

Recurso 265/2022
Resolución 392/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 21 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COFER SEGURIDAD, S.L.**, contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de vigilancia y seguridad contra intrusión y riesgos derivados, mantenimiento de medios técnicos auxiliares, conexión a central receptora de alarmas (C.R.A.) y servicio de respuesta ante situaciones de alarma, del edificio administrativo sito en Alameda Cristina, 11 de Jerez de la Frontera (Cádiz)” (Expte. CONTR 2022 307386), promovido por la Agencia Tributaria de Andalucía, ente adscrito a la Consejería de Hacienda y Financiación Europea, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de junio de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 430.679,49 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 28 de junio de 2022, tras la apertura del sobre 1 de las licitadoras presentadas y el examen de la documentación en él contenida, acuerda la exclusión de la oferta de la entidad COFER SEGURIDAD, S.L., (en adelante, COFER). Dicho acuerdo de exclusión fue posteriormente ratificado por el órgano de contratación mediante resolución de 30 de junio de 2022, en el que expresamente se expone que la empresa COFER ha resultado excluida del procedimiento de licitación: *“por incluir en la declaración de subcontratación presentada información referida al importe de la proposición económica con la que la empresa participaría en la licitación, lo cual vulnera el secreto de las proposiciones económicas hasta el momento de apertura de las mismas”*.

SEGUNDO. El 5 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por COFER, contra el citado acuerdo de exclusión de su oferta.

Mediante oficio remitido por la Secretaría del Tribunal se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicitó el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido con posterioridad en este Órgano.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a la otra entidad licitadora para que formulara las alegaciones al recurso que considerase oportunas, no habiéndose recibido las mismas en el plazo previsto para ello.

Mediante Resolución de 13 de julio de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación, instada por la entidad recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente 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. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente le fue notificado a la misma el 1 de julio de 2022, por lo que el recurso presentado el 5 de julio de 2022 en el registro electrónico de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes

En el presente asunto la mesa de contratación acordó la exclusión de la proposición de la recurrente al considerar que determinada información contenida en el sobre nº1 vulneraba el deber de secreto de la proposición económica. Posteriormente, el órgano de contratación dictó resolución ratificando la exclusión por dicho motivo. A tal efecto, en los antecedentes de hecho de la resolución se indicaba, en lo que aquí interesa, lo siguiente:



«Con fecha 28 de junio de 2022 la mesa de contratación realiza la apertura del primer sobre y examina la documentación presentada por todos los licitadores. Se constata que la entidad COFER SEGURIDAD, S.L. declara en el Anexo II-B presentado (DECLARACIÓN RESPONSABLE AJUSTADA AL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN) la intención de subcontratar a terceros alguna parte del contrato objeto de licitación.

El apartado 9 del Anexo I del PCAP dispone que “las personas licitadoras deberán indicar la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe (referido al presupuesto base de licitación) y el nombre o perfil empresarial definido por referencia a las condiciones de solvencia técnica de las personas subcontratistas a las que se vaya a encomendar su realización”.

La mesa comprueba que la declaración de subcontratación presentada por COFER SEGURIDAD, S.L. reza lo siguiente:

“Que la empresa COFER SEGURIDAD S.L. la intención de subcontratar los servicios de:

CONEXIÓN A CRA Y ACUDA:

❖ EMPRESA: INV PROTECCION S.L.

❖ IMPORTE: 360 €/AÑO (720 € TOTALIDAD DEL CONTRATO)”

El apartado 2 del artículo 139 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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, dispone que “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones”.

La mesa constata que el importe de dicho gasto referido al presupuesto base de licitación asciende a 2.000 euros, por lo que el importe declarado (720 euros) está referido a la proposición económica con la que la empresa participaría en la licitación, lo cual constituye causa de exclusión debido a que se produce la revelación con anterioridad a la apertura de la proposición económica de información referida al importe de la misma. Ello implica la vulneración de lo establecido en el apartado 2 del artículo 139 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, así como de los principios de igualdad y libre competencia recogidos en el artículo 132 de la mencionada norma».

1. Alegaciones de la recurrente.

La entidad COFER, mediante la interposición del presente recurso especial, solicita a este Tribunal, la anulación de su exclusión del procedimiento de licitación, así como que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la apertura del sobre nº1. Argumenta al efecto que el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en su cláusula 9.2.1 “Sobre electrónico nº1. Documentación acreditativa de los requisitos previos”, apartado i), denominado “Declaración sobre subcontratación”, establece: “En el supuesto de que en el anexo I se haya señalado que las personas licitadoras indiquen la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, deberán presentar una declaración al respecto señalando el importe y el nombre o el perfil empresarial de las personas subcontratistas a las que se vaya a encomendar su realización.”

En tal sentido, la recurrente indica que de conformidad con las previsiones del PCAP presentó declaración de subcontratación indicando el importe y el nombre o perfil empresarial del contratista. Además manifiesta que: “indicó en la Declaración de subcontratación, tal y como se exige en dicho apartado del pliego, el importe correspondiente a la parte que se habría de subcontratar. Pero de ningún modo se incluye el importe de la proposición económica con la que la empresa participaría en la licitación. Con el importe consignado en dicha Declaración (que reiteramos, el PCAP exige que se consigne) NO se podría, de ninguna manera, adivinar el importe de



la proposición económica de la empresa.

(...) de ningún modo se vulneraría el secreto de las proposiciones económicas hasta el momento de apertura de las mismas, pues no se podría adivinar ni calcular dicho importe a partir del precio de la subcontratación”.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, defiende que la mesa de contratación actuó de conformidad con las previsiones al efecto contenidas en el pliego, argumentando que: *«Si bien es cierto que en el apartado 9.2.i) del pliego se señala que “en el supuesto de que en el anexo I se haya señalado que las personas licitadoras indiquen la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, deberán presentar una declaración al respecto señalando el importe y el nombre o el perfil empresarial de las personas subcontratistas a las que se vaya a encomendar su realización.”, no se puede obviar el hecho de que el pliego empleado en esta licitación es un pliego tipo recomendado por la Comisión Consultiva de Contratación Pública el 26 de junio de 2021, e informado por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda y Financiación Europea con fecha de 16 de junio de 2021 (nº de informe: AJ-CHFE 2021/75). En consecuencia, los anexos de dicho pliego que han sido informados por la Asesoría Jurídica de la Agencia Tributaria de Andalucía el día 9 de junio de 2022 (nº de informe: AJA-ATA 2022/105) prevalecen sobre el texto “tipo”. Y en el apartado 9 del Anexo I del PCAP se señala que “las personas licitadoras deberán indicar la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe (referido al presupuesto base de licitación) y el nombre o perfil empresarial definido por referencia a las condiciones de solvencia técnica de las personas subcontratistas a las que se vaya a encomendar su realización”.*

El importe referido por COFER fue interpretado por la Mesa de Contratación como una parte del precio o proposición económica; es decir, la empresa nos estaba comunicando que esos 720 € a subcontratar formaban parte de su oferta económica, puesto que el importe destinado en el Presupuesto Base de Licitación para esa partida eran 2.000 €. Por ello se decidió proponer la exclusión de la empresa COFER SEGURIDAD SL de la licitación.»

Por otro lado el informe hace referencia a la resolución de este Tribunal 324/2022, de 20 de junio de 2022, citando la doctrina sobre el principio de proporcionalidad en ella contenida relativa a que *“la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación”.* Y aplicando la referida doctrina al presente supuesto manifiesta lo siguiente: *“En nuestro caso concreto, el licitador nos informa de la partida que va a subcontratar y del subcontratista al que va a acudir, indicando el coste que le va a suponer dicha subcontratación (720 euros en dos años).*

Dicho importe se encuentra referenciado a una partida que forma parte del Presupuesto Base de Licitación, estimada en 2.000 euros. Dicha partida representa, respecto a la relación de costes del objeto del contrato un 1,09%, con lo que analizadas las circunstancias expuestas y valorado el caso atendiendo a la resolución citada y al principio de proporcionalidad, este órgano de contratación entiende que con ese dato es imposible determinar la oferta económica que tenía previsto presentar el licitador excluido».

Tras todo lo expuesto el informe al recurso concluye afirmando que el órgano de contratación *“es favorable al allanamiento en el recurso RCT 265/2022”.*

SEXTO. Consideraciones de este Tribunal.

En cuando al fondo del presente asunto, cabe subrayar que de las alegaciones contenidas en el informe al recurso se constata que si bien el órgano de contratación manifiesta su conformidad con la pretensión de la recurrente, no



comparte el principal de los argumentos esgrimido al efecto en el escrito de recurso, el cuál rebate. De lo que se deduce que aunque formalmente el órgano de contratación manifiesta allanarse al contenido del recurso, materialmente articula oposición a la controversia que el recurso plantea, por lo que este Tribunal entrará a conocer del fondo del asunto.

Como ya se ha expuesto en el anterior fundamento, la recurrente se opone a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación, alegando al efecto que actuó de conformidad con las previsiones contenidas en la cláusula 9.2.1 del PCAP al formular declaración de subcontratación e incluir en la misma *“el importe y el nombre o el perfil empresarial de las personas subcontratistas a las que se vaya a encomendar su realización”*, y ello tal y como la literalidad del PCAP exigía.

El órgano de contratación, por su parte, defiende la actuación de la mesa dado que de conformidad con el apartado 9 del Anexo I del PCAP *“las personas licitadoras deberán indicar la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe (referido al presupuesto base de licitación) y el nombre o perfil empresarial definido por referencia a las condiciones de solvencia técnica de las personas subcontratistas a las que se vaya a encomendar su realización”*.

Pues bien en el presente expediente, tal y como manifiesta el órgano de contratación en su informe, se empleó para la licitación el Modelo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Hacienda y Financiación Europea para la contratación de servicios mediante procedimiento abierto, presentación electrónica de ofertas, recomendado por la Comisión Consultiva de Contratación Pública en sesión celebrada el día 26 de julio de 2021. Estos modelos de pliegos encuentran fundamento en el art. 49 del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, en cuya virtud:

“Artículo 49. Modelos de Pliegos de cláusulas administrativas particulares.

La Comisión Consultiva de Contratación Pública podrá recomendar a los órganos de contratación la utilización de modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares previamente informados por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y aprobados por los órganos de contratación.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se ajusten al contenido de los modelos no requerirán nuevo informe del Gabinete Jurídico.”

Ahora bien el pliego utilizado incluye unos anexos en los que se adaptan el contenido general del mismo a las concretas circunstancias concurrentes en el expediente. Por lo que en efecto, y tal y como defiende el órgano de contratación, ante una discrepancia entre ambos habrá de estarse a lo previsto en los anexos, informados y aprobados expresamente para la presente licitación. Así el Anexo I del PCAP acota que el importe a incluir en la declaración de subcontratación habrá de referirse al presupuesto base de licitación. Pues bien el presupuesto base de licitación del presente contrato viene previsto en el apartado 2 del Anexo I del PCAP, en el que se desglosan los distintos costes del contrato, y que en cuanto a la partida objeto de debate *«Conexión a Central receptora de alarmas (C.R.A.) y Servicio Acuda»* asciende a 2.000 euros. Por tanto, el importe contenido en la declaración de subcontratación presentada por COFER, y en la que según los datos obrantes en el expediente constan 720 euros, incumple las previsiones al efecto contenidas en el Anexo I del PCAP. Por lo que asiste la razón al órgano de contratación al afirmar que la recurrente, en la cumplimentación de la declaración de subcontratación, no actuó de conformidad con las previsiones del PCAP.

En cuanto a las consecuencias que dicho incumplimiento conlleva, y si el mismo es motivo suficiente para la



exclusión de la oferta, tanto la recurrente como el informe del órgano de contratación se manifiestan en sentido coincidente. Así la entidad COFER finaliza su escrito de recurso alegando que en cualquier caso con el importe consignado en la declaración contenida en su oferta “no se podría, de ninguna manera, adivinar el importe de la proposición económica de la empresa”. Y el órgano de contratación en su informe argumenta que el importe de la partida a subcontratar supone tan sólo un “1,09% respecto a la relación de costes del objeto del contrato por lo que valorando el caso atendiendo al principio de proporcionalidad, este órgano de contratación entiende que con ese dato es imposible determinar la oferta económica que tenía previsto presentar el licitador excluido”.

El principio de proporcionalidad respecto al secreto de la oferta es una cuestión expresamente tratada en la reciente Resolución de este Tribunal 324/2022, de 20 de junio, citada en el informe del órgano de contratación, y en la que decíamos:

«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación. En este sentido recientemente se ha de citar a un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria.

(...)

La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es



decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo.»

Por tanto, conforme a la doctrina expuesta la finalidad de la norma es evitar la contaminación de la mesa, sobre la base de las circunstancias del caso concreto y valorar de acuerdo con el principio de proporcionalidad, excluyendo la oferta únicamente en los casos en que verdaderamente se haya producido esa contaminación. En el presente procedimiento, el presupuesto base de licitación del contrato asciende a 182.698,92 euros, con el siguiente desglose de conformidad con el apartado 2 del Anexo I del PCAP:

	Costes salariales (a)	142.288,50
Gasto	Gastos específicos uniformidad y medios materiales (b)	2.340,00
	Otros gastos objeto del contrato (c)	8.900,00
	Costes generales (13% de a+b+c) (d)	19.958,71
	Beneficio industrial (6% de a+b+c) (e)	9.211,71
	Total (a+b+c+d+e)	182.698,92

La partida cuya subcontratación se declara por la recurrente corresponde a la central conectora de alarmas, que con un importe de 2.000 euros para 24 meses se contempla entre los costes previstos en la partida “Otros gastos objeto del contrato”. Por tanto y tal y como argumenta el órgano de contratación la información que sobre dicha partida contenía la oferta de la recurrente, y que fue conocida por la mesa de contratación, carece de entidad y relevancia suficiente para suponer una real y efectiva vulneración del secreto de la oferta, por lo que no se han visto vulneradas las garantías de objetividad e imparcialidad con la revelación de la citada partida en la declaración de subcontratación.

Procede, pues, la estimación del recurso y con ello la anulación del acuerdo adoptado por la mesa de contratación en sesión celebrada el 28 de junio de 2022, así como de la resolución del órgano de contratación de 30 de junio de 2022 de exclusión de la recurrente de la licitación, con retroacción de las actuaciones al momento anterior de la apertura del sobre 1 para proceder a la admisión de la misma, con continuación en su caso del procedimiento de adjudicación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COFER SEGURIDAD, S.L.**, contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de vigilancia y seguridad contra intrusión y riesgos derivados, mantenimiento de medios técnicos auxiliares, conexión a central receptora de alarmas (C.R.A.) y servicio de respuesta ante situaciones de alarma, del edificio administrativo sito en Alameda Cristina, 11 de Jerez de la Frontera (Cádiz)” (Expte. CONTR 2022 307386), promovido por la Agencia Tributaria de Andalucía, ente adscrito a la Consejería de Hacienda y Financiación Europea y, en consecuencia, anular el acto de exclusión de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 13 de julio de 2022 .

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

