

Recurso 91/2019**Resolución 237/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de julio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L.** contra la resolución, de 11 de febrero de 2019, del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicios de limpieza en centros y dependencias de la Universidad de Sevilla” convocado por la citada Universidad (Expte. 18/13132), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 5 de agosto de 2018, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el 7 de agosto de 2018 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a 24.405.953 euros.



SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 11 de febrero de 2019 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a favor de las siguientes empresas:

- Lote 1: Centros de investigación: FERROVIAL SERVICIOS, S.A.
- Lote 2: C.M. Hernando Colón: CLECE, S.A.
- Lote 3: Fondos bibliográficos y salas de estudio 24 horas: OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.
- Lote 4: Exteriores, viales, fosos: FERROVIAL SERVICIOS, S.A.
- Lote 5: Instalaciones deportivas: FERROVIAL SERVICIOS, S.A.
- Lote 6: Cristales: FERROVIAL SERVICIOS, S.A.
- Lote 7: Centros docentes: FERROVIAL SERVICIOS, S.A.

El 11 de febrero de 2019, la citada resolución fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad recurrente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

CUARTO. El 4 de marzo de 2019, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L. (en adelante, FISSA), contra la citada resolución de



adjudicación.

El 7 de marzo de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, remitido por el órgano de contratación, el recurso interpuesto, así como el expediente de contratación, informe al recurso, alegaciones sobre el mantenimiento de la suspensión solicitada y listado de licitadores en el procedimiento.

QUINTO. Mediante resolución de 12 de marzo de 2019 (M.C. 30/2019), este Tribunal acordó levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto a los lotes 6 y 7.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 14 de marzo de 2019, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo las entidades OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. (OHL, en adelante) y, previa vista del expediente en las dependencias de este Tribunal, FERROVIAL SERVICIOS, S.A. (en adelante, FERROVIAL).

SÉPTIMO. El 31 de mayo de 2019, el órgano de contratación presenta en el registro de este Tribunal escrito de alegaciones solicitando el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento respecto al lote 2.

Con fecha 14 de junio de 2019, tiene entrada en este Órgano escrito de la entidad recurrente oponiéndose al levantamiento de la suspensión instada por la Universidad de Sevilla.

OCTAVO. 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 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido dictado por el órgano competente de una Universidad Pública de Andalucía -Universidad de Sevilla-, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del presente recurso especial en materia de contratación del convenio, a tales efectos, formalizado entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Sevilla, el 14 de enero de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

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

En este sentido, aun cuando la recurrente impugna la resolución de adjudicación en su conjunto, no ha presentado oferta a los lotes 6 y 7, por lo que solo se encuentra legitimada para los restantes lotes.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 24.405.953 euros y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública.



Por tanto, aquel resulta procedente al amparo de lo establecido en el artículo 44 apartado 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al requisito del plazo para interponer el recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece 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.”

Asimismo, la disposición adicional decimoquinta del citado texto legal, en su apartado 1, establece 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.”

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación impugnada fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad recurrente el 11 de febrero de 2019. Por tanto, debiendo computar el plazo de interposición a partir del 12 de febrero, el recurso presentado en el registro del órgano de contratación el 4 de marzo de 2019 se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar sus motivos.

La recurrente solicita la declaración de nulidad del criterio de adjudicación “dotación en horas año asignable a cada centro/dependencia”, previsto en el



anexo III del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), y la de todo el expediente de contratación. Subsidiariamente, de no ser estimado el recurso en base a su pretensión principal, solicita la anulación del acuerdo de la mesa de contratación, de 21 de diciembre de 2018, y de la resolución de adjudicación. Funda cada una de estas pretensiones, respectivamente, en dos motivos, que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

