lo dicho anteriormente a juicio de quien informa no procede la exclusión de ILUNION del procedimiento».

A su vez, la alegante mantiene que el órgano de contratación ha actuado correctamente dado que su oferta no incurre en causa de exclusión alguna y, por su parte, se ha dado puntual cumplimiento a todos y cada uno de los requerimientos exigidos en los pliegos; de ahí que interese la desestimación del recurso interpuesto.

Expuestos los términos del debate, procede acudir al Pliego de Condiciones Particulares (en adelante, PCP) que rige la licitación, en las cuestiones cuya aplicación resulta controvertida, el cual establece:

«***7.3.2 SOBRE DOS. TITULO: PROPUESTA SUJETA A EVALUACIÓN PREVIA.***

Se deberán presentar los documentos originales, sellados y firmados junto con índice de todos ellos. En ningún caso deberán incluirse en este sobre documentos propios del Sobre nº TRES.

La documentación técnica que debe presentar el licitador y que tratará cada asunto con la extensión adecuada a su relevancia, y que servirán para la evaluación de la oferta técnica contendrán los siguientes documentos:

- *Explicación de la oferta.*
- *Los vigilantes de seguridad ofertados deberán disponer de la habilitación exigida por la Ley 23/1992 de Seguridad Privada. Se deberá incluir copia o certificado del título o habilitación expedido, de los que no estén en la lista de subrogación del contrato.*
- *Medios técnicos (sistema de control de rondas y puntos de paso) y materiales a utilizar.*
- *Descripción de la uniformidad del personal.*
- *Evaluación de riesgos laborales.*
- *Plan de trabajo. El licitador realizará una planificación de la ejecución de los trabajos y servicios a realizar.*
- *Cualesquiera otros documentos que se consideren oportunos.*
- *Se aportará el modelo de parte de servicio que deberá ser entregado a la propiedad por parte de cada vigilante cuando finalice su turno de trabajo vía email.*

A efectos de valoración de la documentación presentada en este Sobre, no se tendrá en cuenta aquella que sea copia literal de la información contenida en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

7.3.3 SOBRE TRES. TITULO: OFERTA ECONÓMICA Y PROPUESTA SUJETA A EVALUACIÓN POSTERIOR

La proposición económica deberá formularse conforme al modelo que se

adjunta como Anexo nº 3 de este Pliego, formando parte inseparable del mismo.

Deberá incluir obligatoriamente el desglose de precios unitarios.

Se deberán incluir todos los precios unitarios requeridos, incluso cuando la medición requerida sea cero. Los precios unitarios incluidos en su oferta desglosada son vinculantes para el licitador. La no presentación por parte del licitador del desglose de precios unitarios, supondrá automáticamente la exclusión del proceso.

Cada licitador no podrá presentar más de una proposición. La contravención de este principio dará lugar a la desestimación de todas las presentadas. Tampoco podrá suscribir ninguna proposición en unión temporal con otras empresas si lo ha hecho individualmente. La contravención de este principio dará lugar a la desestimación de todas las presentadas. La propuesta económica debe ir obligatoriamente firmada por el licitador o su representante.

La proposición económica se presentará en caracteres claros o escrita a máquina y no se aceptarán aquéllas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer, claramente, lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar la oferta.

❖ ***Comprobación de la veracidad de las declaraciones responsables.***

El órgano o la Mesa de contratación podrán, en cualquier momento, solicitar la justificación documental del cumplimiento de las condiciones sobre las que los licitadores hubieran declarado responsablemente su cumplimiento.

El licitador deberá presentar la documentación requerida en el plazo concedido, con un máximo de cinco días hábiles, a contar desde el siguiente al de recepción del requerimiento. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta y será excluido del procedimiento.

(…)

9.2 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR (SOBRE TRES)

(…)

b) Mejoras ofertadas. (de 0 a 10 puntos)

(…)

- *Disponer en la garita de control de un equipo desfibrilador y la correspondiente formación de los vigilantes para su uso. (Hasta 3 puntos)*

(…)

10.2 Presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por el licitador que haya presentado la mejor oferta

(…)

4º Adscripción de medios a la ejecución del contrato.

❖ ***MEDIOS PERSONALES:***

Los licitadores deberán completar la acreditación de su solvencia mediante una declaración por la que se comprometan a adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes, que deberán concretar en su oferta. El compromiso de adscripción de medios deberá ir firmado por el licitador o su representante.

Se establecen los medios mínimos siguientes:

❖ ***MEDIOS PERSONALES***

La empresa adjudicataria deberá adscribir como mínimo un inspector, con al menos tres años de experiencia en el puesto de inspector, para la realización de las funciones de seguimiento y control del servicio de forma permanente.

Disponer de personal vigilante de seguridad, habilitado conforme a la normativa de seguridad privada, con un mínimo de efectivos de 60 vigilantes en el interior de la isócrona de 90 minutos (con centro en la ciudad de Zaragoza), por transporte terrestre, además de los 12 vigilantes que están incluidos en el contrato.

❖ ***MEDIOS TÉCNICOS MÍNIMOS***

La empresa Adjudicataria deberá disponer de delegación en la ciudad de Zaragoza o en un radio no superior de 15 Km con los medios humanos y técnicos mínimos en dicha delegación para poder atender de manera correcta el contrato. Equipos informáticos, servicio de prevención (propio o ajeno), departamento de administración, etc. El adjudicatario deberá adjuntar certificado actualizado emitido por el Cuerpo de Policía conforme al artículo 17.2 del Reglamento de Seguridad Privada.

Estos medios personales y materiales formarán parte de la propuesta presentada por los licitadores y, por lo tanto, del contrato que se firme con el adjudicatario. Por este motivo, deberán ser mantenidos por la empresa adjudicataria durante todo el tiempo de realización de este servicio. Cualquier variación respecto a ellos deberá ser comunicada a esta Sociedad. Su incumplimiento podrá ser causa de resolución del contrato o de imposición de penalidades según la cláusula 12.3.2».

