

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. - 12/2024

RESOLUCIÓN Nº.- 13/2024

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

En Sevilla, a 7 de mayo de 2024.

Visto el recurso especial en materia de contratación del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, interpuesto en nombre y representación de SEEKETING, SL, contra la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de Contratación en el Expte nº 2023/000994, tramitado por el Servicio de Promoción y Formación Empresarial del Ayuntamiento de Sevilla, para la contratación del **“Suministro e implantación de un sistema para analizar el comportamiento de turistas y ciudadanos en determinadas zonas comerciales y turísticas así como su itinerancia por determinados puntos de interés del municipio, que permita enviar mensajes a los usuarios del sistema. Financiado por la Unión Europea-NextGenerationEU, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”**, este Tribunal adopta la siguiente Resolución

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fechas 27 y 28 de noviembre de 2023, respectivamente, se publican anuncios de licitación y Pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, del Contrato de **“Suministro e implantación de un sistema para analizar el comportamiento de turistas y ciudadanos en determinadas zonas comerciales y turísticas así como su itinerancia por determinados puntos de interés del municipio, que permita enviar mensajes a los usuarios del sistema. Financiado por la Unión Europea-NextGenerationEU, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”**, constando su envío al DOUE con fecha 24 de noviembre.

Tras la tramitación oportuna, con fecha 9 de abril de 2024, la Mesa de Contratación resuelve:

1. Proponer la adjudicación del contrato a la empresa INNOVACIONES TECNOLÓGICAS DEL SUR S.L., al haber justificado su oferta incurso en presunta anormalidad, a la vista de la documentación aportada por dicha empresa y del informe de fecha 8 de abril de 2024 emitido por el Servicio de Promoción y Formación Empresarial.
2. Requerir a la empresa propuesta como adjudicataria, para que, en el plazo de cinco días hábiles, presente la documentación que se especifica en el artículo 150.2 de la LCSP.

SEGUNDO.- Con fecha 2 de mayo de 2024 se recibe en este tribunal documentación remitida por el Servicio de Promoción y Formación Empresarial del Ayuntamiento de Sevilla, manifestando que:

“Con fecha 26/04/2024 ha tenido entrada en este Servicio escrito de la empresa SEEKETING, SL (B47685490) el cual, si bien no se califica como recurso especial en materia de contratación, puede ser susceptible de considerarse como tal en atención al momento procedimental en el que se encuentra la tramitación del expediente de contratación arriba indicado. En concreto, el pasado 03/04/2024 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el acta de la Mesa de Contratación de valoración de los sobres nº2 y apertura del sobre nº3 (celebrada el 26/03/2024), así como el informe técnico de valoración de los sobres nº2. Asimismo con fecha 10/04/2024 se publicó el acta de la Mesa de Contratación de valoración de admisión de la justificación de la oferta económica con valores anormales, clasificación de ofertas y propuesta de adjudicación (celebrada el 09/04/2024). El informe de valoración técnica de la justificación de la oferta económica con valores anormales así como el informe técnico de propuesta de clasificación de ofertas y adjudicación fueron publicados el 11/04/2024.

No consta en el escrito recibido identificación de quien ostente la representación de la entidad ni se acompaña otra documentación adicional.

El presente contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con el art. 44.1 LCSP.

La empresa SEEKETING SL ha presentado oferta en plazo a la licitación arriba indicada. Según consta en la documentación administrativa presentada en el sobre nº1 (ANEXO IV), la representación legal de la empresa la ostenta D. Isidoro Pérez García con DNI 50443737E y domicilio en Boadilla del Monte, 28660 C/Alberca 5, piso 1, Of 24, autorizando al Ayuntamiento de Sevilla, a que todas las notificaciones y requerimientos correspondientes a este procedimiento se les efectúen en la dirección de correo electrónico que se señala a continuación...”

El citado escrito se acompaña del justificante de presentación en el REGAGE, en el que sin acompañar documentación al respecto, se expone que:

Asunto: Lic 2023/000994 (39/2023) CRITERIOS JUICIO DE VALOR (SOBRE No 2)

Expone: Habiendo publicado el acta de apertura del sobre 2, donde la mesa de contratación propone la adjudicación al licitador INNOVACIONESTECNOLÓGICAS DEL SUR S.L., nos dirigimos a dicha mesa y al órgano responsable de contratación, contra dicha decisión en base a los siguientes motivos:

1. En el informe se recoge la siguiente justificación relativa al licitador propuesto para su contratación:

La oferta describe detalladamente el hardware ofertado consistente en:
Puntos de acceso WIFI....