En primer lugar, para justificar que se acuerde la nulidad del criterio de adjudicación mencionado y de todo el expediente de contratación, alega que, debido a la ambigüedad del PCAP, el órgano de contratación -acogiéndose el dictamen de la mesa de contratación que a su vez refrendó la valoración efectuada por la comisión técnica- ha establecido una “cifra ideal” de horas/día y anuales para valorar las ofertas con arreglo a dicho criterio una vez ya habían sido abiertos los sobres de documentación de las entidades licitadoras, lo que a su juicio supuso una conculcación de los principios de transparencia e igualdad de trato y, en definitiva, una arbitraria asignación de puntuación conforme a tal criterio de adjudicación. Apoya sus argumentos con una abundante referencia a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a resoluciones de este Órgano y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ante supuestos que considera idénticos.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe al recurso, señala que FISSA no concreta qué actuación de la Universidad de Sevilla ha resultado arbitraria, por lo que se limita, tras conocer que no ha sido adjudicado a su favor ningún lote, a impugnar una cláusula del pliego. Asimismo, considera que la jurisprudencia invocada por FISSA no guarda identidad con el supuesto planteado en el recurso y, con respecto a las resoluciones de este y otros Tribunales administrativos, argumenta que la doctrina ha ido evolucionando y en la actualidad los órganos de resolución de recursos especiales adoptan una postura más restrictiva a la hora de admitir impugnaciones indirectas de los pliegos.



Por último OHL y FERROVIAL, como entidades interesadas solicitan en primer lugar la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la recurrente, ante la inexistencia de interés legítimo al no acreditar qué beneficio podría obtener con la estimación del recurso. Subsidiariamente solicitan la desestimación del mismo en base a las alegaciones que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidas. Asimismo, FERROVIAL plantea la apreciación de mala fe y temeridad en la interposición del recurso.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

Aun cuando FISSA encabeza la primera de sus alegaciones denunciando la “nulidad del procedimiento de contratación de referencia por existencia de arbitrariedad en la actuación de la Universidad de Sevilla durante la tramitación del mismo”, en realidad está llevando a cabo una impugnación indirecta, por medio del recurso contra la adjudicación, del PCAP, y es por ello que finaliza su escrito como hemos visto solicitando la declaración de nulidad de un determinado criterio de adjudicación.

Al objeto de centrar la cuestión, debemos reproducir a continuación, en lo que aquí interesa, el contenido del anexo III del PCAP cuya nulidad demanda la recurrente:

“A. Criterios valorados mediante un juicio de valor (Máximo 45 puntos)

<i>Dotación en horas año asignable a cada centro/dependencia.</i>	
<i>Se valorará el conocimiento que se demuestre de las necesidades individuales en cuanto a horas asignables por cada centro o dependencia establecidas para cada lote, en relación con las periodicidades y frecuencias determinadas para cada caso, (Anexo 1 del PPT).</i>	<i>Hasta 17</i>
<i>Se valorará el nivel de acercamiento determinado en horas/día para cada centro/dependencia, conforme a las consideradas por la US como necesidades respecto a las periodicidades y frecuencias expresadas en el PPT Para ello, cada centro/dependencia, obtendrá una puntuación máxima proporcional al valor total del subcriterio (15 puntos).</i>	
<i>Si el nivel de acercamiento coincide exactamente con las horas de servicio</i>	



<i>consideradas por la US, se valorará con la máxima puntuación en cada caso.</i>	
<i>Si el nivel de acercamiento estuviese comprendido en una horquilla [- 10% ; +10%] se valorará con el 30% correspondiente a la puntuación máxima de dicho centro o dependencia.</i>	
<i>En el caso de quedar fuera de dicha horquilla, la puntuación asignada será de 0 .”</i>	

Al respecto, la recurrente denuncia el no conocimiento por los licitadores, a la hora de redactar las ofertas, de las concretas horas que la Universidad de Sevilla estima adecuadas para la prestación del servicio en cada centro o dependencia, lo que origina, al no determinarse esos datos con anterioridad a la apertura de los sobres de documentación de las empresas, la actuación arbitraria en la baremación con infracción de los principios de transparencia e igualdad de trato.

Pues bien, en relación con la primera cuestión -el desconocimiento en el momento de redactar las proposiciones de las horas de servicio consideradas necesarias por el órgano de contratación para la prestación del servicio- resulta obvio que no puede acogerse el planteamiento de la recurrente puesto que ello supondría dejar sin contenido el propio criterio de adjudicación. Recordemos que nos hallamos ante un criterio dependiente de un juicio de valor, sujeto por tanto a la existencia de una apreciación técnica de quien realiza el análisis, y que precisamente versa sobre la mayor o menor aproximación de las ofertas a la realidad que demanda el servicio, por lo que si el órgano de contratación desvelara su estimación de horas, eliminaría cualquier margen de apreciación y desvirtuaría la propia naturaleza del criterio que pasaría a ser de carácter automático.

