

**Recurso 443/2019**

**Resolución 180/2020**

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

Sevilla, 1 de junio de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INDUSTRIAS HIDRÁULICAS PARDO, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 31 de octubre de 2019, por el que se excluye su oferta respecto del contrato denominado “Suministro mediante arrendamiento con opción de compra, instalación y mantenimiento de mobiliario general, estanterías de almacenamiento, buzones rfid y mobiliario clínico, con destino al Hospital Materno Infantil del Hospital Universitario Torrecárdenas” (Expte. 2019/461707), convocado por el mencionado Hospital Universitario Torrecárdenas, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 20 de septiembre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea nº 2019/S 182-442435 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 1.432.745,45 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 licitadoras que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

**TERCERO.** El 31 de octubre de 2019, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que, entre otras cuestiones, se acuerda excluir la oferta presentada por INDUSTRIAS HIDRÁULICAS PARDO, S.L. (en adelante IHP). El acuerdo de exclusión se publicó en el perfil de contratante, y se remitió y notificó a la recurrente por medios electrónicos el 11 de noviembre de 2019.

**CUARTO.** El 15 de noviembre de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad IHP contra el mencionado acuerdo de la mesa de contratación, de 31 de octubre de 2019, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación.

**QUINTO.** Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 18 de noviembre de 2019, se dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se le solicitó el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, así como el listado de licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 22 de noviembre de 2019.

**SEXTO.** Con fecha 16 de diciembre de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndole un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se hayan presentado en el plazo concedido.



**SÉPTIMO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

## **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.** 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 objeto de la licitación es un contrato de suministro con un valor estimado de 1.432.745,45 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación, 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.b) de la LCSP.



**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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:*

*c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».*

En el supuesto analizado, el contenido del acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación fue publicado en el perfil de contratante, remitido y notificado a la recurrente el 11 de noviembre de 2019, por tanto, aplicando la regulación legal anteriormente reproducida se debe concluir que el recurso presentado en el Registro de este Tribunal, el 15 de noviembre de 2019, se interpuso dentro del plazo previsto para ello.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

Como se ha indicado, el 31 de octubre de 2019, tuvo lugar la primera sesión de la mesa de contratación cuyo objeto fue evaluar los requisitos previos de capacidad de contratar de los licitadores participantes en el procedimiento. En dicha Mesa se acordó la exclusión de la oferta de IHP. Según consta en el acta de la mencionada sesión, el acuerdo fue adoptado debido a que por parte del personal del Registro General del órgano de contratación, el día 22 de octubre de 2019, fecha en la que tuvo entrada la oferta del licitador, se emitió una diligencia en la que se hizo constar que el sobre nº 2 de la proposición donde se contenía la documentación técnica valorada mediante criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor, venía abierto, circunstancia que fue igualmente constatada por los miembros de la mesa.

Se acompaña en la documentación que conforma el expediente administrativo remitido por el órgano de contratación, Diligencia del Registro General, de 22 de octubre de 2019, en la que se certifica que el sobre 2 de la oferta presentada por la entidad IHP se ha recibido abierto.



Además de lo anterior, el órgano de contratación acompaña 4 fotografías en las que se muestra el sobre 2 de la oferta de IHP y en las que se puede apreciar que el mismo se encuentra totalmente abierto, al menos, en uno de sus laterales.

Pues bien, la recurrente se alza contra el acuerdo de exclusión argumentando que la documentación contenida en el sobre 2 de su oferta fue enviada e identificada en un sobre convenientemente cerrado a través del oportuno operador postal y que lo que pudo ocurrir es que llegara parcialmente roto al Registro del órgano de contratación, pero en ningún caso abierto ya que el sobre de la oferta se introduce a su vez dentro de un sobre de plástico a cargo del mencionado operador postal que es precintado con celo en todos sus cierres y esquinas.

De lo anterior, la recurrente deduce que han podido ocurrir dos situaciones; la primera es que se haya podido romper el sobre exterior, es decir, el sobre de plástico a cargo del servicio de mensajería cuestión - que a su juicio- no le es imputable ni puede invalidar la propuesta contenida; la segunda posibilidad es que el propio actuante al abrir el sobre haya sido el causante de dicha rotura debido a los cierres de cinta adhesiva. En cualquier caso, afirma, ninguna de estas dos situaciones se le pueden imputar, en tanto que cumplió con la obligación legal de presentar su oferta en un sobre perfectamente cerrado e identificado.

Finalmente, argumenta la recurrente que el problema se ha dado respecto al sobre 2 por lo que en ningún caso se trata del sobre 3 -donde se contiene la oferta económica- por lo que en este sentido considera que no se ha desvelado o adelantando ninguna información determinante.

Por todo ello, la recurrente solicita que se anule la decisión de la mesa de contratación por considerarla desproporcionada y contraria al espíritu de la norma dado que se ha limitado la concurrencia de los licitadores, máxime teniendo en cuenta que en tanto que fue el Registro del órgano de contratación el que abrió el sobre externo de plástico del operador postal que contenía su oferta la documentación ha estado en todo momento custodiada por el mencionado órgano de contratación garantizando así la salvaguarda de la oferta presentada.



Por otro lado, el órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso que el sobre entró roto en el registro y que, posteriormente, el día en que se constituye la mesa de contratación se comprobó que el grado de deterioro de sendos laterales del ancho del sobre de papel que contenía la oferta técnica -sobre 2-, presentaba tal estado de abertura, que no garantizaba la confidencialidad y el secreto necesario del contenido del sobre y por tanto de la proposición, propiciando un conocimiento de la oferta en un momento anterior al señalado legalmente para su apertura, con clara vulneración de los principios establecido en la LCSP.

El órgano de contratación indica que: *“fue el Registro de entrada del Hospital Universitario Torrecárdenas donde la funcionaria encargada de dar entrada a la oferta, constata desde ese mismo momento, es decir, el día 22 de octubre de 2019, que el sobre 2 viene abierto, haciendo constar tal circunstancia en la incidencia que recoge en el certificado de Registro. Cuando los sobres pasan a custodia del órgano de contratación, evidentemente, el sobre 2 ya estaba roto, siendo de tal calibre esa rotura que producía su completa apertura por sendos laterales”*.

Además de lo anterior, el órgano de contratación indica que los miembros de la Mesa constataron el estado del sobre, que se encontraba abierto, dejando constancia de este hecho tomando diversas fotografías -que constan en el expediente remitido a este Tribunal, que ha podido visualizarlas- concluyendo que se debe reconocer presunción de validez y eficacia a sus actuaciones.

A juicio del órgano de contratación los argumentos contenidos en el recurso de IHP no prueban la correcta presentación de su oferta sino que se limitan al plantear dos hipótesis para concluir que en cualquier caso la rotura del sobre no le es imputable. Por tanto, al considerar que la actuación de la mesa de contratación fue ajustada a Derecho, solicita que el recurso sea desestimado.

**SEXO.** Visto lo alegado por cada parte procede ahora analizar el objeto de la controversia que se centra en dilucidar si la actuación de la mesa de contratación al excluir la oferta de la entidad IHP fue correcta o si -como argumenta la recurrente- la misma fue desproporcionada y contraria al principio de concurrencia previsto, entre otros, en la LCSP.



Pues bien, supuestos como este ya han tenido la ocasión de ser estudiados en este Tribunal, por ejemplo, en las Resoluciones 86/2015, de 2 de marzo, 81/2018, de 28 de marzo, y más recientemente en la 2/2019, de 10 de enero; en este sentido, se da la circunstancia de que las alegaciones de las partes resultan antagónicas, versando la controversia sobre una cuestión de prueba, cuya carga incumbe, en principio, a la recurrente, puesto que es ella quien sostiene que presentó adecuadamente su proposición. Así pues, el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dispone que *“Corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda (...)”*.

No obstante y como se ha indicado, IHP, en lugar de intentar probar los hechos en que funda su pretensión, se limita a manifestar diversas hipótesis sobre lo que ha podido suceder para que el sobre 2 de su oferta se abriera de forma accidental y, concluye, que en cualquier caso esta situación no se ha podido imputar a su actuación. Ahora bien, tales argumentos no prueban el hecho de la correcta presentación de su proposición.

En cambio, a la certificación emitida por el Registro del órgano de contratación y cuyo contenido ha sido expuesto en esta resolución, en cuanto procedente del personal de una entidad del sector público, debe reconocérsele una presunción de veracidad que no ha sido desvirtuada en el recurso y que ha de prevalecer frente a la afirmación de un particular interesado en la licitación, siendo aquella medio adecuado, a su vez, para garantizar el curso normal de los procedimientos, que podrían verse amenazados de nulidad cada vez que se ejercieran pretensiones -como la aquí examinada- basadas en hechos que tampoco resultan acreditados por quienes los deducen.

Además, y como se indica en la mencionada Resolución 2/2019, procede señalar que cuando la recurrente opta por presentar su oferta a través de una empresa de mensajería y no presencialmente en el registro del órgano de contratación asume las consecuencias de las posibles incidencias que puedan ocasionarse con motivo de su presentación.



No obstante, con independencia de que el deterioro de los sobres sea imputable a la falta de diligencia de la recurrente o de la empresa de mensajería, para poder concluir si la exclusión acordada es o no conforme a derecho, lo determinante es comprobar si como consecuencia del estado de deterioro que presenta el sobre 2 de la oferta de IHP, se ha vulnerado el secreto de la misma.

Sentado lo anterior, sobre la cuestión analizada, el artículo 139.2 de la LCSP, dispone que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo o en un procedimiento de asociación para la innovación”*.

Asimismo, con la finalidad de garantizar el secreto de las ofertas, el artículo 80.1 del RGLCAP dispone que *“La documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa (...)”*.

En consonancia con lo dispuesto anteriormente, la cláusula 6.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), aplicable a la presente licitación, establece que *“Para participar en la contratación, las personas licitadoras deberán presentar, en el Registro General del órgano de contratación, en sobres cerrados e independientes la documentación que se especifica más adelante, indicando en cada uno de ellos, la contratación a que se concurre (...)”*.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado este Tribunal en sus resoluciones 86/2015 y 2/2019 al señalar que *“no debe olvidarse que el procedimiento es un cauce reglado y formal de actuaciones concatenadas previsto por el legislador con un sentido claro y una finalidad concreta. Así, en el caso del procedimiento de adjudicación de contratos públicos, el secreto de la oferta hasta el momento procedimental previsto para su apertura es un objetivo perseguido por el legislador, no solo para ordenar formalmente los trámites del procedimiento, sino que va dirigido a un fin concreto: de un lado, a preservar la objetividad, transparencia e imparcialidad en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin que ninguna interferencia -por mínima que sea- pueda potencialmente enturbiar y frustrar la consecución de esas garantías, y de otro, a proporcionar a todos los licitadores un trato igual*



*en la licitación (artículos 1 y 139 del TRLCSP [actualmente 1 y 132 de la LCSP]), evitando situaciones de potencial ventaja de unos licitadores frente a otros”.*

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de noviembre de 2009, de la Sala Tercera de lo Contenciosos Administrativo (Recurso 520/2007) declara que el secreto de las proposiciones que impone el artículo 80 del RGLCAP *“trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o Administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias”.*

De conformidad con lo expuesto, resulta clara la finalidad perseguida con la presentación de la oferta en sobre cerrado, cual es la de garantizar el secreto de la misma y por ende la igualdad de trato de todos los licitadores, evitando posiciones de eventual ventaja que puedan derivarse del conocimiento anticipado de una proposición.

Aplicando lo anterior al presente supuesto se ha de concluir que el secreto de la oferta se habrá violado si los desperfectos del sobre son de tal entidad que permiten la manipulación posterior de su contenido, bien extrayendo documentación o introduciéndola. Sobre lo anterior y como anteriormente se ha mencionado, este Tribunal ha podido examinar el estado del sobre a través de las imágenes que ha remitido el órgano de contratación. En las fotografías se puede apreciar que al menos uno de los laterales del sobre 2 de la oferta de la recurrente se encuentra totalmente abierto por lo que el deterioro que el mismo presenta no permite garantizar la inviolabilidad ni el secreto de la oferta en él contenida, garantías que deben considerarse vulneradas, concurriendo pues infracción del artículo 139 de la LCSP.

Es por ello que la exclusión acordada por la mesa debe considerarse ajustada a derecho y el recurso ha de ser desestimado.

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 **INDUSTRIAS HIDRÁULICAS PARDO, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 31 de octubre de 2019, por el que se excluye su oferta respecto del contrato denominado “Suministro mediante arrendamiento con opción de compra, instalación y mantenimiento de mobiliario general, estanterías de almacenamiento, buzones rfid y mobiliario clínico, con destino al Hospital Materno Infantil del Hospital Universitario Torrecárdenas” (Expte. 2019/461707), convocado por el mencionado Hospital Universitario Torrecárdenas, adscrito al Servicio Andaluz de Salud,.

**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 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.