Una vez expuesto el objeto de controversia, corresponde analizar por separado el posible incumplimiento de los medios a adscribir a la ejecución del contrato, de un lado, y la eventual vulneración del secreto de la oferta, al haber podido anticipar en el Sobre "Dos" aspectos que debían recogerse –únicamente– en el Sobre "Tres", de otro.

En relación con la adscripción de medios, a fin de conocer todos los elementos de juicio, y tras cotejar la proposición de la adjudicataria a este respecto, procede extraer las siguientes conclusiones a propósito de la misma:

- En el apartado 3.5 de dicha oferta (página 15, a la que tuvo acceso la recurrente), se indica –en letras mayúsculas resaltadas en negrita y subrayadas– que la empresa adjudicataria dispone en su Delegación de Zaragoza de más de doscientos vigilantes en plantilla.
- En relación con lo anterior, consta en el expediente de contratación la aportación por la adjudicataria del compromiso de adscripción de medios, dando así cumplimiento a la cláusula 10.2 del PCP; en dicho compromiso la citada mercantil refrenda el contenido de los términos de su oferta en lo referente a este apartado.
- En el apartado 4.5.3 de dicha oferta (página 44, a la que también tuvo acceso la recurrente), vienen señalados –y diferenciados en función del número de efectivos– una serie de tiempos de respuesta que –como atinadamente apunta el órgano de contratación– obedecen a posibles incidencias que pueda sufrir el personal de la empresa adjudicataria durante su jornada laboral y el tiempo previsto para dichos efectivos sean repuestos.

- En el apartado 9 de dicha oferta (página 148, a la que igualmente tuvo acceso la recurrente), se indica –como nueva y acertadamente reseña el órgano de contratación– que la empresa adjudicataria dispone de un Servicio de Prevención de Zaragoza no propio sino ajeno, indicando la empresa con la tiene contratado tal servicio, la cual cuenta con delegación en la ciudad de Zaragoza.

Así las cosas, sobre la afirmación de la recurrente en cuanto a este primer grupo de motivos por los que –a su juicio– la oferta de su competidora incurre en causa de exclusión, el punto de partida no puede ser otro que la doctrina de este Tribunal sobre la carga que cada una de las partes ha de soportar a fin de acreditar lo que a su derecho convenga, y que se recoge –entre otros– en sus Acuerdos 6/2015, de 13 de enero, 70/2018, de 2 de agosto, o, más recientemente, 92/2019, de 12 de julio.

En este último, con cita del Acuerdo 70/2018, se afirma: «*(…) este principio jurídico de la carga de la prueba, tal y como afirma el Tribunal Administrativo Central Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en su Resolución 607/2016, de 22 de julio, «se recogía en nuestro ordenamiento con carácter general en el originario artículo 1.214 del Código Civil, cuando disponía que "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone", y se recoge hoy en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que "corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención". Ello supone, en el ámbito del procedimiento contradictorio, que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, teniendo la carga de la prueba una dimensión formal, correspondiendo a las partes probar los hechos introducidos en sus alegaciones, y otra material, ofreciendo al órgano llamado a resolver un criterio para resolver dudas sobre medios probatorios desestimando las pretensiones*

según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos inciertos. Así las cosas, corresponde a la recurrente probar lo que afirma e introducir los argumentos jurídicos que, a partir de los hechos probados, permitan a este Tribunal pronunciarse sobre su pretensión. Lo que no es admisible ni puede exigirse de este Tribunal es que actúe como una suerte de inquisidor general del procedimiento de adjudicación del contrato buscando las pruebas y aportado los argumentos que el recurrente no hacen, pues el recurso no es una mera denuncia sino una solicitud que inicia un procedimiento y obliga al recurrente a fundamentar su impugnación».

Y se concluía en el meritado Acuerdo 70/2018: «*Las reglas de la carga de la prueba no se ven así alteradas, de modo que a cada parte le incumbe probar aquellos hechos que invoca en su provecho*», conclusión también extrapolable al presente caso, pues no basta que la actora aduzca –o más bien, anticipe– que la oferta de sus competidoras conlleva una vulneración de los medios a adscribir al contrato, sino que ha de precisar las razones así como en qué términos se produciría tal incumplimiento –en fase de ejecución del contrato, no hay que olvidar–, de manera que pueda constatarse que la actuación impugnada no es correcta porque, en otro caso, se trata de una mera apreciación subjetiva procediendo el rechazo de la pretensión, al no haberse ofrecido a este Tribunal elemento probatorio alguno en aras de acreditar cuanto se arguye al respecto, por mor de que, como también ha tenido ocasión de señalar este Tribunal (Acuerdo 19/2018, de 13 de febrero), los actos de la Administración Pública no pueden ser puestos en tela de juicio a base de meras conjeturas, sino que es preciso que, quien los discuta, aporte –a diferencia de lo que sucede en el presente caso, en que no se ofrecen razones sustanciales de peso tendentes a testimoniar la vulneración invocada– argumentos o principios de prueba que acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable o con algún grado de arbitrariedad, circunstancia que, al no concurrir, impide acoger este argumento.

Y, a resultas de lo anterior, puesto que la argumentación se limita meramente a invocar un incumplimiento sin más recorrido que su sola enunciación, no ofreciendo ningún argumento acerca de por qué ni en qué términos se produce tal vulneración, y que este Tribunal no alcanza a atisbar –con los elementos de que dispone–, el modo en que la oferta de la empresa que ha resultado adjudicataria puede no cumplir las reglas de la licitación en fase de ejecución del contrato, los motivos del recurso concernientes a la adscripción de medios al mismo por dicha empresa deben decaer. Y todo ello, sin perjuicio de que la acreditación de disponer de tales medios –como también apunta el órgano de contratación–, con arreglo al propio pliego, requiere solamente de la aportación del correspondiente compromiso en ese sentido y tal previsión ha sido observada por la adjudicataria, y es, en la siguiente fase a la adjudicación del contrato, durante su ejecución, cuando procede comprobar la efectividad de dicho compromiso.

