

Recurso 163/2019**Resolución 353/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 24 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TEAM SERVICE FACILITY, S.L.** contra la Resolución de 16 de abril de 2019, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza y jardinería de la sede de los SS.CC de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible” (Expt 224/2018) convocado por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 4 de octubre de 2018, se publicó en el en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución y el 20 de febrero de 2019, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 2.254.398,78 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, se dicta resolución del órgano de contratación, de 16 de abril de 2019, por la que se adjudica el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, a favor de la entidad OHL SERVICIOS-INGESAN S.A, (en adelante, OHL).

La citada resolución ha sido publicada en el perfil de contratante el 16 de abril de 2019 y remitida a través de la plataforma de gestión de notificaciones del Sistema de Gestión Integrada de Recursos Organizativos (GIRO) a la entidad recurrente el 17 de abril de 2019, constando su rechazo el 28 de abril de 2019.

CUARTO. El 2 de mayo de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por TEAM SERVICE FACILITY, S.L., contra la citada resolución de adjudicación, de 16 de abril de 2019.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 3 de mayo de 2019, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita



que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y listado de licitadores con los datos necesarios a efecto de notificaciones. La documentación requerida fue recibida el 7 de mayo de 2019, solicitando con ocasión del informe remitido el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Mediante Resolución de 28 de mayo de 2019, previo trámite de alegaciones concedido a la entidad recurrente, se acuerda por este Tribunal el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. Con fecha 29 de mayo de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello OHL.

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.



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. Respecto al acto impugnado es susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c), de la LCSP, por cuanto ha sido interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios, convocado por un ente del sector público con la condición de administración pública y cuyo valor estimado asciende a 2.254.398,78 euros.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto analizado, la resolución de adjudicación impugnada fue publicada en el perfil de contratante el 16 de abril de 2019 y remitida a la entidad recurrente a través de la plataforma de gestión de notificaciones (GIRO) a la entidad recurrente el 17 de abril de 2019, constando su rechazo el 28 de abril de 2019, por lo tanto siendo esta última la fecha de su notificación, el recurso especial presentado el 2 de mayo de 2019 en el Registro del Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución del órgano de contratación, de 16 de abril de 2019, de adjudicación del presente contrato solicitando que, previa estimación del mismo, acuerde su anulación, para que se proceda al dictado de una nueva resolución de adjudicación a su favor al ser su oferta la segunda mejor clasificada y económicamente la más ventajosa de acuerdo con la ley y los pliegos.

Para ello, fundamenta su recurso en base a dos alegatos:



En primer lugar, ataca el comportamiento de la mesa de contratación, con ocasión de la apertura del sobre nº3, “criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas”, por entender que si bien la adjudicataria - OHL- ha presentado dos sobres nº3, si la mesa consideró que atendiendo al contenido del primer sobre faltaba documentación susceptible de ser subsanada, debería haber requerido la misma y no aceptar la presentación de dos propuestas.

Asimismo, pone de relieve la falta de transparencia y opacidad en la actuación de la mesa, al no aclarar, con ocasión del acto público de apertura del sobre nº3, el contenido de ambos sobres, desconociendo la recurrente si la entidad OHL ha presentado dos propuestas económicas con distinto contenido, con la consiguiente indefensión que ello provoca y con clara vulneración de los pliegos que establecen la imposibilidad de que las empresas presenten más de una oferta, así como del principio de igualdad.

Al respecto, el órgano de contratación en su informe al recurso, manifiesta que en contra de lo afirmado por esta, en el presente supuesto la licitadora ha presentado la proposición que ha estimado oportuna, siendo esta clara en sus términos y como tal, su contenido debe ser protegido no procediendo en ningún caso solicitar subsanación alguna en pos de los principios de invariabilidad de la oferta e igualdad de trato.

Asimismo, señala que en ningún caso estamos en presencia de dos ofertas, sino que tal y como consta en el exterior del segundo sobre nº3, estamos en presencia de contenidos complementarios, que formando parte de un todo, no pueden resultar contradictorios entre sí. Tratándose de una sola propuesta que de forma errónea se presenta en dos sobres.

En consecuencia, considera correcta la actuación de la mesa, entendiendo que lo relevante no es la forma en que se presenten las ofertas sino que se garanticen los principios de invariabilidad de la oferta e igualdad de trato, circunstancias



que concurren a su juicio en el presente supuesto, donde el error cometido no permite albergar dudas sobre la voluntad del licitador y no impide que el órgano de contratación evalúe las ofertas de forma objetiva.

Por último, señala que en ningún caso de la actuación de la mesa, con la información facilitada antes de la apertura de los sobres y con la lectura posterior de su contenido en acto público, se desprende que esta haya sido poco transparente ni que haya generado indefensión, permitiendo incluso la posibilidad a los asistentes al acto de formular las dudas y preguntas que estimaran oportunas, sin que en ningún momento por parte del representante de la empresa se planteara cuestión alguna o se haya solicitado posteriormente vista del expediente en aras a clarificar dichos extremos.

Por su parte la empresa adjudicataria en el trámite de alegaciones concedido se opone a las pretensiones de la recurrente en los mismos términos que el órgano de contratación, alegando que la oferta presentada es única y que la presentación de un segundo sobre nº3, se debe a que detectado un error, consistente en la falta de inclusión en el sobre nº3 inicialmente presentado de determinada documentación, y siguiendo las propias instrucciones facilitadas por el órgano de contratación, no habiendo finalizado el plazo para la presentación de ofertas, se presenta un segundo sobre con la correspondiente documentación.

SEXTO. Antes de analizar las alegaciones formuladas por las partes y para la mejor comprensión de la controversia suscitada, procede reproducir a continuación, el contenido del acta correspondiente a la sesión celebrada por la mesa de contratación, el 25 de marzo de 2019, para el examen de la documentación aportada por los licitadores en subsanación de la documentación acreditativa de los requisitos previos (sobre1), y posterior apertura del sobre nº3 en acto público, que dispone “(...) *antes de la apertura de las proposiciones, la Presidenta pone de manifiesto que la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN, ha presentado dos sobres n.º 3 denominados:*



1.- “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de formulas.

2.- “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de formulas” (DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA AL SOBRE ENTREGADO INICIALMENTE).

Los dos sobres se han presentado dentro del plazo de presentación de ofertas señalado en el Anuncio de Licitación, como consta en el Certificado expedido por la Jefa de Sección de Registro de la Consejería, por lo que se va a proceder a su apertura en ambos casos y a valorar el contenido de los mismos

Seguidamente se invita a los interesados a que puedan comprobar que los sobres de la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados.

A continuación se realiza la apertura del sobre n.º 3, en Acto Público y se da lectura de las ofertas, que son las siguientes:

(...)

“OHL SERVICIOS-INGESAN

Oferta, Iva excluido: Novecientos sesenta y cinco mil doscientos veinte euros con ochenta y cuatro céntimos (965.220,84 €)

Mejoras: - Instalación y Mantenimiento de aparatos bacteriostáticos con carga limpiadora y ambientadora..

- Respuesta ante posibles emergencias, en un máximo de 2 horas con un máximo de 5 personas.
- Plan de control de prestación y calidad del servicio realizado por entidad ajena a OHL.”

(...)

Una vez finalizada la lectura de las ofertas, la Presidenta pregunta a los asistentes al Acto, si alguien tiene alguna duda o necesita alguna aclaración, relativa a la lectura



de las ofertas, a lo que responde la persona que ha acudido al Acto Público en representación de la empresa EXPERTUS MULTISERVICIOS DEL SUR, que quiere hacer constar en Acta, que se tenga en cuenta que el Plan de control de prestación y calidad del servicio incluido en las mejoras, debe ser ofertado por los licitadores, para que pueda ser valorado, por empresa ajena a la persona adjudicataria tal como consta en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.”

De lo expuesto, y de acuerdo con las alegaciones formuladas por las partes, la cuestión se centra en determinar si la mesa actuó correctamente al admitir la oferta presentada por la entidad OHL ante la existencia de dos sobres nº3 comprensivos de la documentación evaluable de forma automática.