A la vista del tipo de hardware propuesto a desplegar/emplear por este licitador como sensores, cualquier experto en la materia sabe que es imposible el cumplimiento técnico del pliego técnico basado en el hardware de tipo Puntos de Acceso WIFI, en especial lo referido a los siguientes puntos.

a. La solución de sensorización será capaz de detectar dispositivos móviles de forma unívoca, de forma que cada dispositivo se contabilice una única vez por visita a cada zona.

b. El sistema propuesto no debe requerir ninguna acción por parte del visitante para ser detectado, como pedirles que se instalen una aplicación móvil, que se conecten a una red Wifi o escanear códigos QR,

Es evidente para cualquier experto en la materia, que con un Punto de Acceso Wifi (APWIFI), no se pueden cumplir los requerimientos (a y b), ya que no es posible identificar que el mismo dispositivo móvil que vuelve a visitar una zona, sin conectarse a la red wifi que proporcionan los APWIFI, los sistemas operativos iOS y Android, evitan esa posibilidad con aleatorización de direcciones MAC, MAC privadas. Luego será imposible saber cuántas veces el mismo dispositivo visita una zona o detectarlo de forma unívoca como exige el pliego.

Consecuencia de estos incumplimientos, no se podrá cumplir con los requerimiento siguiente:

c. El sistema debe permitir enviar mensajes a los visitantes, cuando sus móviles sean detectados por los dispositivos de sensorización en las zonas de interés, es decir, ...

Ya que al no ser detectados unívocamente los teléfonos no podrá enviar mensajes

2. El municipio desea utilizar soluciones innovadoras, pero ya probadas y contrastadas suficientemente, ...En la propuesta técnica la empresa licitadora deberá detallar casos de éxito.... Deberá incluirse detalles técnicos y económicos que justifiquen que la solución implantada es de la misma naturaleza y funcionalidad que la requerida.

No aparece en la justificación que el licitador, tenga experiencia suficientemente contrastada de la misma naturaleza y funcionalidad, pues justo el uso de APWIFI, impida que se cumpla la funcionalidad pretendida.

3. Los elementos de sensorización implementarán, medidas a nivel técnico para evitar dependencia de las comunicación y la reacción ante fallos. Es decir, deben tener una mínima capacidad de almacenamiento local de los datos recogidos de 30 días en el propio dispositivo, con el fin de minimizar posibles efectos derivados de una pérdida de comunicación y consecuente indisponibilidad del sistema de gestión centralizada..

Es evidente que un APWIFI sin comunicaciones no tiene capacidad operativa. No han reflejado justificación alguna relativa al cumplimiento de que pueda almacenar dentro del propio APWIFI hasta 30 días de datos.

Al no cumplir estos elementos esenciales del pliego, es imposible satisfacer el análisis de comportamiento de personas que lleven dispositivos móviles con un alto grado de fiabilidad como se indica expresamente en el pliego técnico. No podrá cumplir con dicha fiabilidad al ofrecer las métricas solicitadas como el número de visitantes por hora, días, semana y mes, los flujos..., tiempo de presencia, perfilado de clientes, etc..

Por lo que se pone de manifiesto que todas las valoraciones subjetivas resultan no fundamentadas en criterios técnicos objetivos, y a consecuencia de ello propone adjudicar el contrato a un licitador que claramente incumple el pliego técnico y es valorado por encima de los otros licitadores injustificadamente.

Solicita: 1. Que al haber aceptado una baja temeraria, solo haciendo referencia a presupuestos de ciertas partes subcontratadas y haciendo referencia a certificaciones TIC, que en modo alguno se solicitan en el pliego, ya no demuestran ni guardan relación alguna con la experiencia exigida en el requerimiento (2) mencionado anteriormente en el apartado expositivo.

Se justifica que el haber recabado información fehaciente de sus las horas de personal propio a invertir, de los perfiles profesionales, de los salarios, impuestos y gastos operativos, reales del licitador propuesto, como exige el cumplimiento de la LCSP. Y por ende, se justifique a solvencia e idoneidad basado en que ha aportado la experiencia que solicita el pliego en el punto (2) mencionado en el apartado expositivo, con proyectos que cumplan la misma funcionalidad, de la misma naturaleza y similar volumen económico

2. Que se sigan fielmente y se publiquen las medidas antifraude llevadas a cabo para garantizar la normativa europea relativa dicha propuesta de adjudicación.