Por lo que respecta al segundo grupo de motivos, los referentes a la eventual vulneración del secreto de la oferta, al haber podido anticipar en el Sobre “Dos” aspectos que debían recogerse –únicamente– en el Sobre “Tres”, debe comenzarse por la proposición de la recurrente; en ella –dentro del apartado 5.5.4 de su Sobre “Dos” (página 79, a la que tuvo asimismo acceso la actora)– viene a recogerse que: «(a)*nte una emergencia sanitaria producida tanto en el personal trabajador de la instalación como de los usuarios/visitantes se activará el protocolo de actuación ante emergencias sanitarias, que tendrá como objetivo el poder realizar aquellas primeras actuaciones ante éste tipo de emergencias que será coordinado por el personal de la instalación del EXPO ZARAGOZA EMPRESARIAL designado, y que contará con la debida formación en primeros auxilios y DEA. Si por el tipo de emergencia fuere necesario, se dará traslado de la misma a los Servicios de Emergencias realizando las primeras actuaciones hasta la llegada de dichos servicios públicos*».

Es decir, la adjudicataria en respuesta a situaciones de emergencia sanitaria afirma que su personal estará formado en DEA (desfibriladores externos automatizados), cuando el PCP –en su apartado 9.2– prevé que dicha

información se contenga en el Sobre “Tres” al contemplar, entre los criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior, como `Mejora ofertada´, el de «*disponer en la garita de control de un equipo desfibrilador y la correspondiente formación de los vigilantes para su uso*» y cuya ponderación es de hasta tres puntos. Así las cosas, procede analizar el contenido de dicha oferta y, en su caso, las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse.

A este respecto, resulta de lo más ilustrativa la reciente Resolución 766/2019, de 11 de julio, del TACRC, en la que viene a extractarse la doctrina de dicho Tribunal acerca de la revelación de parte de la oferta con anterioridad a la apertura de los sobres o archivos en los que se contienen las proposiciones relativas a los criterios evaluables automáticamente. Así, en la misma se afirma que: «(…) *en nuestra Resolución nº 691/2017, con cita de la Resolución 890/2014, de 5 de diciembre, resumimos nuestra doctrina, la cual debe mantenerse bajo la vigencia de la LCSP, a cuyos preceptos haremos aquí referencia siguiendo las consideraciones reflejadas en dicha previa Resolución. Así, y como entonces señalábamos, hemos de partir de que el suministro de información por parte de un contratista en la licitación, sea ya por su inclusión en un sobre improcedente, sea ya por la evacuación de cualquier otro trámite del procedimiento, que anticipe el conocimiento de la información incluida bien en el sobre correspondiente a la oferta relativa a los criterios dependientes de un juicio de valor, bien al que contiene dicha oferta, en lo atinente a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula, vulnera expresamente los preceptos de la vigente Ley de Contratos del Sector Público y los principios que rigen la contratación administrativa. Así, el artículo 1 de la LCSP establece, entre sus fines, el garantizar el principio de “no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores”. En el mismo sentido, el artículo 132 de la citada Ley señala que “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”.*

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de

1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros). Asimismo, el artículo 139 de la LCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, señala 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. (…) Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la apertura de las proposiciones, (…)".

Establece el artículo 157 para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones, que:

"1. La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición.

Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario.

2. Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas».

Ello significa que las proposiciones de los interesados, conteniendo tanto las características técnicas como económicas, además de cumplir las exigencias

del PCAP, deben mantenerse secretas hasta el momento en que, de conformidad con el PCAP, deban ser abiertas, debiendo presentarse en sobres o archivos independientes la documentación a que se refiere el artículo 140 de la LCSP, de la que contiene la oferta. Finalmente, el artículo 146.2 de la LCSP, al regular la aplicación de los criterios de adjudicación, dispone que: "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".

También señalamos en nuestra Resolución 191/2011 que "la norma cuando se refiere a `documentación´ no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene (`escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo´, en la segunda acepción del Diccionario de la Legua Española, RAE, 22 edición) pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores". Igualmente señalamos en la referida Resolución 191/2011 que la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, "es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre 2º resulta ratificada en el sobre 3º, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión– por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aún, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada". Esto no obstante la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal" (Resolución 233/2011). En efecto, los Tribunales de justicia han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: "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".

En esta misma línea de razonamiento, en nuestra Resolución nº 1063/2017, citando lo resuelto en la antes citada sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señalábamos que el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se establece para evitar que el conocimiento de la oferta económica pueda incluir influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Por ello lo relevante no es el error en la documentación, sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores. Todo ello exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas».

Y prosigue el TACRC en la mencionada Resolución 766/2019: «(d)*e este modo, la lectura del pliego pone de relieve como existe una zona de coincidencia entre el criterio objetivo consistente en la adscripción al servicio de un técnico titulado y el criterio subjetivo referido a la capacidad operativa entendida como la aportación de medios materiales y humanos por encima de los mínimos exigidos en el pliego. En ambos casos cabe proponer la adscripción al contrato de un técnico titulado, de grado medio o superior, si bien con un matiz en cuanto al criterio objetivo, puesto que en el mismo se*

establece que tal aportación lo ha de ser para la emisión de informes en relación a la materia objeto del contrato a propuesta del Ayuntamiento cuando así lo considere", no estableciéndose esta concreta exigencia en la definición del criterio subjetivo antes referido. En línea con esta consideración, se advierte como la propuesta de la aportación de un técnico superior como "interlocutor del servicio contratado" que hace EULEN en el archivo electrónico "C" de su oferta, no incluye esta concreta función, de suerte que no es sino cuando propone a dicho técnico en el archivo electrónico "B", a los efectos del criterio objetivo definido en el pliego, cuando puede constatarse de manera efectiva que tal propuesta lo es a los efectos de asesoramiento previstos en dicho criterio, por lo que, en puridad, no es sino con la apertura de dicho sobre "B" cuando puede tenerse por cierto que la propuesta colma la exigencia de este criterio objetivo. Queda con ello matizada la anticipación que pudiera derivarse en cuanto a este criterio objetivo del contenido de la información incluida en el archivo electrónico "C".