Y con respecto a la determinación de estos valores por el órgano de contratación una vez abiertas las proposiciones, si bien la recurrente señala que da lugar a una actuación arbitraria en la valoración de las mismas, como hemos dicho no solicita concretamente nulidad de la resolución de adjudicación por tal supuesta arbitrariedad, sino que ignora o descarta esta posible impugnación y no fundamenta su recurso en este sentido, asumiendo implícitamente que la ambigüedad en que a su juicio incurre el pliego determinaba este modo de



valorar, por lo que se limita a solicitar la nulidad de la cláusula del PCAP que regula este criterio de adjudicación.

Ciertamente, de haberse hecho públicas las horas/día de prestación del servicio por cada centro estimadas por el órgano de contratación, no habría cuestión con respecto a una posible vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato en la valoración de las ofertas. No obstante, como indicamos, no se utiliza como argumento para combatir la resolución de adjudicación, por lo que, puesto que nos encontramos ahora ante una impugnación indirecta del pliego con ocasión del recurso interpuesto contra un acto posterior, procede traer a colación la abundante doctrina que tiene ya consolidada este Tribunal en este particular extremo (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo, entre otras muchas).

Conforme a la misma, la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda” y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habría de estar ahora al contenido de los mismos.

La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad que afecte a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente en la fase de valoración de las proposiciones- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

En el supuesto que se examina, la redacción del criterio en el pliego muestra el aspecto sujeto a valoración en las ofertas (nivel de acercamiento determinado en



horas/día para cada centro/dependencia, conforme a las consideradas por el órgano de contratación como necesarias en función de las periodicidades y frecuencias expresadas en el PPT) y la escala de valoración a seguir en tramos que van desde el 100% de la puntuación máxima asignada al criterio, 30% o cero puntos. Así pues, sin prejuzgar la validez y adecuación del criterio, lo cierto es que una mera lectura del mismo permitía detectar si aquellos extremos estaban expresados con ambigüedad como ahora se alega en el recurso contra la adjudicación, por lo que la invocación de esa posible infracción debió efectuarse en el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inalterable.

Por lo demás, este es el criterio que, a *sensu contrario*, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

Lo hasta ahora expuesto nos lleva a concluir que la redacción del criterio impugnado quedó firme, sin que pueda acordarse ahora su anulación con motivo del recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato.

Por el contrario, si se estimara el recurso y se anulara el PCAP junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), puede resultar contrario a la buena fe que



debe presidir la vida del contrato el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicatario, se impugne la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico, concluyendo el Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.

En igual sentido, la Sentencia 118/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2016, afirma que *“el sometimiento del recurso especial contra los pliegos a plazo es una condición de procedibilidad que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.*

En consecuencia, una cláusula nula del PCAP o del PPT deberá ser recurrida dentro del plazo legalmente previsto, y si no se hace así, solo cabrá utilizar la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre] reclamando de la Administración autora del acto, contra el que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo, la declaración de nulidad, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere. (...) Si no es así, no cabe efectuar pronunciamiento alguno sobre dicha clase de nulidad, cuando no se ha interpuesto el recurso administrativo o especial en materia de contratación en plazo. Dicha postura ha sido reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 23 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1993, 23 de Enero de 1996, 18 de Febrero y 9 y 23 de Octubre de 1997, 29 de junio del 2000 y 25 de septiembre de 2007 que sientan la doctrina que el ataque a los actos nulos de pleno derecho fuera del plazo establecido para su impugnación, tiene su camino perfectamente marcado en el ordenamiento jurídico, es decir, si existe una nulidad de pleno derecho la vía a seguir para invocarla en cualquier momento es la (...) revisión de oficio.”

Ello no obstante, y a meros efectos dialécticos, pues por los motivos expuestos ya se ha argumentado que no resulta necesario ahora efectuar pronunciamiento alguno acerca de la adecuación a Derecho del criterio de adjudicación



impugnado, lo cierto es que, tal y como señala FERROVIAL en su escrito de alegaciones, en el PPT se incorporan anexos que complementan la información de la que carecían los pliegos a juicio de la recurrente. En concreto, en su anexo 4 se detallan periodicidades y frecuencias para la prestación del servicio por cada uno de los elementos (puertas, equipos informáticos, papeleras, etc.) de las diferentes dependencias, entendidas como actuaciones mínimas exigibles, mientras que en los anexos 5 y 5 bis se concreta la composición física general de todas las instalaciones de la Universidad de Sevilla incluidas en el objeto del contrato, información que podía y debía ser empleada por los licitadores para la estimación de horas requerida para la valoración del criterio en cuestión.

A ello hay que añadir, como mencionan el órgano de contratación en su informe al recurso y FERROVIAL en sus alegaciones, que se celebró una sesión informativa en la que, de conformidad con lo previsto en el anexo I del PCAP, el Responsable de la Unidad de Limpieza atendió consultas relacionadas con el PCAP y que dio lugar a la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 5 de septiembre de 2018, del anexo 5 bis del PPT. En consecuencia, con las alegaciones planteadas en el recurso y sin llevar a cabo un análisis exhaustivo por las razones ya expresadas, no se aprecia nulidad de pleno derecho, el vicio más grave de invalidez, en el apartado del anexo del PCAP impugnado.

Por último, tal y como indica el órgano de contratación en el informe al recurso, no es posible admitir que nos encontremos ante el mismo supuesto que se analiza en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de enero de 2008, invocada en el escrito de recurso, puesto que en ella se declara que *“una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores”*, mientras que en el presente caso ya hemos advertido que el pliego definía tanto el aspecto sujeto a evaluación como la escala de valoración.



Procede, pues, la desestimación del presente alegato.

SEXTO. En un segundo motivo, como argumento para la pretensión subsidiaria del recurso -anulación del acuerdo de la mesa de contratación, de 21 de diciembre de 2018, y de la resolución de adjudicación-, pone de manifiesto FISSA ausencia de motivación por parte de la mesa y del órgano de contratación al asumir el informe de valoración de las ofertas emitido por la comisión técnica sin efectuar juicio crítico alguno, lo que en su opinión propició que no quedaran *“suficientemente explicados los motivos de la exclusión de esta parte”*. En consecuencia, solicita retroacción de actuaciones para que la mesa de contratación motive debidamente las puntuaciones otorgadas a las proposiciones de las empresas licitadoras.

Considera la recurrente que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 151 de la LCSP, puesto que tanto en la resolución de adjudicación como en el acta de la mesa de contratación relativa a la sesión indicada se aprecia una transcripción literal del informe de la comisión técnica. Apoya tal argumento con jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, Sentencia de 20 de abril de 2016, dictada en el recurso de casación núm. 766/2014 (Roj: STS 1877/2016) en la que se declara que *“la Mesa no puede limitarse a reproducir literal y acríticamente el informe que haya sido emitido por ese asesoramiento externo que haya recabado, pues, si lo asume, habrá de expresar sus propias razones de por qué lo asume.”*

Por su parte, el órgano de contratación se opone a la fundamentación esgrimida por la recurrente en los términos que a continuación se expondrán.

En primer lugar, debe aclararse que en la sesión de la mesa de contratación, de 21 de diciembre de 2018, con carácter previo a la apertura de los sobres n.º 3 de las ofertas, se *“da cuenta del resultado de la puntuación correspondiente a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor y las proposiciones que pasan a la siguiente fase”*, valoración que fue efectuada por la comisión



técnica, puesto que en la anterior sesión de la mesa, de 11 de octubre de 2018, se acordó “la remisión del contenido de los sobres [n.º 2] a la Comisión Técnica para que emita informe de valoración conforme a los criterios de adjudicación establecidos.” Asimismo, como antecedente en la resolución de adjudicación impugnada se expresa “Visto el informe de valoración y la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación de fecha 21 de diciembre de 2018.”