3. Por todo ello, solicitamos se revise el procedimiento de acuerdo a criterios técnicos objetivos la valoración de las ofertas antes de realizar una adjudicación que incumple el procedimiento legal.

Recibida en el Tribunal la documentación referida y, entendiéndose por la Unidad tramitadora del expediente de Contratación, que se trata de un Recurso especial de los previstos en el art. 44 LCSP, habida cuenta que la presentación no se ajusta a lo establecido en el Artículo 51 de la citada ley, se requiere al recurrente para que, en el plazo de tres días hábiles, proceda a la subsanación y acompañe los documentos preceptivos, con advertencia de que si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido.

Concretamente se le señala que:

1.- No se acompaña escrito de interposición del Recurso en el que conste “el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las mencionadas en el artículo 49, cuya adopción solicite”

2.- No se acompaña documento que acredite la representación del compareciente.

3.- No se acompaña la copia o traslado del acto expreso que se recurre .

TERCERO.- Paralelamente al envío del requerimiento, remitido con fecha 2 de mayo, se solicita a la unidad tramitadora la remisión de copia del expediente, así como el informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP.

Con fecha 6 de mayo, se recibe la documentación remitida por parte de la recurrente, concretamente, escrito de interposición del recurso, escrituras y apoderamiento, así como los informes de valoración del Sobre 2 y de la justificación de la viabilidad de la oferta inicialmente incurra en anormalidad. En la misma fecha se recibe la documentación remitida por la unidad tramitadora del expediente de Contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, y a la vista del escrito de interposición del recurso, procede considerar los requisitos relacionados con la admisión del mismo.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”

El apartado 3, postula que *“Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.*

4. No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.

5. Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.

6. Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de

contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

El objeto del recurso interpuesto, según se desprende del escrito de interposición, es la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de Contratación en su sesión de 9 de abril, la cual se efectúa asumiendo el informe de valoración del Sobre 2, defendiendo la recurrente que la propuesta de INNOVACIONES TECNOLÓGICAS DEL SUR S.L. incumple el PPT, y el informe sobre justificación de la viabilidad de la oferta, solicitando el recurrente que:

Solicita que habiendo tenido por cumplimentado el requerimiento realizado proceda a:

1. Que, al haber aceptado una baja temeraria, solo haciendo referencia a presupuestos de ciertas partes subcontratadas y haciendo referencia a certificaciones TIC, que en modo alguno se solicitan en el pliego, ya no demuestran ni guardan relación alguna con la experiencia exigida en el pliego (tal y como se indica anteriormente en el punto (2) del apartado expositivo), se justifique si la empresa propuesta para adjudicación ha presentado ante el órgano de contratación información fehaciente de las horas de personal propio a invertir, de los perfiles profesionales, de los salarios, impuestos y gastos operativos reales del licitador propuesto, como exige el cumplimiento de la LCSP. Y, por ende, se compruebe si en la justificación de la baja temeraria queda acreditada la solvencia e idoneidad basada en que el licitador propuesto ha aportado la experiencia que solicita el pliego en el punto (2) mencionado en el apartado expositivo, con proyectos que cumplan la misma funcionalidad, incluyendo *detalles técnicos y económicos que justifiquen que la solución implantada es de la misma naturaleza y funcionalidad que la requerida.*

2. Que se sigan fielmente y se publiquen las medidas antifraude llevadas a cabo para garantizar la normativa europea relativa dicha propuesta de adjudicación.

3. Por todo ello, solicitamos se anule la propuesta de adjudicación, y se revisen y valoren las ofertas de acuerdo a criterios técnicos objetivos antes de realizar una adjudicación que podría incumplir el procedimiento legal.