De otra parte, hay que subrayar que la incidencia de la aportación de técnico titulado en cuanto a la ponderación total de la oferta es limitada, puesto que solo alcanza 10 puntos de un total de 100.

Partiendo de esa doble consideración, y teniendo presente que la indicación que hizo el adjudicatario en el archivo "C" de la adscripción al servicio de un técnico titulado, anticipaba solo parcialmente (por el matiz previamente expresado en cuanto a sus funciones) un aspecto propio de los criterios objetivos de valoración, que además ello vino motivado por las propias previsiones del pliego, y careciendo tal anticipación de entidad suficiente como para comprometer la igualdad y objetividad del evaluador, no cabe sino concluir por tanto en que no concurren motivos para el rechazo de la proposición del adjudicatario por razón de anticipación de información relevante correspondiente a los criterios evaluables mediante fórmulas».

Bajo tales parámetros interpretativos, en el supuesto aquí analizado, se comprueba que la posible revelación de parte de la oferta, de un lado, ha tenido lugar con ocasión del Sobre "Dos", cuyos criterios de adjudicación eran –con

arreglo al apartado 9.1 del PCP, que se aborda en el Fundamento de Derecho siguiente– el `Planteamiento y organización de los trabajos´ (ponderable hasta 40 puntos) y la `Evaluación de riesgos laborales y medidas de prevención´ (ponderable hasta 10 puntos); dentro de la definición de aquél, entre las pautas que habían de tener en cuenta los licitadores para confeccionar su proposición, dicho apartado refiere que: «(…) *se valorarán las propuestas para asegurar el servicio en todo momento, los protocolos para atender rápidamente las incidencias urgentes*». Y la parte controvertida de la oferta de la adjudicataria se ubica dentro de su apartado 5 que –precisamente– aborda los `Protocolos para el desarrollo del servicio´; en concreto, se trata de su subapartado 5 que incluye los `Procedimientos ante situaciones de emergencia´. Dicho en otras palabras, esa parte controvertida no hace sino desarrollar la oferta según prevé el pliego, firme y consentido para las partes, de cara a su ponderación en lo concerniente a –uno de– los aspectos valorables mediante juicio de valor.

Y es que, al igual que en el supuesto analizado en nuestro reciente Acuerdo 108/2019, de 9 de agosto, se produce en el presente caso –por mor de la redacción del pliego– un solapamiento en el contenido de los sobres integrantes de la oferta, pero –como se afirmaba en dicho Acuerdo– ello «(…) *no determina que inevitablemente del contenido del Sobre "Dos" se pueda conocer la información del Sobre "Tres" en cuanto a la disponibilidad del técnico que en su caso se oferta*», pues además tal redacción «(…) *se ha aplicado y ha afectado a todos los licitadores que han concurrido por igual, y que en modo alguno puede perjudicar a quien ha participado en el procedimiento cumpliendo el pliego que, de acuerdo con una inveterada jurisprudencia y el criterio de este Tribunal (por todos, Acuerdo 57/2017, de 3 de mayo), es la ley del contrato y vincula tanto a licitadores como al órgano de contratación, todo ello en virtud del principio de confianza legítima y buena fe*».

De otro lado, la importancia relativa del criterio –sujeto a evaluación posterior– cuya revelación anticipada se invoca resulta del todo evidente, en tanto que no supone sino el 3% del total de la puntuación máxima a obtener, ante la concurrencia de esa doble consideración que el TACRC acoge un su citada

Resolución, conduce a que este Tribunal en el presente caso concluya de igual manera a aquél, y apreciar que no procede excluir a la adjudicataria.

No obstante lo anterior, llama poderosamente la atención a este Tribunal que la actora aprecie un vicio –determinante, a su parecer, de exclusión– en la oferta de la adjudicataria, cuando en la suya (página 52) viene asimismo a manifestar que –entre los diversos ámbitos para los que está autorizada a fin de impartir cursos de formación– se halla inscrita «(…) *con el número 50/0012 en el Registro provincial de Entidades Formadoras por el Departamento de Salud del Gobierno de Aragón para la impartición del curso de Uso de Desfibriladores Externos por personal no médico ni de enfermería en establecimientos no sanitarios, según Decreto 229/2006 del Gobierno de Aragón*». De tratarse de una causa de exclusión, por tanto, tal y como pretende la actora, su proposición igualmente estaría incursa en la misma.

En consecuencia, este motivo de recurso no puede prosperar.

QUINTO.- La actora sostiene asimismo que la proposición de la adjudicataria debería haber obtenido una puntuación inferior, dado que se trata –a su juicio– de «(…) *una oferta basada en generalidades que perfectamente se podría haber presentado en cualquier otro Servicio, sin relación alguna con este concreto y que sin embargo había obtenido sorprendentes valoraciones*».

