

Recurso 33/2019**Resolución 188/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 13 de junio de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.** contra la resolución, de 4 de enero de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de tareas relacionadas con el archivo digitalizado y gestión de archivo físico con destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol”, convocado por la mencionada Agencia adscrita a la Consejería de Salud y Familias (Expte. CAD 05/2017), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 17 de noviembre de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea -núm. 2017/S 221-460457- el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 20 de noviembre de 2017, se publicó la licitación en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 21 de noviembre de 2017 en el Boletín Oficial del Estado núm. 283.



El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.649.766,38 euros y entre las empresas licitadoras se encuentra la entidad ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Asimismo, en cuanto al procedimiento de recurso habrá de estarse a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), todo ello de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. El día 16 de abril de 2018, una de las entidades participantes en la licitación, FACTUDATA XXI, S.L., presentó recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato anteriormente mencionado. Este escrito dio lugar al expediente de recurso número 139/2018, siendo resuelto por este Tribunal mediante Resolución 166/2018, de 1 de junio, por la que se estima lo solicitado por la recurrente anulando el acto de exclusión.

CUARTO. Tras la continuación de la tramitación del correspondiente procedimiento, se dicta resolución del órgano de contratación, de 16 de julio de 2018, en la que se adjudica el contrato anteriormente indicado a favor de la entidad FACTUDATA XXI, S.L.

QUINTO. El 3 de agosto de 2018, otra de las empresas licitadoras, BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L., presentó recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación de 16 de julio de 2018. Este escrito dio lugar al expediente de recurso número 283/2018, siendo



resuelto por este Tribunal mediante Resolución 334/2018, de 30 de noviembre, por la que se estima lo solicitado por la recurrente con anulación del acto impugnado y orden de proceder en los términos que quedarán más adelante expuestos.

SEXTO. Retrotraídas las actuaciones al momento especificado en la citada Resolución 334/2018 de este Tribunal, tras la continuación de la tramitación del procedimiento, el 4 de enero de 2019 el órgano de contratación dicta resolución por la que nuevamente se adjudica el contrato a favor de la entidad FACTUDATA XXI, S.L.

SÉPTIMO. El 25 de enero de 2019, tuvo entrada en el registro de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L. (en adelante BCM) contra la citada resolución de adjudicación de 4 de enero de 2019. El mencionado escrito tuvo entrada, el 1 de febrero de 2019, en el registro de este Tribunal.

OCTAVO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 4 de febrero de 2019, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su resolución, la cual fue recibida el 5 de febrero de 2019.

NOVENO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 18 de febrero de 2019, se dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello la entidad FACTUDATA XXI, S.L. (en adelante FACTUDATA).

DÉCIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la 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. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 1.649.766,38 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo



dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”

Al respecto, la disposición adicional decimoquinta dispone en su apartado 1 que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”

Asimismo, respecto al lugar de presentación, el artículo 51.3 de la LCSP establece que *“El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.*

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.”

En el supuesto analizado, el 4 de enero de 2019 la adjudicación fue remitida a la entidad ahora recurrente por medio de correo electrónico y publicada en el perfil de contratante. Por tanto, teniendo en cuenta el primer día hábil siguiente al de la fecha de envío de la notificación -el 8 de enero- como el «*dies a quo*» o fecha inicial del cómputo del plazo para presentar el recurso, se concluye que el mismo se ha formalizado dentro del plazo legal, toda vez que fue presentado el 25 de enero de 2018 en el registro de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga y comunicado a este Tribunal en esa misma fecha.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos que determinan la admisión del recurso, procede el examen de sus motivos. La recurrente solicita que se declare



nulo de pleno derecho el procedimiento de licitación, dejando sin efecto la resolución de adjudicación.

Articula su pretensión alegando, en síntesis, vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores al no haber quedado garantizadas la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Esgrime para ello que se ha producido una vulneración del secreto de las proposiciones, como consecuencia de haber sido evaluada la documentación susceptible de valoración conforme a dichos criterios una vez que ya había sido examinada la documentación valorable por medio de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

En este sentido, para fundamentar su impugnación hace constar en su recurso un relato de hechos coincidentes, con carácter general, con los que han quedado expuestos en los antecedentes de esta resolución. Señala al respecto que, en cumplimiento de la mencionada Resolución 334/2018, el órgano de contratación llevó a cabo nueva valoración de las proposiciones con arreglo a los criterios sujetos a juicio de valor cuando ya eran conocidas todas las ofertas económicas. En base a la regulación contenida en los preceptos del TRLCSP y en la LCSP relativos al secreto de las proposiciones -artículos 145.2 y 139.2, respectivamente-, así como a las previsiones del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) sobre el procedimiento para la apertura de los sobres con la documentación de las ofertas -cláusulas 9 y 10-, considera la recurrente que el proceder mencionado por el órgano de contratación ha supuesto una conculcación de los citados principios básicos de la contratación pública, deviniendo por ello nulo de pleno derecho todo el procedimiento.

Asimismo alega que la resolución de este Tribunal que acuerde dicha nulidad ni tan siquiera puede establecer la retroacción del procedimiento al momento anterior al de la presentación de las ofertas -lo que en su caso, estima, podría



salvaguardar el necesario secreto de las proposiciones económicas-, puesto que el conjunto de la licitación ha quedado invalidado tras la entrada en vigor del Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019, con el consiguiente desfase que a su juicio tal norma ocasiona para el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, se opone a la pretensión de la recurrente, por los motivos que constan en el expediente y que se expondrán en la presente resolución.

En cuanto a la entidad FACTUDATA, se opone igualmente al recurso en su escrito de alegaciones, argumentando, en síntesis, que la resolución ahora recurrida en ningún caso anulaba la valoración de las ofertas ni ordenaba efectuar una nueva, así como que la infracción alegada ya podría haber sido puesta de manifiesto con ocasión de la interposición del recurso n.º 283/2018, por lo que si BCM no está conforme con el cumplimiento por el órgano de contratación de la Resolución 334/2018 de este Tribunal, debería haber planteado un incidente de ejecución y no un nuevo recurso, pues esto último *“supone romper el principio de cosa juzgada administrativa”*.

Asimismo solicita FACTUDATA, en los términos que más adelante serán descritos, la imposición de multa a BCM por temeridad en la interposición del recurso y perjuicio a los intereses públicos.

SEXTO. Visto el motivo de recurso, procede ahora su análisis. Y para centrar el objeto del debate debemos en primer lugar reproducir, en lo que aquí interesa, el pronunciamiento de este Tribunal en la mencionada Resolución 334/2018:

“Procede, pues, estimar este alegato del recurso por insuficiente motivación de la valoración de las ofertas en el criterio citado. En tal caso, como el defecto de motivación afecta al informe técnico, procede la anulación de la adjudicación con retroacción de las actuaciones al momento de su emisión para que se proceda a justificar adecuadamente la asignación de puntuaciones a cada una de las ofertas en



los criterios: «5.1- Organización del servicio» y «5.3.- Actividades de los trabajos a realizar».

Todo ello, sin perjuicio de conservar los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.” En base a lo anterior, este Tribunal acordó “Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L. contra la resolución, de 16 de julio de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicios de tareas relacionadas con el archivo digitalizado y gestión del archivo físico con destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol» convocado por la mencionada Agencia adscrita a la Consejería de Salud (Expte. CAD 05/2017), y en consecuencia, anular el acto impugnado, debiendo procederse en los términos expresados en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución”.

Así pues, de lo anterior se desprende que en esta Resolución 334/2018 -invocada en el propio escrito de recurso- no se imponía efectuar nueva valoración, determinando los efectos de la estimación del recurso únicamente la obligación de incluir motivación en el informe técnico respecto a la valoración conforme a los criterios de adjudicación 5.1 “Organización del servicio” y 5.3. “Actividades de los trabajos a realizar”. Precisamente este es el argumento que expresa el órgano de contratación en su informe al recurso para oponerse al mismo; no se ha producido una nueva valoración de las ofertas y prueba de ello, señala, es que la baremación de aquellas ha permanecido inalterable.

En efecto, como ha quedado expuesto y asimismo expresa el órgano de contratación en su informe, en la propia resolución cuyo cumplimiento fundamenta el objeto de la controversia planteada en este recurso, se declara la posible conservación de actos y trámites no afectados por la infracción. Es decir, al tiempo que se impone la obligación de justificar determinados apartados del informe técnico, la Resolución 334/2018 habilita para conservar, entre otros actos, la valoración puesta de manifiesto en aquel y que no era cuestionada, respecto a la puntuación otorgada a las ofertas, en el recurso que por primera vez impugnó la adjudicación. De esta forma, aun cuando formalmente se emite un nuevo informe con fecha 17 de diciembre de 2018, que ha de entenderse sustituye al anterior de



19 de enero de 2018 cuya falta de motivación fue impugnada, examinados ambos por este Tribunal se comprueba que el contenido, y por tanto la baremación de las ofertas, no ha experimentado variación salvo por la inclusión de la justificación relativa a la valoración de las proposiciones con arreglo a los criterios de adjudicación “Organización del servicio” y “Actividades de los trabajos a realizar”.

Por tanto, del examen de la documentación que formando parte del expediente ha sido remitida a este Tribunal, se infiere que el órgano de contratación se ha limitado a cumplir en sus propios términos la Resolución 334/2018, disponiendo la conservación de la valoración de las ofertas conforme tanto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor como a los valorables mediante la mera aplicación de fórmulas, incluyendo tan solo como novedad en el nuevo informe emitido la motivación de los apartados reseñados.

En consecuencia, no puede ser acogido el alegato del recurso -la infracción de los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores basada en una supuesta vulneración del secreto de las ofertas- puesto que, al no haber sido estas valoradas de nuevo tras la Resolución 334/2018, dicha evaluación se produjo con anterioridad incluso a la presentación del recurso especial n.º 283/2018 y, por tanto, como se acredita con la documentación que integra el expediente, el examen de las proposiciones económicas fue llevado a cabo con posterioridad al análisis y valoración de la documentación valorable con arreglo a criterios de adjudicación no automáticos, respetando lo dispuesto en los pliegos y en las previsiones legales respecto al secreto de las ofertas.

Asimismo, no procede efectuar pronunciamiento alguno respecto al supuesto desfase que de manera sobrevenida habría afectado al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato tras la entrada en vigor del Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, pues únicamente se alega en el recurso para fundamentar la imposibilidad de retrotraer actuaciones en caso de estimación del recurso. Visto que el mismo ha de ser desestimado, y de conformidad con el principio de congruencia, no procede por tanto entrar a valorar esta cuestión.



SÉPTIMO. Debe abordarse, a continuación, si procede la imposición de multa por temeridad a la entidad recurrente en los términos solicitados por la empresa FACTUDATA.

La actual adjudicataria del contrato aprecia temeridad en la interposición de este segundo recurso de BCM -tercero en el total del procedimiento, si contabilizamos también el presentado por FACTUDATA- pues a su juicio se presenta sin soporte legal alguno y ello acredita la verdadera pretensión de la recurrente, que no es otra que lograr la mayor demora posible en la resolución del procedimiento al ser ella la actual prestataria del servicio objeto del presente expediente de contratación, maniobra dilatoria que se ve favorecida por la suspensión automática de la licitación que conlleva la formulación de recurso contra la adjudicación. Considera asimismo que la tardanza en la formalización del nuevo contrato genera igualmente perjuicio a los intereses públicos.

Pues bien, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resolución 15/2019, de 22 de enero), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

En el supuesto examinado, es un hecho no controvertido que BCM interpuso un recurso contra la adjudicación que fue estimado mediante la ya citada Resolución 334/2018 que, tal y como reconoce la propia recurrente, dispuso la conservación de actos y trámites no afectados por la infracción alegada. Del mismo modo, también consta en el expediente que BCM tuvo acceso al mismo con carácter previo a la formulación del recurso n.º 283/2018, así como que el segundo



informe de valoración de ofertas conforme a criterios sujetos a juicio de valor, emitido el 17 de diciembre de 2018, fue publicado en el perfil de contratante el 18 de diciembre.

Por tanto, la recurrente pudo conocer los dos mencionados informes, de fechas 19 de enero y 17 de diciembre de 2018, respectivamente, por lo que pudo cotejar ambos y comprobar que no existe diferencia en cuanto a la puntuación de las ofertas, sin perjuicio de la inclusión de motivación en algunos apartados en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución dictada por este Tribunal. A pesar de ello, interpuso el recurso que ahora se analiza afirmando que *“aunque la nueva valoración se haya efectuado siguiendo las directrices marcadas en lo dispuesto de [sic] los fundamentos de derecho quinto y sexto de la Resolución 334/2018, de 30 de noviembre de 2018, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (...) se han valorado las propuestas técnicas respecto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor realizada, sin garantía de que se hayan llevado a cabo con objetividad e imparcialidad, al estar ya abierto [sic] los sobres de la oferta económica (...)”*

Para efectuar tal manifestación sobre la valoración de ofertas, es de suponer que BCM accedió al contenido del informe técnico de 17 de diciembre de 2018 -de lo contrario, no habría contado con información para su alegato-, y aun así afirmó que se había producido una nueva valoración e impugnó la adjudicación, a sabiendas de que ello supondría la suspensión automática del procedimiento ex artículo 53 de la LCSP.

Asimismo, resulta relevante recordar la postura del órgano de contratación en su informe al recurso especial n.º 283/2018 pues, a pesar de que califica a BCM como “adjudicatario”, parece que debe entenderse como una referencia a la entidad prestataria del servicio objeto de la presente licitación, dado que en aquel momento procedimental la adjudicataria ya era FACTUDATA. Así, en dicho informe el órgano de contratación sostuvo que *“este razonamiento, no es sino otro intento de justificar esta impugnación del procedimiento con un efecto más dilatorio que*



real en la adjudicación del contrato que le permita mantenerse en la situación de actual adjudicatario, en tanto, en cuanto se resuelve el recurso.”

Este proceder de la recurrente evidencia un uso desleal de la vía del recurso especial, así como un abuso del principio de buena fe, pues ha forzado una nueva decisión de este Tribunal con conocimiento de que le iba a ser desfavorable, lo que permite presumir que el propósito perseguido con este segundo recurso era beneficiarse de una prórroga o prolongación del actual contrato.

Lo expuesto es clave para apreciar, si no temeridad como alega FACTUDATA, sí mala fe en la interposición del recurso, a lo que cabe añadir el perjuicio originado a los intereses públicos por la demora en la formalización del nuevo contrato. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la adjudicación data del 4 de enero de 2019 y que el procedimiento de adjudicación se encuentra suspendido automáticamente desde el 25 de enero de 2019 (fecha de interposición del presente recurso), no quedando levantada la suspensión hasta el dictado de la presente resolución.

El artículo 58.2 de la LCSP dispone que *“En 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.”

En el supuesto analizado, hemos fundamentado en las consideraciones anteriores la mala fe apreciada con la interposición del recurso. No obstante, no ha quedado cuantificado por la actual entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones el perjuicio originado al interés público que subyace en la contratación promovida, por lo que se acuerda imponer multa a BCM por el mínimo importe previsto en el precepto transcrito: 1000 euros.

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 **BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.** contra la resolución, de 4 de enero de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de tareas relacionadas con el archivo digitalizado y gestión de archivo físico con destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol”, convocado por la mencionada Agencia adscrita a la Consejería de Salud y Familias (Expte. CAD 05/2017).

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. Imponer a BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L. una multa de 1.000 euros en atención a la mala fe apreciada en la interposición del recurso y al perjuicio ocasionado al órgano de contratación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes 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.