Como venimos señalando en diversas Resoluciones, la normativa actual en materia de contratación, contenida en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, amplía el ámbito objetivo del recurso especial. Ahora bien, como decíamos en nuestra Resoluciones 21/2019, 33/2019, 44/2019, 46/2019, 2/2020, 8/2020, 40/2020, 34/2021, 17/2022, 19/2022, 33/2022 u 8/2023, no es menos cierto que la nueva regulación no lo ampara todo, poniéndose de manifiesto la inadmisibilidad del

recurso especial frente a diversos actos de trámite de la mesa de contratación o de otros órganos, tendentes a posibilitar la adjudicación del contrato, que no merecen aquel calificativo, pues con ellos no se decide directa e indirectamente sobre la adjudicación del contrato, tampoco determinan de la imposibilidad de continuar el procedimiento y no producen indefensión ni perjuicio irreparable, dado que siempre sería posible interponer el recurso frente al acto de adjudicación, a fin de que fueran solventadas las irregularidades que pudieran existir en la tramitación del procedimiento, sin perjuicio de que los interesados hayan podido hacerlas valer también ante el órgano correspondiente para su corrección durante la tramitación del indicado procedimiento contractual, conforme a lo que expresamente prevé el art. 44.3 LCSP.

Entre tales actos destacan la apertura de sobres que contienen las proposiciones y valoración de las ofertas, la fijación de las puntuaciones de cada una de ellas, la comunicación a determinados licitadores que sus ofertas se hallan incursas en supuestos de baja anormal o desproporcionada, la publicación en el perfil del contratante del resultado de la apertura del sobre referido a la documentación sujeta a valoración automática, los informes técnicos de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, el acta de la mesa de contratación con inclusión de ese informe técnico de valoración de las proposiciones técnicas no evaluables mediante fórmula, requerimientos de documentación original realizados por la Mesa de contratación o la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación. (Véanse las resoluciones del TACRC 255/2011, 199/2012, 13/2013, 40/2013, 85/2013, 267/2011, 103/2013, 215/18, 1138/2018, o las ya citadas 636/2019, 940/2021 o 495/2022 , Andalucía 5/2014, 24/2018, Canarias 124/18, 126/18 o 187/2018, Galicia 129/2018, Madrid 300/2018, Cádiz 7/2018, o Granada 5/2014).

En esta línea nos hemos venido pronunciando en nuestras Resoluciones, concluyendo que los actos de la Mesa sólo en la medida en que *“decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*, son susceptibles de recurso especial, debiendo, en otro caso, y como expresamente señala el art. 44 en su apartado 3, sustanciarse como defectos de tramitación.

En efecto, el artículo 44.3 de la LCSP reconoce expresamente la posibilidad de corregir los defectos apreciados durante el proceso de licitación antes de la adjudicación, cuando señala que *“Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación(…)”*, pudiendo concluirse que las actuaciones de valoración de las ofertas, como la propia propuesta de clasificación y adjudicación no son actos de trámite cualificados susceptibles de recuso especial independiente, dado que no concurren en los mismos ninguna de los supuestos del artículo 44.2 b) para alcanzar tal cualificación, pues no determinan la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causa perjuicio irreparable, ni deciden sobre la adjudicación, sin perjuicio de que los motivos expuestos por la recurrente en su escrito de recurso puedan eventualmente ser alegados, en su caso, al recurrir el acto de adjudicación.

Como viene afirmando el Tribunal Andaluz “en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación— que pone fin al mismo y para llegar a ésta se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial -en términos legales, que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos-. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias de la recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.”

En consecuencia, ni los informes de valoración a los que el recurso se refiere, ni la propuesta de adjudicación de la Mesa, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, ya que no deciden la adjudicación, sólo la proponen en función de la valoración, no impidiendo continuar el procedimiento, ni generando perjuicio irreparable al recurrente, por lo que se considera procedería la inadmisión del recurso interpuesto.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, pues, la interposición del recurso contra un acto no susceptible de impugnación según lo previsto en el artículo 44, determina la inadmisión del mismo por tal causa, sin que proceda el análisis del resto de requisitos de admisión, como tampoco el de los motivos de fondo en los que el recurso se sustenta.

Por lo expuesto, conforme a los preceptos legales de aplicación, y teniendo en cuenta cuanto antecede, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto en nombre y representación de SEEKETING, SL, contra la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de Contratación, en el Expte nº 2023/000994, tramitado por el Servicio de Promoción y Formación Empresarial del Ayuntamiento de Sevilla, para la contratación del “Suministro e implantación de un sistema para analizar el comportamiento de turistas y ciudadanos en determinadas zonas comerciales y turísticas así como su itinerancia por determinados puntos de interés del municipio, que permita enviar mensajes a los usuarios del sistema. Financiado por la Unión Europea-NextGenerationEU, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES