

Recurso 64/2020

Resolución 303/2020

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

Sevilla, 17 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FOMENTO VALENCIA SEGURIDAD, S.L.U.** contra la resolución, de 5 de febrero de 2020, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “*Servicio de Seguridad y Vigilancia del Puerto Deportivo de Benalmádena*” (Expte. 005/2019)., convocado por el Consejo de Administración del Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M., adscrito al Ayuntamiento de esa localidad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de noviembre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 220.900 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.



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 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. El 18 de febrero de 2020, la entidad FOMENTO VALENCIA SEGURIDAD, S.L.U. (en adelante FOVASA) presentó en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de 5 de febrero de 2020, por el que el órgano de contratación adjudica el contrato a la entidad SEGURISUR SISTEMAS DE SEGURIDAD, S.L. (en adelante SEGURISUR), y excluye, entre otras, la oferta de la recurrente.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 18 de febrero de 2020, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso, y se le solicitó el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida se recibió en el Registro de este Tribunal el 2 de marzo de 2020.

QUINTO. 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.

SEXTO. Con fecha 26 de junio de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en plazo, las presentadas por la entidad SEGURISUR.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por un poder adjudicador adscrito a una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 29 de abril de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente FOVASA para la interposición del recurso dada su condición de entidad 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 licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

Al respecto, procede indicar que aun cuando el recurso se dirige sustantivamente contra la exclusión de la oferta de la recurrente, pues únicamente combate dicha circunstancia, el acto formalmente impugnado es la resolución de adjudicación y a ésta debemos atenernos para examinar los restantes requisitos de admisión del recurso.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del 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.”

La disposición adicional decimoquinta 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 presente supuesto, aun computando desde el 5 de febrero de 2020, fecha de la resolución de adjudicación, el recurso presentado el 18 de febrero de 2020 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

En la resolución de 5 de febrero de 2020 recurrida, el órgano de contratación acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente en los siguientes términos *“Se ha comprobado una vez emitido el informe técnico por parte de Don Antonio González Balbuena que el proyecto que presenta no se adecua a las exigencias establecidas en el pliego, solo prevé la contratación de un único vigilante de seguridad (ver página 3 y 21 de su informe) en lugar de los 2 establecidos en el pliego (apdo. 2.2).*

Esto es motivo de expulsión tal y como ha establecido entre otras la resolución 821/2015 de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, además de venir prevista como tal en la página 12 del pliego.”



La recurrente interpone el presente recurso contra dicha resolución, de 5 de febrero de 2020, solicitando que se anule el procedimiento de licitación y que, en consecuencia, se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la exclusión de su oferta.

En su defensa, la recurrente alega que existe error material en los apartados de su oferta mencionados en la resolución recurrida, aunque *“del contenido del resto del documento puede deducirse inequívocamente que el servicio ofertado se ajusta a los requisitos del Pliego, esto es, dos vigilantes de seguridad.”*

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso entiende que no se ha producido un simple error material, y en consecuencia, debe desestimarse el recurso.

Igualmente SEGURISUR, en su escrito de alegaciones, mantiene que la recurrente ha incumplido clara y sustancialmente el pliego y por tanto no puede tener acogida el recurso presentado, suplicando la desestimación del mismo.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia que se circunscribe a determinar si en la confección de su oferta la entidad FOVASA cometió un error material, lo que determinará si la exclusión de su oferta es procedente.

En definitiva, se trata de determinar si la recurrente, en su oferta, había previsto la contratación de uno o de dos vigilantes de seguridad para prestar el servicio objeto de licitación, pues en la descripción del servicio que se licita contenida en el apartado 2.2 del pliego de prescripciones técnicas se exige que el servicio sea prestado por dos vigilantes en cada turno:

“La plantilla operativa propia del adjudicatario que como mínimo y con dedicación permanente se destinará al servicio se cubrirá con el número de vigilantes de seguridad sin armas que se indica a continuación.

Puerto Deportivo de Benalmádena: 2 vigilantes en cada turno.

Horario, de lunes a domingo:

De 22.00 a 06.00 horas “.

Sin embargo, en el *“Programa de trabajo y organización del servicio”*, aportado por la recurrente en el sobre 2, se hace mención a un vigilante de seguridad en las páginas 3 y 21 del mismo, provocando la exclusión de su oferta.



No obstante, en el mismo documento, incluso en las mismas páginas antes indicadas, se describe el servicio contemplando la existencia de varios puestos, con expresiones como *“protocolos de trabajo necesarios para cada uno de los puestos establecidos”*, o *“el “Manual de Servicio”, del que cada puesto dispondrá”*, lo que no concuerda con la oferta de un sólo vigilante.

Por otra parte, y también en el mismo documento, la recurrente se compromete expresamente a realizar el proceso de subrogación de los dos vigilantes que prestan el servicio actualmente, indicando que *“en caso de que algunas de las personas rechazaran el cambio de empresa, antes del inicio de la ejecución del contrato, Fovasa Seguridad presentará para su autorización, relación nominal de las personas para completar la totalidad del personal”*, de lo que se deduce que va a destinar dos vigilantes a la prestación del servicio.

Igualmente, en relación con los medios que se ponen a disposición, y que también se contiene en el citado documento, se ha de estar a lo alegado por la recurrente, al afirmar en su escrito de recurso que *“Como se observa en el cuadro anterior, extracto de la oferta, la adscripción de medios materiales (dos motos, linternas, libros de registro y órdenes), solo tienen sentido junto con la adscripción de dos vigilantes de seguridad, pues en caso contrario, el coste y empleo de dichos medios materiales estaría fuera de toda lógica.”*

Si bien de lo expuesto anteriormente se evidencia la existencia de un error material en la cumplimentación de la oferta, pues en unos apartados de la documentación se alude a un vigilante y en otros a dos, el error se hace aún más evidente si se observa que en los apartados donde se menciona un solo vigilante se incluyen expresiones que hacen pensar que en ambos casos se ha transcrito literalmente el contenido de ofertas correspondiente a otras licitaciones. En la página 3 se habla de *“SERVICIOS CENTRALES”*, sin que en los pliegos de esta licitación se contemple la existencia de los mismos, y en el cuadro de la página 21 de la memoria se incluye la expresión *“SERVICIO PENITENCIARIO LEVANTE II”*.

No obstante el órgano de contratación basa la exclusión de la oferta de la recurrente en la Resolución 821/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que no guarda relación con las cuestiones que se plantean en el presente recurso, y en lo dispuesto en la página 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares que, en relación con la documentación que debe contener el sobre 2, dispone que *“Contendrá la documentación técnica que el licitador pudiera considerar oportuno, y en la que se describirán detalladamente las características, plan de actuación, plazo de ejecución, personal adscrito al servicio y todas*



aquellas circunstancias que permitieran hacer una evaluación correcta de la oferta en relación con el objeto del contrato. En el mismo vendrá incluido un cronograma de los trabajos objeto del contrato. La no concordancia con el objeto de parte o la totalidad del contrato llevará a la exclusión de la propuesta.

Las propuestas se presentarán escritas de forma clara y no se aceptarán aquellas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer los datos que el Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M. estime fundamentales para considerar la oferta. “

Ha de tenerse en cuenta que a la vista del criterio jurisprudencial consolidado por el Tribunal Supremo en la Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina -Recurso 265/2003-, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 de la LCSP, la libre concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (doctrina recogida en las Resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la, 99/2016, de 13 de mayo, 22/2017, de 27 de enero, 309/2018, de 9 de noviembre, 72/2019, de 14 de marzo y 60/2020, de 14 de febrero).

Partiendo de esta premisa, por último ha de hacerse referencia al principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia europea -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 172/2019, de 17 de enero, y 213/2020, de 18 de junio, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que “*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.*”



Así, en base a los principios de proporcionalidad y mayor concurrencia, a la vista del contenido de la documentación de la oferta , antes analizado, se ha de admitir la alegación de la recurrente en cuanto a que el órgano de contratación no debió limitarse a acordar la exclusión de su oferta *“sin conceder posibilidad alguna de aclarar o subsanar la oferta presentada”*, toda vez. que como afirma la recurrente, es reiterada la doctrina *“acerca de la viabilidad de formular aclaración de la oferta ya presentada en los casos en que pueda advertirse un error material o aritmético en la misma”*.

Pues bien, al respecto es necesario examinar, por tanto, cuáles son los requisitos que de acuerdo con nuestra doctrina y jurisprudencia deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal números 5/2018, de 12 de enero, 95/2018, de 4 de abril, 55/2019, de 27 de febrero y 197/2020, de 19 de junio).

En este sentido, es necesario poner de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 del RGLCAP), pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica.

No obstante, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los Tribunales de recursos contractuales admite que es posible solicitar aclaraciones por la mesa o, en su caso, por el órgano de contratación que en modo alguno supongan alteración de la oferta técnica y/o económica.

Pues bien, en cuanto a la posibilidad o no de la mesa o, en su caso, del órgano de contratación de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas por las entidades licitadoras, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse en reiteradas ocasiones (v.g. Resoluciones 317/2015, de 15 de septiembre, 331/2015, de 1 de octubre, 108/2016, de 20 de mayo, 163/2016, de 6 de julio, 220/2016, de 16 de septiembre, 289/2016, de 11 de noviembre, 12/2017, de 13 de febrero, 28/2017, de 9 de febrero, 182/2017, 9 de septiembre y 61/2019, de 7 de marzo, entre otras muchas).

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar



aclaraciones en relación con las ofertas técnicas y/o económicas. Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

- Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
- Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.
- El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.
- El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Al respecto, y en congruencia con lo expuesto, el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que antes de adoptar la decisión de excluir la oferta de la recurrente -opción que siempre tiene en última instancia la mesa o, en su caso, el órgano de contratación- se dé oportunidad a la entidad licitadora de ofrecer aclaraciones suplementarias, o corregir errores en su redacción.



Por otro lado no deja de ser relevante el objeto sobre el que recaería la aclaración. A este respecto su objeto sería el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2.2 del PPT, que no forma parte propiamente de la oferta sujeta a valoración. En consecuencia, mediante la solicitud de aclaración no se estaría dando la oportunidad de alterar la oferta evaluable, sino de confirmar el cumplimiento de un requisito para que, de ese modo, el órgano de contratación pueda alcanzar seguridad jurídica y no albergar ninguna duda sobre la adecuación al pliego de todos los extremos de la proposición.

En consecuencia, este Tribunal considera que procede estimar el presente recurso y, en consecuencia, anular la resolución recurrida, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la exclusión de la oferta presentada por la recurrente.

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FOMENTO VALENCIA SEGURIDAD, S.L.U.** contra la resolución, de 5 de febrero de 2020, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “*Servicio de Seguridad y Vigilancia del Puerto Deportivo de Benalmádena*” (Expte. 005/2019)., convocado por el Consejo de Administración del Puerto Deportivo de Benalmádena, S:A:M:, adscrito al Ayuntamiento de esa localidad,

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. 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.