En particular, la recurrente refiere que «(..) *en cuanto al informe técnico, y simplemente a modo de resumen:*

- *Operativa del servicio*
  - *No se detalla de manera precisa y extensa la organización y composición del servicio: habla de generalidades, no de este servicio en concreto.*
  - *Se aporta un organigrama a nivel nacional: no se pedía, es organización de un servicio local.*

- *Turnos, operativa: no se corresponden con la distribución de turnos que se realiza por petición del cliente y la realidad de este servicio.*
- *Descripción de los edificios a vigilar: no consta.*
- *Protocolo de rondas: se basa en una página que no tiene ningún sentido y va en contra de las necesidades del servicio, hasta el punto de que se le indica al personal que abandone el centro de control en el turno de noche.*
- *Plan de formación. Se le valora cuando también COVIAR LO APORTA pg. 52, 53 y 54).*
- *Descripción pormenorizada de las funciones a desarrollar: citan las funciones que aparecen en la normativa, en ningún caso especifican las funciones de cada puesto como sí hace la oferta de COVIAR.*

En definitiva en este punto, los aspectos que figuran como tenidos en cuenta en el ANEXO I de VALORACIÓN DE OFERTAS, o no son ciertas, o no tiene utilidad alguna o no se refieren al Servicio concreto de que se trata, resultando así injustificada la altísima puntuación otorgada en este punto.

- *Protocolos incidencias urgentes:*

  Se ofrecen exactamente los mismos protocolos y sin embargo la puntuación otorgada en este punto es completamente dispar: ILUNION 8.5 puntos frente a COVIAR 7 puntos.
- *Inspecciones e informes de inspección:*
  - *Ofrecen 1 inspección semanal y COVIAR 12 inspecciones mensuales*
  - *También nosotros aportamos modelo de informe de inspección (pg. 99).*

Y, sin embargo, es altamente significativo que en este punto en concreto se le otorgan 8 puntos a ILUNION y 7,5 a COVIAR.

- *Sistemas comprobación condiciones trabajadores:*
  - *La propuesta de COVIAR también incluye sistema de teléfono móvil con localización GPS, aporta otro sistema de "hombre muerto", seguimiento por GPS, por lo que nos permite localizar a 2 trabajadores y no sólo a 1 como la suya.*

Y, sin embargo, el Anexo I de VALORACION DE OFERTAS olvida mencionar este detalle y así, con iguales ofertas, o incluso más completa la de COVIAR, en este punto en concreto, se le otorgan 4,5 puntos a ILUNION y solo 3,5 a COVIAR.

- *Evaluación de riesgos:*
  - *No se ha accedido a todas las zonas de trabajo, por lo que no es posible que se haya realizado correctamente, al menos tanto como la nuestra.*
  - *En el apartado de EPI's aparece el documento en blanco, sin cumplir los mínimos a los que hacen alusión en otras partes de la oferta.*
  - *En la página 56 de la evaluación indican que existe un estudio psicosocial del 15/10/2018 del centro, cuando ni siquiera se había anunciado la licitación; de hecho, en el expediente examinado no consta, lo que, por otra parte, es algo evidente puesto que difícilmente pueden haber realizado ninguna evaluación a personal que no es de su empresa. Por el contrario, COVIAR como actual prestador del Servicio, sí que ha hecho este estudio.*
  - *También nosotros indicamos medidas correctoras.*

Sorprendente e injustificado resulta pues que, con esas premisas, se otorgue mayor puntuación en este punto a ILUNION (8,5 puntos) que a COVIAR (8 puntos)».

El órgano de contratación, por su parte, en el informe elaborado con ocasión del recurso, viene a ratificar el informe técnico de valoración que la Mesa de contratación asumió y llevó a la asignacón de puntuación que la recurrente cuestiona; así, dicho órgano defiende:

«*En primer lugar se pone de manifiesto que, como ya se indica en el recurso interpuesto, la recurrente COVIAR es la empresa que presta actualmente el servicio de vigilancia y seguridad del Complejo Inmobiliario Zentro_expo cuya vigencia finaliza el próximo 31 de julio, en concreto el contrato denominado "SEGURIDAD Y VIGILANCIA DE LOS ELEMENTOS Y SERVICIOS COMUNES DEL COMPLEJO INMOBILIARIO ZENTRO_EXPO". EXPEDIENTE Nº AO-SV-*

1265/17. La ejecución de dicho contrato se ha realizado de manera satisfactoria no habiéndose producido ninguna incidencia destacable, por lo que por parte del órgano de contratación y de Expo Zaragoza Empresarial como gestora del contrato, la valoración de la ejecución por parte de la empresa de vigilancia es positiva, no existiendo animadversión alguna hacia la misma.

Ello no obstante, el hecho de ser la actual adjudicataria del contrato de vigilancia no implica que deba seguir siéndolo indefinidamente por muy conocedora que sea del servicio y de las instalaciones donde se presta el mismo.

La valoración de las ofertas técnicas de los licitadores se ha hecho como no podía ser de otra manera, para obtener, respetando los principios básicos de la contratación pública, la oferta que mejor responda a las necesidades recogidas en el Pliego. La citada valoración, si bien ha sido realizada con la mayor objetividad posible, buscando la oferta que mejor satisfaga las exigencias del Pliego, tiene un componente subjetivo importante, lo cual no quiere decir que la valoración haya sido imparcial o arbitraria.

La oferta presentada por COVIAR es una buena oferta en términos globales, pero que se ha visto superada por la de ILUNIUM porque está mejor desarrollada. Se ha valorado la oferta presentada por COVIAR, el contenido de lo indicado en los sobres y no lo que se intuye que puede llegar a conocer por ser la actual prestadora del servicio, sino lo que ha expresado. Asimismo no se han tenido en cuenta consideraciones que COVIAR incluye en la oferta y que solo ella puede conocer por ser la prestadora del servicio, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el principio de igualdad de trato de los licitadores. Es decir, en todo momento se ha pretendido ser imparcial en cuanto al tratamiento de las ofertas.

1.- En cuanto a la operativa del servicio, ambas propuestas detallan de manera precisa la organización y composición del mismo, si bien la oferta de ILUNION describe de manera más pormenorizada las funciones a desarrollar, los programas de auditoría, las mejoras sociales, el plan de formación, de manera

que en su conjunto resulta una oferta más completa, sin que ello implique que la de COVIAR sea mala oferta.