Respecto al contenido del SOBRE Nº3.- “DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS”, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) establece en su Anexo IX, lo siguiente:

“(…) El sobre número 3 deberá incluir la siguiente documentación:

- 1. Proposición económica. La proposición, debidamente firmada y fechada, deberá ajustarse al modelo que figura en el anexo X del presente pliego.*
- 2. Declaración relativa a la instalación y mantenimiento durante todo el período de duración del contrato de aparatos bacteriostáticos con cargas limpiadora y ambientadora en todos los urinarios y en todos los aseos con carga ambientadora. En su caso, la instalación y puesta en funcionamiento deberá hacerse en el plazo máximo de un mes desde la firma del contrato.*
- 3. Presentación por la empresa de un plan de respuesta rápida y razonable ante posibles emergencias, tanto en horario habitual de prestación del servicio como fuera del mismo, como puede ser caso de inundación, incendio u otro desastre de características similares, considerándose dichas actuaciones incluidas en el precio del contrato hasta un valor de 1.000 euros por cada una de ellas y con un máximo de cuatro incidencias a lo largo del período de ejecución.*



4. *Propuesta de un Plan de control de prestación y calidad del servicio de la limpieza, que incluya el compromiso de supervisión periódica, al menos, una vez al mes. Dicha supervisión ha de ser realizada por entidad ajena a la persona adjudicataria, debiendo aportarse mensualmente el resultado de dicho plan de control con las medidas supervisoras realizadas, el resultado de las mismas y las propuestas de mejora y/o corrección”.*

De acuerdo con lo dispuesto en el acta transcrita y la documentación aportada por la adjudicataria y que consta en el expediente de contratación remitido, esta presenta dos sobres nº3, el primero comprensivo de la oferta económica y el segundo bajo la denominación (DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA AL SOBRE ENTREGADO INICIALMENTE) con la restante documentación correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, en concreto las mejoras previstas en el citado Anexo XI del PCAP.

Respecto a la posibilidad de corregir la documentación ya presentada antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas, procede citar la resolución 349/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, al disponer *“No contiene la ley ninguna prevención en este sentido pues únicamente prevé consecuencias específicas para el caso de retirada de las ofertas una vez iniciado el procedimiento de licitación concluido el plazo de presentación. Carece de toda lógica impedir que se corrijan sustituyan o retiren documentos antes de que transcurra el plazo de presentación, momento en que los licitadores quedan vinculados por las ofertas presentadas y no antes. (...)”.*

Por lo tanto, en contra de lo afirmado por la recurrente, queda claro que la adjudicataria presentó una única oferta, pero introdujo la documentación correspondiente a los criterios evaluables automáticamente en dos sobres distintos, procediendo de esta forma a completar la documentación presentada con ocasión del primer sobre, todo ello dentro del plazo de presentación de ofertas.



Sobre esta cuestión, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 512/2019, de 9 de mayo, al disponer *“En el procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos, la proposición u oferta que se presenta en archivo digital o sobre cerrado, a fin de garantizar su secreto hasta la apertura conjunta y simultánea de todas las ofertas, se descompone en su caso en dos archivos o sobres distintos, cuando una parte de la oferta es evaluable mediante juicio de valor y otra automáticamente o mediante formula.*

Lo que no admite duda, pues in claris non fit interpretatio, es que cuando el artículo 139.3 de la LCSP se está refiriendo a la prohibición de la presentación de más de una oferta por cada licitador lo hace en el concepto material de aquella, es decir en la manifestación de las condiciones en que, a tenor de los pliegos que rigen la contratación, el licitador se ofrece a realizar la prestación o prestaciones objeto del contrato, sin que sea sostenible confundir oferta con archivo o sobre en que se contiene, o lo que es lo mismo proposición con plica.

En fin, la mera presentación de más de un archivo o sobre no exime a la mesa de la obligación de examinar el contenido de todos ellos para comprobar si efectivamente existe más de una oferta, no siendo mera reproducción de la oferta ya presentada.

La LCSP y sus normas de desarrollo no amparan una interpretación que permita a la mesa de contratación presumir iure et de iure que la presentación de más de un archivo o sobre determina sine qua non la existencia de más de una oferta, de modo que la exclusión por presentar más de una oferta se convierta en la exclusión por presentar más de un sobre o archivo, pues además de vulnerar la literalidad y espíritu de la LCSP, infringe igualmente los principios que presiden la contratación pública, en particular el de libre competencia”.



Lo anterior determina, que aunque la entidad OHL, haya presentado dos sobres nº3, en lugar de uno como indica el PCAP, ello no obsta a que la mesa de contratación tras la apertura de los mismos y comprobado que la documentación incluida en el segundo sobre no contiene otra oferta sino que se limita a completar la presentada con ocasión del primero, actúa correctamente admitiendo la oferta presentada, constituyendo la anterior circunstancia un mero defecto formal irrelevante y que en ningún caso vulnera el principio de proposición única consagrado en el artículo 139.3 de la LCSP y reproducido en la cláusula 9 del PCAP.

En consecuencia, siendo, de acuerdo con el contenido de los sobres, la proposición presentada clara en todos sus términos, no albergando el órgano de contratación duda alguna sobre la voluntad del licitador, no procede solicitar como pretende la recurrente subsanación o aclaración alguna.

Además, procede aclarar que la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales establece la separación en sobres distintos de la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor y la referente a criterios de evaluación automática para de este modo facilitar su evaluación en momentos independientes, evitando el conocimiento de aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas en la fase previa de valoración de aquellos otros aspectos sujetos a juicios de valor con la finalidad de garantizar la imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas. Por lo tanto de acuerdo con lo expuesto, resulta irrelevante que se presente la documentación evaluable mediante criterios automáticos en uno o dos sobres, por cuanto el contenido de ambos se circunscribe únicamente a esta documentación.

Por último, respecto a la alegada falta de transparencia en la actuación de la mesa, de lo expuesto en la presente resolución se evidencia que esta no se ha producido.



SÉPTIMO. En segundo lugar, alega la recurrente que la oferta realizada por OHL resulta claramente inviable para la ejecución del presente servicio según los requisitos y estándares de calidad requeridos en el PPT, basando su argumentación en una distribución de costes cuya estimación justifica en un amplio conocimiento del servicio como prestataria del mismo los últimos años.

Respecto a este segundo alegato, el órgano de contratación señala que de acuerdo con el Anexo XII, del PCAP, donde se establecen los parámetros objetivos para considerar un oferta anormalmente baja, la misma no es considerada anormal o desproporcionada por lo que no procede excluirla presumiendo que no podrá ser cumplida.

Al respecto, como ya se indicó por este Tribunal en su Resolución 339/2019, de 18 de octubre, “(...) *no es posible determinar la inviabilidad de una oferta o si está inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, si no se acredita que incumple con los parámetros objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento de licitación, como acontece en el recurso examinado.*”

Estableciéndose en la citada resolución que solo si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros, resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas por la recurrente.

En el supuesto aquí analizado, la oferta económica presentada por OHL - adjudicataria- según consta en el expediente remitido, no estaba incurso en presunción de anormalidad de acuerdo con los parámetros objetivos previstos en el pliego, razón por la cual no podemos presuponer sin más que no va a cumplir con sus obligaciones contractuales en base a los motivos alegados por la recurrente, ya que solo procedería la exclusión de su oferta por este motivo cuando estando incurso inicialmente en anormalidad y tras la tramitación del correspondiente procedimiento contradictorio, no hubiera justificado la viabilidad de la misma.



En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas en los fundamentos de derecho SEXTO y SÉPTIMO procede desestimar el recurso interpuesto.

OCTAVO. El órgano de contratación solicita la imposición de multa por deslealtad y abuso de mala fe en la interposición del recurso, al ser la única finalidad perseguida por la recurrente, a su juicio, la continuidad en la prestación del servicio, presentando para ello un recurso carente de fundamento alguno, sin reparar en el daño causado a la adjudicataria y a la entidad contratante con el retraso en la formalización de la adjudicación.

Procede señalar que, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resolución 64/2018, de 8 de marzo), 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”*.

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal considera que, de los argumentos expuestos en el escrito de recurso, no se evidencia claramente que la recurrente haya sostenido los mismos en el conocimiento de la ausencia de su fundamentación jurídica, en consecuencia no cabe apreciar en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe, determinantes de la imposición de la multa solicitada.



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TEAM SERVICE FACILITY, S.L.** contra la Resolución de 16 de abril de 2019, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza y jardinería de la sede de los SS.CC de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible” (Expt 224/2018) convocado por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible.

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

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