En cuanto al precepto supuestamente infringido, debemos recordar que el artículo 151, en sus apartados 1 y 2, de la LCSP establece que:

“1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas; y, en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores”.

La motivación es, pues, un requisito legal del acto de adjudicación y su notificación, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del precepto legal transcrito, ha de contener la información necesaria que permita la interposición de un recurso fundado.



En relación con la falta de motivación de la adjudicación, es doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 254/2018, de 14 de septiembre) que la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

No obstante, la recurrente en su escrito de impugnación incorpora otra cuestión adicional puesto que considera que el hecho de *“no quedar suficientemente explicados los motivos de la exclusión de esta parte”* es una consecuencia de no haber llevado a cabo un análisis crítico la mesa de contratación y el órgano de contratación, asumiendo sin variación alguna el informe de valoración, de 7 de diciembre de 2018, de la comisión técnica.

Por tanto, no resulta necesario -como suele ser habitual en otro tipo de recursos en los que también se solicita anulación de la resolución de adjudicación por falta de motivación- examinar el informe técnico de valoración de las ofertas, puesto que la recurrente nada objeta en relación con la motivación del mismo, sino que concentra su impugnación únicamente en la falta de un adicional



análisis crítico del informe que, en su opinión, debería haber quedado plasmado en el acta de la mesa y en la resolución de adjudicación.

Así pues, sin entrar a valorar la corrección de la motivación contenida en el informe técnico, lo que se debe determinar es si la mesa y el órgano de contratación podían remitirse al mismo para entender cumplida la obligación de motivar, o si por el contrario debían haber llevado a cabo un “juicio crítico” del informe como demanda la recurrente.

En este sentido, cabe resaltar de entre la normativa de aplicación los siguientes preceptos. Comenzando por la regulación de las mesas de contratación, en el artículo 326 de la LCSP, apartados 1 y 2, se establece que *“1. Salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos, abierto simplificado, restringidos, de diálogo competitivo, de licitación con negociación y de asociación para la innovación, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una mesa de contratación (...)*

2. La mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario.

(...)

b) La valoración de las proposiciones de los licitadores (...)”

Así pues, en esta licitación seguida por el procedimiento abierto -en el que la competencia para contratar no corresponde a una Junta de Contratación- la participación de la mesa de contratación resulta preceptiva. Asimismo, dado que la ponderación prevista para los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor es inferior a la establecida para los criterios evaluables de forma automática, conforme a lo establecido en el artículo 25 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la valoración de las ofertas con arreglo a los primeros no corresponde a un comité de expertos u organismo técnico especializado, sino necesariamente a la mesa de contratación. Y



asimismo, la LCSP establece para estos supuestos en su artículo 146.2 que *“la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la presente Ley”*.

Por su parte, el mencionado artículo 157.5 es el encargado de regular de manera específica esta cuestión para los expedientes tramitados conforme al procedimiento abierto, y a tal efecto dispone que *“Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos.”*

Cuanto antecede no es objeto de discusión por la entidad recurrente en su escrito de impugnación. Por tanto, no existe controversia en cuanto a la petición de informe técnico por la mesa de contratación, pero con apoyo en la sentencia de nuestro Alto Tribunal ya reseñada, entiende FISSA que si la mesa *“lo asume [el informe], habrá de expresar sus propias razones de por qué lo asume”*.

Al respecto, debemos recordar los dos casos en los que procede que la mesa de contratación motive con su propia fundamentación la decisión o acuerdo adoptado en procedimientos en los que haya solicitado previamente informe técnico. De manera obvia, el primer supuesto acontece cuando la mesa rechaza o se aparta del parecer o dictamen contenido en el informe. En tal caso será la propia mesa de contratación la que deba justificar los motivos por los que decide adoptar una solución contraria a la manifestada en el informe técnico. Y la segunda posibilidad de necesaria motivación por la mesa se produce cuando el asesoramiento es solicitado con carácter externo. Puede recurrir, por tanto, el órgano evaluador para la emisión de informe a personal ajeno a su ámbito público de actuación, mediante la licitación y posterior adjudicación a una entidad privada de un contrato para la prestación de este tipo de servicio.



Sentado lo anterior debemos manifestar que la recurrente lleva a cabo una interpretación errónea del pronunciamiento del Tribunal Supremo con respecto a esta cuestión. Si bien en su Sentencia de 20 de abril de 2016 -haciendo alusión a la doctrina contenida en Sentencia de 4 de diciembre de 2013 (recurso de casación 1649/2010)- se declara que *“la Mesa no puede limitarse a reproducir literal y acríticamente el informe que haya sido emitido”*, nos encontramos sin embargo ante el segundo de los dos supuestos anteriormente descritos en los que resulta preceptiva la motivación por la propia mesa de contratación, es decir, procedimientos en los que el asesoramiento haya sido objeto de licitación por la propia Administración.

De esta forma, en dicha sentencia se especifica que *“el recurso por la Mesa de Contratación a un asesoramiento externo es posible cuando la especificidad de la materia a valorar así lo requiera; pero subrayando, simultáneamente, que la valoración realizada directamente por una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, no tiene las notas de objetividad e imparcialidad que son propias de los órganos técnicos de la Administración y carece, por tal razón, de esos fundamentos sobre los que se asienta la presunción de acierto que se viene reconociendo a los órganos administrativos de calificación técnica.”* Es por ello que en tales supuestos el Tribunal Supremo juzga del todo imprescindible que la mesa no asuma sin más *“la valoración hecha por la consultoría externa, pues si así aconteciera sería de apreciar un incumplimiento, por la Mesa de Contratación, de la función de valorar las ofertas que le corresponde como propia e indelegable”*.

En la presente licitación, la comisión técnica que emitió el informe de 7 de diciembre de 2018, asumido por la mesa de contratación y, en la resolución de adjudicación, por el órgano de contratación, estaba compuesta por los siguientes cargos:

- Encargada Equipo Conserjería.
- Administradora de Gestión de Centro Universitario.
- Subdirector Área de Deportes.
- Administrador de Gestión de Centro Universitario.



- Subdirector Servicio de Mantenimiento.
- Director Técnico del Servicio de Mantenimiento.

Por tanto, se trataba de personal integrado en el propio órgano de contratación, por lo que la objetividad e imparcialidad exigidas quedan garantizadas con su participación y, en consecuencia, no resulta preciso que la mesa de contratación efectúe ningún tipo de motivación adicional como reclama FISSA.

Por lo demás, el propio Tribunal Supremo avala la técnica empleada por el órgano de contratación para motivar la resolución de adjudicación impugnada. Así, en la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, dictada por la Sala Tercera (recurso n.º 161/2009), se declara que *“siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992 [actualmente, artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas], cuando se incorporen al texto de la misma.”*

En el caso que nos ocupa, a la resolución de adjudicación -enviada a FISSA según obra en la documentación del expediente el mismo 11 de febrero de 2019- se acompañó la también impugnada acta de la sesión de 21 de diciembre de la mesa de contratación, e informe, de 7 de diciembre de 2018, de la comisión técnica en el que se contiene la valoración de los sobres n.º 2 de las ofertas, el cual, como ha sido indicado, permite conocer los motivos que determinaron la baremación de las proposiciones con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

Pero es que, a mayor abundamiento, no solo consiente nuestro Alto Tribunal esta manera de motivar los actos, sino que incluso considera también ajustada a Derecho la denominada “técnica in aliunde”, ampliamente tratada por este Tribunal (v.g. Resolución 212/2017, de 23 de octubre) y por el resto de Tribunales de recursos contractuales. Al respecto, continúa en la mencionada



Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, manifestando que *“Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 “in fine”, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo – Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990– en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica in aliunde satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”*

Por tanto, por todo lo expuesto, la mesa de contratación pudo hacer suyo el informe de la comisión técnica sin que ningún precepto legal ni criterio jurisprudencial le impusiera la obligación de efectuar un análisis crítico del mismo como demanda FISSA en su recurso. Y dado que la recurrente no combate en sí misma la motivación que la comisión técnica incluye en su informe para la valoración de las ofertas, procede también la desestimación de este alegato y, con ella, la del recurso.

SÉPTIMO. Debe abordarse, a continuación, si procede la imposición de multa por mala fe o temeridad a la entidad recurrente en los términos expuestos por la empresa FERROVIAL.

