Recurso 493/2022
Resolución 633/2022
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 30 de diciembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALVAC S.A.** contra la resolución, de 17 de noviembre de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de mantenimiento integral y jardinería de las sedes e instalaciones del Instituto de Emergencias y Seguridad Pública de Andalucía (IESPA)» (Expte. CONTR 2021 0000653001), tramitado por la actual Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de septiembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Su valor estimado asciende a 585.391,10 euros. Asimismo, dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil de contratante.

A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Con fecha 14 de septiembre de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INGEMANSUR S.L. contra los pliegos que rigen la contratación referenciada. Dicho recurso fue estimado por este Tribunal por Resolución 534/2021, de 10 de diciembre, acordando la anulación de dichos actos actos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

Posteriormente, tras el correspondiente procedimiento, el 26 de abril de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea

nuevo anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Su valor estimado asciende a 598.017,76 euros. Asimismo, dicho día los nuevos pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil de contratante.

Mediante resolución, de 17 de noviembre de 2022, el órgano de contratación adjudica el contrato a la entidad INGEMONT TECNOLOGÍAS S.A. (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 2 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ALVAC S.A. contra la citada resolución de 17 de noviembre de 2022 de adjudicación del contrato.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el mismo 2 de diciembre de 2022, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado, previa reiteración el 9 de diciembre de 2022, fue recibido en este Órgano el día 19 de diciembre de 2022.

Por último, el 20 de diciembre de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras que habían presentado oferta, para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la resolución de adjudicación fue dictada el 17 de noviembre de 2022, por lo que aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 2 de diciembre de 2022 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 17 de noviembre de 2022 del órgano de contratación, en la que se contiene la adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se declare *«la nulidad del acto objeto de la presente impugnación, procediendo a la inadmisión de las propuestas realizadas por los licitadores ALAMO INDUSTRIAL, S.A. e INGEMONT TECNOLOGÍAS, S.A., ordenando dar conocimiento de los hechos a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.»*.

Como se ha expuesto, en su recurso la recurrente denuncia la indebida admisión de las ofertas de dos entidades licitadoras, y ello por quedar acreditado a su juicio que sus ofertas no son independientes lo cual vulnera el principio de proposición única establecido en el artículo 139.3 de la LCSP, con base en el informe de 21 de junio de 2022 de valoración de las ofertas conforme a criterios sujetos a un juicio de valor (en adelante informe de valoración).

Para reforzar sus argumentos reproduce del citado informe de valoración el primer párrafo de la evaluación de cada una de las ofertas implicadas cuyo contenido es el siguiente:

ALAMO INDUSTRIAL S.A. (página 3 del informe de valoración):

«En primer lugar, se hace constar que el Informe Técnico presentado por la empresa ALAMO INDUSTRIAL, S.A. resulta sustancialmente igual al aportado por la empresa INGEMONT TECNOLOGÍAS, S.A.: misma estructura, contenido literalmente igual, con párrafos que reproducen incluso los mismos errores ortográficos e idénticas fotografías. El Plan de Mantenimiento resulta coincidente sólo en determinados aspectos (como por ejemplo las funciones de los operarios) pero no en el cronograma ni en las actuaciones de mantenimiento a efectuar.».

INGEMONT TECNOLOGÍAS S.A. (página 7 del informe de valoración):

«En primer término, reiterar que el Informe Técnico presentado por la empresa INGEMONT TECNOLOGÍAS, S.A. resulta sustancialmente igual al aportado por la empresa ALAMO INDUSTRIAL, S.A. : misma estructura, contenido literalmente igual, con párrafos que reproducen incluso los mismos errores ortográficos e idénticas fotografías. El Plan de Mantenimiento resulta coincidente sólo en determinados aspectos (como por ejemplo las funciones de los operarios), pero no en el cronograma ni en las actuaciones de mantenimiento a efectuar.».

Asimismo, la recurrente requiere de este Tribunal que de conocimiento de estos hechos a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía, de conformidad con el artículo 132.3 LCSP.