2.- Protocolos incidencias urgentes. Efectivamente los protocolos incluidos en las ofertas son los mismos, pero el grado de explicación de los protocolos realizados por ILUNION es mayor, incluyendo flujogramas de tomas de decisiones, por eso se le valora con más puntuación.

3.- Inspecciones e informes de inspección. Coviar aduce que ellos ofertan 12 inspecciones mensuales frente a las 4 de ILUNION. En ningún momento se exige un número mínimo de inspecciones a realizar, sino que se ha valorado el contenido y la forma de realizar esas inspecciones, por considerar que este caso el número no supone un valor añadido al servicio. La Oferta de ILUNION incluye un software específico online, que se ha valorado positivamente.

4.- Sistemas comprobación condiciones trabajadores. Las ofertas presentadas por ILUION y por Prosegur incluyen unos sistemas que permiten al propio gestor del contrato realizar una consulta en tiempo real de la situación y la movilidad de los trabajadores. Además el sistema ofertado es de comprobación automática en caso de caída o golpe fuerte.

El sistema ofertado por COVIAR, que es un buen sistema y cumple con la finalidad perseguida, sólo permite acceder a COVIAR a la situación de los trabajadores, y no a expo como gestor del contrato. El sistema ofertado establece un turno de llamadas para comprobar que todo va bien, de manera que la comprobación no es automática. Se trata de tecnología más antigua, por eso se ha valorado con menor puntuación.

5.- Evaluación de riesgos. Las evaluaciones presentadas por ambas empresas son precisas y detalladas, incluyendo fotografías de espacios, riesgos asociados y medidas a adoptar, si bien ILUNION presenta un plan de acciones correctoras con el desglose del coste que suponen.

Afirma COVIAR en su recurso que ILUNION no ha podido realizar correctamente la evaluación de riesgos porque no ha accedido a todas las zonas de trabajo. Efectivamente las personas de ILUNION que se desplazaron al recinto para poder hacer su propuesta, no accedieron a la

garita de control, ya que se trata de una zona donde están las cámaras de seguridad y los vigilantes no les dejaron acceder, como no podía ser de otra manera, pero no por eso la evaluación de riesgos debe ser peor que la de COVIAR.

En definitiva y a modo de resumen se indica que la valoración de estos apartados, aún teniendo en cuenta el componente subjetivo, se ha realizado de la mejor manera que se ha podido persiguiendo obtener la oferta económicamente más ventajosa».

A su vez, la alegante mantiene que el órgano de contratación ha actuado correctamente y, –tras reseñar las ventajas de su proposición frente a la de su competidora**–** viene a concluir que su oferta es merecedora de la puntuación recibida, todo ello en pro de la desestimación del recurso interpuesto.

Expuestos los términos del debate, procede acudir al PCP a fin de extractar la regla que rige el procedimiento de licitación y cuya aplicación es cuestionada; se trata –según ya se ha adelantado– de su Apartado 9.1, relativo a los criterios sujetos a juicio de valor para el lote impugnado, el cual establece:

«***9.1 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUJETOS A EVALUACIÓN PREVIA (SOBRE DOS)***

a. Planteamiento y organización de los trabajos	*40 puntos*
b. Evaluación de riesgos laborales y medidas de prevención	*10 puntos*

La puntuación mínima a alcanzar en el apartado de oferta técnica es de 15 puntos. Las propuestas que no alcancen dicha puntuación mínima serán excluidas, por considerar que no tienen un conocimiento suficiente de la prestación.

a) <u>Planteamiento y organización de los trabajos (de 0 a 40 puntos)</u>

Se valorarán las propuestas para asegurar el servicio en todo momento, los protocolos para atender rápidamente las incidencias urgentes. La baja rotación de trabajadores, asignación de cuadrantes de forma programada, diseño de rondas de seguridad, etc.

También se valorará los procedimientos y sistemas de la empresa para comprobar el cumplimiento por parte del personal de sus obligaciones indicando el número de visitas mínimas de inspección del servicio, incluyendo el modelo de informe de inspección y el procedimiento de entrega a la propiedad para su conocimiento. Se valorará los medios con que cuente la empresa y protocolos que utilice para comprobar el estado de salud del personal que esté prestando el servicio (mecanismos tipo hombre muerto, botón de pánico y localización en tiempo real de la ubicación de cada vigilante).
b) Evaluación de riesgos laborales y medidas de prevención (de 0 a 10 puntos)
Se valorará la adecuación de las medidas propuestas a los riesgos de los trabajos a realizar en el entorno que se realizan».

Pues bien, el punto de partida en esta cuestión es la consideración del contenido de los Pliegos como *lex contractus*, que vincula tanto a la entidad licitante como a los licitadores, y ello implica que lo regulado en ellos constituye los parámetros a cuyo través las ofertas de cada licitador van a mensurarse de cara a su clasificación. Así las cosas, el órgano de contratación ha de estar al procedimiento por él mismo establecido para la selección de la mejor oferta, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial trascendencia a la hora de valorar el conjunto de las ofertas de los licitadores de acuerdo con los Pliegos.

El recurso trae causa del informe técnico de evaluación de las proposiciones, que la Mesa de contratación hizo suyo y en el que el órgano de contratación se ratifica en su informe emitido con ocasión del presente recurso. Dicho informe técnico –en lo concerniente a los aspectos ponderados en la oferta de la recurrente y de la adjudicataria– es del tenor literal siguiente:

«***ANEXO I: VALORACIÓN DE OFERTAS***

Org. De los trabajos (40 PTS)		***COVIAR***		***ILUNION***
Operativa del Servicio (15)	*12*	*Se detalla de manera precisa la organización y composición del servicio, turnos, operativa, descripción de los edificios a vigilar, gestión de las órdenes de puesto, protocolo de*	*14*	*Se detalla de manera precisa y extensa la organización y composición del servicio, organigrama a nivel nacional, regional y local, turnos, operativa, descripción de los edificios a*

		rondas. Etc. Se nota el conocimiento del servicio		*vigilar, gestión de las órdenes de puesto, protocolo de rondas, etc. Se hace una descripción pormenorizada de las funciones a desarrollar, programa de auditorías, plan de formación, mejoras sociales, etc.*
Protocolos incidencias urgentes (10)	*7*	*Se explica la gestión de las alarmas en el recinto, protocolos en caso de emergencias y actuaciones en los distintos espacios del parque empresarial*	*8,5*	*Se explica en detalle la gestión de las alarmas en el recinto, protocolos en caso de emergencias y actuaciones en los distintos espacios del parque empresarial. Existen flujogramas de toma de decisiones*
Inspecciones informes de inspección (10)	*7,5*	*Se detallan las inspecciones a realizar por parte de la empresa, horarios y periodicidad*	*8*	*Se detallan las inspecciones a realizar por parte de la empresa con listado de las cuestiones a revisar, revisión de órdenes de puesto y servicio y de los medios a disposición del contrato a través de software específico on line.*
Sistemas comprobación condiciones trabajadores (5)	*3,5*	*A través del sistema de rondas se comprobará que el vigilante está OK y se realizarán llamadas a la CRA a la entrada y salida de turno y cada hora durante la noche.*	*4,5*	*A través del sistema de una aplicación en un Smartphone se comprueba la movilidad y caso de caída o golpe fuerte, se detecta de manera autónoma. Existe un botón del pánico que envía señal a CRA de manera inmediata. Sistema Z-Tracer CTI*
Total:	*30*		*35*	

Evaluación de riesgos (10 PTS)		***COVIAR***		***ILUNION***
Evaluación de riesgos y medidas de prevención (10 puntos)	*8*	*Evaluación de riesgos detallada y precisa, se indican los riesgos reales asociados a puestos concretos. Se incluyen fotografías de los distintos espacios, los riesgos asociados y las medidas a adoptar. Se planifica la formación y la entrega de EPI's necesarios acorde a cada espacio del Centro Empresarial Expo*	*8,5*	*Evaluación de riesgos detallada y precisa, se indican los riesgos reales asociados a los puestos concretos del parque empresarial. Se incluyen fotografías de los distintos espacios y los riesgos asociados y las medidas a adoptar para evitarlos. Se establecen una serie de acciones correctoras con su planificación y detalle del coste de cada una de esas medidas.*
Total:	*8*		*8,5*	

Gran total	*38,0*		*43,5*	

Mejoras (15 puntos)		*COVIAR*		*ILUNION*
Acuda (2 puntos)	*2*	*Acuda con personal diferente al ofertado*	*2*	*Acuda con personal diferente al ofertado*
Desfibrilador (3 puntos)	*3*	*Desfibrilador y formación*	*3*	*Desfibrilador y formación anual*
Bosa de horas (5 puntos)	*1,25*	*Bolsa de 50 horas*	*5*	*Bolsa de 200 horas*
Subtotal	*6,250*		*10,00*	

(…)».

Así las cosas, por mor de que la puntuación otorgada se produjo a partir del informe recién extractado, hay que recordar tal y como ha sostenido el TACRC en distintas Resoluciones como la 822/2018, de 24 de septiembre, en un criterio que este Tribunal comparte, en cuanto a que: «*con carácter general, que la motivación de los actos administrativos no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, y con que su extensión sea de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo*».

De la lectura del meritado informe de evaluación de las proposiciones respecto de los criterios sujetos a juicio de valor, se desprende que en él se contienen suficientemente explicitadas las razones que llevan una puntuación distinta a cada oferta, incluida la de la recurrente sin que ésta, por su parte, al suscitar una cuestión de índole técnica haya ofrecido a este Tribunal argumentos –más allá de una exposición, parcial e interesada, de su proposición– que le permitan concluir que el órgano de contratación ha actuado de modo arbitrario o discriminatorio, cuyo criterio –por cierto– goza de presunción de acierto la cual, cabe adelantar, no se ha desvirtuado en el supuesto aquí analizado.

Y ello porque, conforme a la doctrina consolidada de todos los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales (por todos, los Acuerdos de este Tribunal 78/2013, de 23 de diciembre, 8/2014, de 11 de febrero, 15/2017, de 20 de febrero, 22/2018, de 20 de abril, y las Resoluciones del TACRC 209/2013, de 5 de junio, 431/2013, de 2 de octubre, 313/2017, de 31 de marzo), con arreglo a la cual la evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación, y dichos órganos encargados de la resolución de recursos contractuales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material,

o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Pues, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «*discrecionalidad técnica*» de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006 –rec. casación nº 7645/2000–, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999). Criterio, por cierto, que ha sido ratificado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 noviembre de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso nº 336/2016), en el que fue objeto de impugnación –precisamente– otro Acuerdo de este Tribunal, el 106/2016, de 28 de octubre, y que dicha Sala confirmó.

En este sentido ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en el Acuerdo 56/2018, de 6 de julio, que vuelve a asumirse en su posterior Acuerdo 63/2018, de 26 de julio, en el cual –participando del criterio del TACRC puesto de manifiesto en su Resolución 313/2017, de 31 de marzo– se afirma que: «*Procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al respecto que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos como es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Así, por ejemplo, en la reciente Resolución nº 516/2016, de 1 de julio, ya razonábamos que la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad.*

No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor. (...) Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal… Asimismo, dicha resolución señaló que "lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica (..)
En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias».