En concreto, pese a no solicitar de manera expresa imposición de multa por tal motivo, en la segunda de sus alegaciones del escrito presentado el 26 de marzo de 2019, concluye que *“se debe desestimar el recurso de FISSA e incluso, declarar su mala fe y temeridad a la hora de plantear el mismo puesto que, por lo que puede observarse, ha devenido en práctica habitual de la mercantil.”*

A juicio de FERROVIAL, la recurrente pudo elaborar su oferta a pesar de la nulidad planteada, la cual podría haber sido apreciada y alegada en el momento procedimental oportuno, por lo que entiende que combate ahora *“fuera de todo lugar”* la resolución de 11 de febrero de 2019 tras conocer que no ha resultado adjudicataria. Señala que, siendo conocedora del criterio de este Tribunal, a pesar



de ello interpuso el recurso, y para ello hace referencia a la Resolución de este Órgano 417/2015, de 10 diciembre.

Pues bien, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 226/2019, de 9 de julio), 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”*.

Tal y como indica FERROVIAL, no es la primera ocasión en que la entidad FISSA plantea el primero de los alegatos esgrimidos en su recurso. En efecto, con ocasión de un recurso presentado por FISSA en un supuesto similar, este Tribunal en la citada Resolución 417/2015 ya expresó:

“En el presente supuesto, entiende este Tribunal que un licitador, como la ahora recurrente, razonablemente informado y normalmente diligente, debería haber comprendido los criterios de adjudicación que ahora cuestiona pues fue capaz de presentar oferta y no solicitó aclaraciones al órgano de contratación o, al menos, a este Tribunal no le consta, pudiendo haber interpuesto un recurso contra los pliegos en el plazo previsto para ello si consideraba que algún criterio de adjudicación incurría en los vicios que ahora denuncia en el recurso contra la adjudicación, pues en el caso del criterio de adjudicación “Mejoras del servicio sin coste adicional”, el vicio de nulidad se evidencia de la lectura del criterio en el PCAP, por lo que un licitador diligente debió impugnarlo en el plazo de interposición del recurso contra el pliego, tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citada.



2. En el supuesto examinado se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento el acto de adjudicación, pues en su escrito de recurso no se atisba alegato alguno en pro de su oferta ni en detrimento de la adjudicataria. Muy al contrario, la recurrente se limita a solicitar la nulidad de la adjudicación y de todo el procedimiento de licitación por haberse incurrido en un vicio de nulidad en determinados criterios de adjudicación, basando su recurso exclusivamente en demostrar que dichos criterios no se ajustan a derecho.”

Por tanto, no resulta novedoso para FISSA el criterio que rige en estos casos: si se detecta ambigüedad o poca claridad en el pliego, siempre es posible solicitar aclaraciones al órgano de contratación, y si pese a ello persiste el supuesto vicio, puede ser presentado recurso. Lo contrario, la presentación de oferta sin previa impugnación, supone la aceptación incondicionada del pliego, que deviene firme, todo lo cual ya era, o debía ser, conocido por la recurrente.

En este sentido, como ya ha sido indicado, el órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso que ninguna consulta le dirigió FISSA sobre este apartado y que, en el momento de la celebración de la sesión informativa de septiembre de 2018 *“todavía estaba en plazo para interponer recurso especial contra el Anexo III al PCAP sin que hiciera uso de dicha posibilidad.”*

Con respecto al segundo alegato formulado en el recurso, ya han quedado expuestas las razones por las que no puede ser acogida para el presente supuesto la jurisprudencia con la que FISSA ha pretendido fundamentar aquel. Tampoco en esta ocasión puede alegar desconocimiento o equivocación la recurrente, pues los términos en los que se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2016, son claros y responden sin ningún género de dudas a un supuesto de licitación por parte de la Administración de un contrato de servicios para la realización precisamente del informe técnico de valoración de las ofertas. Así, además del contenido ya reproducido en la presente resolución, la sentencia incluye más menciones -no transcritas por FISSA en su recurso- en las que sin ambigüedad alguna se hace constar que se analizaba un supuesto de emisión de informe por una entidad ajena a la Administración. Por



citar otro ejemplo, en los párrafos justamente anteriores al primero de los reproducidos en el recurso de FISSA se afirmaba:

“Los restantes motivos de casación segundo y tercero de esta mercantil tampoco pueden alcanzar éxito por lo que a continuación se expone.