Así las cosas, la recurrente plantea en su escrito de recurso dos argumentos. En el primero de ellos, solicita de este Tribunal que acuerde la inadmisión de las ofertas de dos entidades licitadoras, al quedar acreditado a su entender que sus ofertas no son independientes, con vulneración del principio de proposición única establecido en el artículo 139.3 de la LCSP, y en el segundo, que de conocimiento de estos hechos a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe al recurso, el órgano de contratación indica la necesidad de aclarar que en el presente contrato existían dos criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor, por un lado, el relativo al estado de las sedes y los distintos elementos e instalaciones del edificio incluido en el mantenimiento, valorado con 15 puntos, y por otro lado, respecto al plan de mantenimiento, valorado también con 15 puntos, donde se describiera la organización del servicio en cuanto a programación diaria, periodicidad de los controles y tiempo dedicado a las tareas rutinarias de mantenimiento mediante un protocolo que abarque de manera exhaustiva cómo se realizarán todas y cada una de las tareas necesarias para el mantenimiento de las sedes (incorporando las fichas de mantenimiento preventivo, en las que se establezcan las operaciones a realizar y el calendario de revisiones).

En este sentido, manifiesta el informe al recurso que sólo se advirtieron coincidencias sustanciales en el primero de los criterios, la descripción de las sedes, pero no en el plan de mantenimiento propiamente dicho, que es el documento que contenía de forma genuina el plan de trabajo para ejecutar la prestación propia de cada licitadora, de tal forma que en el plan de mantenimiento una entidad obtuvo una puntuación de 3,75 y la otra 7,50 puntos.

En definitiva, al entender del órgano de contratación, sólo existía la manifestada coincidencia en una parte de la oferta técnica, concretamente en la descripción de las sedes, pues la diferencia en la oferta técnica de las dos empresas era tanta que una de ellas no superó el umbral mínimo de 15 puntos en el conjunto de criterios sometidos a juicio de valor para continuar el procedimiento, debido precisamente a la inviabilidad técnica e insuficiencia de su oferta, resultando excluida del procedimiento y no llegándose ni siquiera a abrir el sobre de proposición económica, mientras que la otra entidad licitadora sí supero el umbral dicho umbral.

Asimismo, debe señalarse que la coincidencia observada, además de parcial, versa precisamente sobre el aspecto referido a la descripción de la sede a mantener, elemento de carácter estable, preexistente y en el que es posible, y razonable, encontrar similitudes en la descripción de las instalaciones realizada por las personas licitadoras, pues el estado del recinto no es mutable, es igual para todos; de hecho, salvo una empresa todas las restantes licitadoras recibieron la misma puntuación por este criterio (10 puntos) con similares apreciaciones.

Concluye el informe al recurso que todo lo expuesto, unido a la ausencia de otros indicios tales como pudieran ser la identidad de los representantes de las empresas, que eran distintos, la dirección física también difería una de otra, tampoco resultaba coincidente el propio formato de la oferta, etc. alejaron del parecer de la mesa de contratación cualquier sombra de posible práctica colusoria, máxime teniendo en cuenta la exclusión de una de las licitadoras precisamente por no superar el umbral mínimo para continuar.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la denuncia de la recurrente de la indebida admisión de las ofertas de dos entidades licitadoras, al quedar acreditado que sus ofertas no son independientes, con vulneración del principio de proposición única establecido en el artículo 139.3 de la LCSP.

Dispone el artículo 139.3 de la LCSP que cada entidad licitadora no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica, ambos de la LCSP (circunstancias estás que no concurren en el presente caso). Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otras si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por ella suscritas.

Asimismo, el Informe 2/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya, indica que *«El criterio para determinar el respeto de la prohibición de presentación de ofertas simultáneas establecida en el artículo 145.3 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público es la existencia de personalidades diferenciadas, de manera que, en principio, no vulnera dicha prohibición el hecho de participar en una licitación dos personas jurídicas diferentes, a pesar de la existencia de relaciones entre ambas.*
En todo caso, procede un análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto para apreciar, de las situaciones de hecho, las actuaciones y las vinculaciones o relaciones existentes entre diferentes empresas, si se ha presentado más de una oferta por la misma persona en fraude de ley, así como, en la medida de lo posible, confirmar la ausencia de prácticas contrarias a la libre competencia.».

Asimismo, como señala la Resolución 74/2018, de 14 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid *«La Comisión Nacional de la Competencia en su "Guía sobre contratación pública y Competencia" nos acerca a este concepto, insistiendo en el carácter pernicioso de la práctica colusoria de la que cita algunos ejemplos:*
Indicadores en la documentación o en el comportamiento de las empresas.
– Ofertas de diferentes licitadores con tipografía o papelería idénticas.
– Ofertas enviadas desde una misma dirección de correo o número de fax, o dirección de mail.
– Una empresa presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez.
– Apreciación del mismo error en ofertas distintas.
A estas podemos añadir, el hecho de que las empresas tengan el mismo administrador, que si bien como hecho aislado no implica una vulneración del artículo 145, sí es un indicio a tener en cuenta. Otro indicio sería que las empresas tengan un mismo domicilio social y una denominación social similar.».

Pues bien, en el supuesto examinado, a juicio de este Tribunal, no es posible afirmar que se haya conculcado el principio de propuesta única como denuncia la recurrente, y ello con base en lo siguientes argumentos:

a) Si bien es cierto, como se afirma en el informe de valoración, y ha podido constatar este Tribunal, que ambas propuestas en relación con la documentación acreditativa de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor resultan sustancialmente iguales, al tener la misma estructura, contenido literalmente igual, con párrafos que reproducen incluso los mismos errores ortográficos e idénticas fotografías, no es menos cierto que respecto al plan de mantenimiento resulta coincidente sólo en determinados aspectos, como por ejemplo las funciones de las personas operarias, pero no en el cronograma, ni en las actuaciones de mantenimiento a efectuar, de tal suerte que como señala el informe al recurso las puntuaciones son sensiblemente diferentes, hasta tal punto que una de ellas no superó el umbral establecido en la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor.

b) La exclusión de una de las ofertas de las dos entidades licitadoras implicadas, impide la apertura del sobre de la excluida en el que se contiene la documentación acreditativa de los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Este desconocimiento, de una parte importante de la oferta de la entidad excluida, imposibilita que este Tribunal pueda constatar la existencia de identidad en las ofertas para poder afirmar que ambas entidades han formulado y presentado una única oferta.

Procede, pues, desestimar en los términos analizados el recurso especial interpuesto, sin perjuicio de lo que se examinará y expondrá a continuación.

2. Sobre la solicitud de la recurrente de que este Tribunal de conocimiento de estos hechos a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.

Como punto de partida, hemos de señalar que no corresponde a este Tribunal analizar si, en el supuesto controvertido, pudiera o no existir una práctica anticompetitiva entre empresas. Su función es revisora de los actos dictados en materia contractual, debiendo proceder a su anulación cuando estos vulneren las normas existentes en este ámbito. Por tanto, la competencia de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual no alcanza al conocimiento de las supuestas infracciones de la legislación de defensa de la competencia, sin perjuicio de su deber de notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en el caso de Andalucía, a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía) cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que puedan constituir infracciones de la normativa existente en dicha materia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132.3 de la LCSP (v.g., entre otras, Resolución 183/2018, de 14 de junio, de este Tribunal).

Al respecto, dicho artículo 132.3 de la LCSP dispone lo siguiente: *«Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.»*.

En el supuesto que se examina aun cuando como se ha puesto de manifiesto el desconocimiento de una parte importante de la oferta de la entidad excluida, imposibilita que este Tribunal pueda constatar la existencia de identidad en las ofertas para poder afirmar que ambas entidades han formulado y presentado una única oferta, lo cierto es que es posible entre ambas proposiciones identificar indicios o indicadores que pudiesen constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia, dado que en parte de la documentación acreditativa de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor las dos ofertas resultan sustancialmente iguales, al tener la misma estructura, contenido literalmente igual, con párrafos que reproducen incluso los mismos errores ortográficos e idénticas fotografías, cuestión que en todo caso ha de dilucidar en la Comunidad Autónoma de Andalucía la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.

En definitiva, este Tribunal entiende necesario dar conocimiento de estos hechos a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía, sin perjuicio de que deba citarse que el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, desarrollado por el artículo 25 del Reglamento de defensa de la competencia, aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, permite a cualquier persona física o jurídica, interesada o no, como es el caso de la entidad ahora recurrente, formular denuncia de las infracciones de las conductas descritas en los artículos 1 a 3 de la citada Ley.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALVAC S.A.** contra la resolución, de 17 de noviembre de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de mantenimiento integral y jardinería de las sedes e instalaciones del Instituto de

Emergencias y Seguridad Pública de Andalucía (IESPA)» (Expte. CONTR 2021 0000653001), tramitado por la actual Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Dar traslado del presente recurso especial en materia de contratación, así como de la documentación que compone el mismo, a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía, conforme a lo expuesto en la consideración segunda del fundamento de derecho sexto.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.