Sentado lo anterior, las discrepancias técnicas de la mercantil recurrente –tras cohonestarse con lo manifestado por el órgano de contratación en su informe al recurso–, tal y como se viene señalando, no llegan a desvirtuar la presunción de acierto de que gozan el informe técnico de valoración de los criterios contenidos en el Sobre "Dos" así como el informe del órgano de contratación con motivo del presente recurso, sin que se haya logrado evidenciar la existencia de error, arbitrariedad o discriminación por su parte, no constituyendo prueba suficiente de ninguna incorrección a tal efecto cuanto se aduce por la actora en su escrito de recurso, de ahí que deba adverarse la actuación de dicho órgano en cuya virtud su oferta fue excluida, y es que, como bien sintetiza el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 25/2019, de 31 de enero: «*(e)n definitiva, la esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente*

en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración». Y tal margen es el que, en conclusión, ha operado en el supuesto planteado sin que haya llegado a rebasarse o extralimitarse o, lo que es lo mismo, sin que se aprecie arbitrariedad por parte del órgano de contratación.

En consecuencia, se considera ajustada a la legalidad la actuación efectuada por el órgano de contratación procediendo, por tanto, rechazar este otro motivo invocado por la recurrente y, con ello, el recurso.

SEXTO.- Por último, ante el ánimo expresado –e, insistentemente, reiterado– por la actora –actual prestataria del servicio según ella misma reconoce y admite–, a lo largo del escrito de recurso (conteniéndose en el mismo, según se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero, hasta tres alusiones en ese sentido: páginas 7 y 8 del escrito de recurso; en ésta, por dos veces), de continuar con su prestación a raíz de la interposición del presente recurso, como igualmente sostiene la alegante, cabe que este Tribunal se plantee la utilización inadecuada o inapropiada del mismo, es decir, que dicha interposición haya tenido lugar con mala fe o de manera temeraria.

De la consulta del expediente administrativo se ha contrastado que el contrato que precedió al que resulte de la presente licitación, ha finalizado el pasado 31 de julio, por lo que la formalización del nuevo contrato, toda vez que fue adjudicado en fecha 8 de julio de 2019, hubiera podido tener lugar el día 30 de ese mes; es decir, que de no haberse interpuesto el recurso del que trae causa este procedimiento, el servicio podría haberse seguido prestando con la cobertura legalmente establecida, sin la necesidad de atender a lo que de

manera reiterada exige la recurrente en cuanto a prorrogar el contrato anterior para dar continuidad a dicho servicio, supuesto éste de carácter excepcional que se encuentra contemplado en el artículo 21.3 de la LMMCSPA, dado que fue adjudicado bajo la vigencia del TRLCSP.

Y ello, unido a la futilidad en la argumentación que como denominador común subyace a lo largo del escrito de recurso, conduce a analizar la eventual temeridad o mala fe en su interposición. Según el artículo 58.2 de la LCSP: «*(e)n caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. (…) Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública*».

Este Tribunal tiene establecido (valga por todos, su Acuerdo 60/2017, de 8 de mayo, junto con los que en él se citan) que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso.

Paralelamente, aunque la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justificaría *per se* la imposición de multa, su concurrencia debe apreciarse de modo patente y manifiesto, de tal manera que no exista duda alguna sobre que el ejercicio de su derecho por parte de la recurrente no se ha llevado a cabo legítimamente.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, una vez constatada la interposición del presente recurso invocando unos incumplimientos que no eran tales, al invocar un supuesto vicio en la oferta de la adjudicataria cuando la suya propia incurría en esa misma –pretendida e inexistente– causa de exclusión, o bien de una

endeblez tal que ha llevado a su rechazo sistemático en todas y cada una de sus pretensiones, o directamente, contrarios a la realidad fáctica acreditada, al estar basados en suposiciones fácilmente desechables –habida cuenta de que pudieron contrastarse previamente gracias al acceso a la oferta de su competidora procurado por el órgano de contratación–, resultado no sólo de una interpretación forzada de los pliegos sino también de la puesta en práctica de una conducta cuyo último fin no puede ser otro que el de alargar más allá de lo debido la presente licitación (como queda en evidencia con la aducción del motivo estudiado en el citado Fundamento de Derecho anterior), lo cual pone de manifiesto que la recurrente ha obrado de mala fe al interponer el recurso con una clara e inequívoca voluntad de dilatar la adjudicación y formalización del nuevo contrato, tal y como así ha quedado demostrado, así como de beneficiarse de dicha dilación.

De lo anterior se colige que el presente recurso ha sido interpuesto con claro uso abusivo y desproporcionado de los medios que la ley pone a disposición de la actora, fuera de toda mesura, según la doctrina jurisprudencial acerca del abuso de Derecho que se condensa, por todas, en la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Civil– de fecha 1 de febrero de 2006 (rec. nº 1820/2000), y ello, unido al grave perjuicio ocasionado no sólo al procedimiento sino también al interés público del contrato licitado, y al hecho de que esta adjudicación se dilate en el tiempo, beneficiando únicamente a la anterior adjudicataria –la recurrente, según deja bien a las claras en su escrito de recurso– que ha podido continuar prestando el servicio merced al recurso interpuesto por ella; de ahí que ello, en atención a la actuación impugnada, así como a que la recurrente incluso llegó a interesar el mantenimiento de la suspensión cautelar del procedimiento licitatorio, conduzca a este Tribunal a imponerle una multa cuyo importe se fija, por las razones recién apuntadas, en el quíntuplo del mínimo legal; es decir, en 5.000 euros.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por la mercantil "COMPAÑÍA DE VIGILANCIA ARAGONESA, S.L.", frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Seguridad y vigilancia de los elementos y servicios comunes del complejo inmobiliario Zentro_Expo», promovido por la sociedad pública "EXPO ZARAGOZA EMPRESARIAL, S.A.".

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

TERCERO.- Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad y mala fe en la interposición del recurso por parte de la mercantil "COMPAÑÍA DE VIGILANCIA ARAGONESA, S.L.", por lo que procede la imposición a dicha empresa de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP, que se fija en la cuantía de 5.000 euros.

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el

plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.