1.- El segundo porque se limita a defender, con base en lo establecido en el artículo 81 del TR/LCAP de 2000, la viabilidad jurídica de que la Mesa se sirviera del asesoramiento externo de la empresa Actividad Consultoría y Desarrollo, pero no combate eficazmente lo que la sentencia recurrida razona sobre que la posibilidad de ese apoyo externo no es ilimitado, ya que tiene que estar debidamente justificado y no puede comportar una dejación de las funciones que corresponden en la Mesa.”

Sentado lo anterior, un licitador diligente -de manera especial si presenta un recurso con esta argumentación- debía conocer la composición de la comisión técnica que, como ya hemos indicado, se encontraba formada por personal de la Administración desempeñando puestos del propio órgano de contratación. Dicha composición de la comisión se hizo pública, como mínimo, desde el 26 de diciembre de 2018, fecha en la que se incluyó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el acta de la sesión de la mesa de contratación, de 21 de diciembre de 2018, impugnada por FISSA y a la que se acompañó el informe técnico de valoración de los sobres n.º 2 de las ofertas. Y en cualquier caso, si en aquel momento no accedió por tal medio a la citada acta de la mesa, ya hemos mencionado que el informe técnico también acompañó la resolución de adjudicación que sí fue notificada a la recurrente.

Por último, si bien el órgano de contratación no solicita apreciación de mala fe ni imposición de multa, en sus alegaciones presentadas el 30 de mayo de 2019 solicitando el levantamiento de la suspensión del procedimiento respecto al lote 2, manifiesta que *“El mantenimiento de la suspensión de este Lote no sólo provoca graves perjuicios a esta Administración y al adjudicatario del mismo, sino que beneficia al recurrente, actual contratista del servicio.”*



Por su parte la recurrente, en respuesta a tales alegaciones, declara que los perjuicios señalados para la Administración son falsos o incorrectos, puesto que el contrato, dado que se trata de un servicio de carácter esencial, puede ser prorrogado en virtud de lo dispuesto en el artículo 29.4 in fine de la LCSP. Sin embargo, esta tesis no puede ser acogida, puesto que el contrato ya se halla prorrogado y no es posible prolongar su duración con posterioridad al 31 de julio de 2019, circunstancia, por cierto, conocida por FISSA.

Asimismo, afirma la recurrente que los perjuicios al adjudicatario del lote 2 y el beneficio a FISSA no quedan concretados por el órgano de contratación. No obstante, también este argumento ha de ser rechazado, pues fácilmente cabe inferir tanto el perjuicio al adjudicatario -imposibilidad de formalizar el contrato mientras continúe la suspensión del procedimiento- como el beneficio para FISSA -permanencia como entidad prestadora del servicio-. Es cierto, como señala la recurrente, que no cabe atribuir temeridad o mala fe siempre que el actual prestador interponga recurso especial, pero esta circunstancia en el presente caso, unida a todos los anteriores argumentos, evidencian una intención contraria a la buena fe a la hora de presentar el recurso.

Por tanto, de todo lo anterior se desprende una evidente mala fe por parte de la recurrente a la hora de interponer su escrito de impugnación, el cual, como hemos señalado, ha causado una serie de perjuicios que se han visto agravados por la suspensión automática del procedimiento prevista legalmente al tratarse de un recurso contra la adjudicación.

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 FERROVIAL en su escrito de alegaciones ni por el órgano de contratación el perjuicio originado al interés público que subyace en la contratación promovida, por lo que se acuerda imponer multa a FISSA 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 **FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L.** contra la resolución, de 11 de febrero de 2019, del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicios de limpieza en centros y dependencias de la Universidad de Sevilla”, respecto a los lotes del 1 al 5, convocado por la citada Universidad (Expte. 18/13132), e inadmitir el recurso en relación con los lotes 6 y 7, por falta de legitimación de la recurrente.

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 FISSA FINALIDAD SOCIAL, 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.

