

Recurso 177/2016**Resolución 235/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 de octubre de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BELIZÓN Y RODRÍGUEZ, S.L.** contra el Acuerdo de exclusión de la citada empresa adoptado, el 6 de julio de 2016, por la Mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de transporte escolar en centros docentes públicos de la provincia de Cádiz dependientes de la Consejería de Educación” (Expte. 00010/ISE/2016/CA), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 21 de mayo de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 16 de junio de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 145.



El valor estimado del contrato asciende a 33.348.346,00 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y 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 su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

En dicho procedimiento presentaron ofertas varias empresas y entre ellas la ahora recurrente.

TERCERO. En la sesión de la Mesa de contratación de 6 de julio de 2016, se acordó la exclusión de la empresa BELIZÓN Y RODRÍGUEZ, S.L. por «*Presentar documentación exclusiva del sobre nº 3 “Documentación relativa a criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas” dentro del sobre nº 1 “Documentación acreditativa de los requisitos previos”*».

La exclusión fue notificada a la recurrente con fecha 7 de julio de 2016.

CUARTO. El 18 de julio de 2016, la empresa BELIZÓN Y RODRÍGUEZ, S.L. presentó un escrito ante el órgano de contratación, anunciando la interposición del recurso especial en materia de contratación y solicitando vista del expediente y, en concreto, de las actas de la Mesa de contratación correspondientes a las reuniones celebradas con fecha 6 de julio de 2016 y 13 de julio de 2016. En respuesta a ello, se le dio vista del expediente el 19 de julio de 2016.

QUINTO. El 21 de julio de 2016, tuvo entrada en el Registro del órgano de



contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BELIZÓN Y RODRÍGUEZ, S.L. contra el anterior Acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal el 25 de julio de 2016 el citado recurso junto al expediente de contratación y un informe sobre el recurso especial interpuesto, teniendo entrada en el Registro de este Tribunal el 27 de julio de 2016.

SEXTO. Con fecha 29 de julio de 2016, la Secretaría de este Tribunal solicita al órgano de contratación determinada documentación complementaria, entre la que figuran las publicaciones del anuncio de la convocatoria, así como los pliegos que regían la licitación del presente procedimiento. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal con fecha 5 de agosto de 2016.

SÉPTIMO. Por este Tribunal, en Resolución de 4 de agosto de 2016, se acuerda la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

OCTAVO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 11 de agosto de 2016, se dio traslado del escrito de recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en el plazo concedido las empresas SOCIBUS, S.A. y HETEPa, S.A..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 42 del TRLCSP.

TERCERO. El acto impugnado es el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la Mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, que pretende concertar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo previsto en el artículo 40 apartados 1.a) y 2.b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 letra b) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando (el recurso) se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto examinado, el acto impugnado fue conocido por la recurrente a través de su notificación el 7 de julio de 2016, por lo que el recurso se ha presentado dentro del plazo legal señalado, al haber tenido entrada en el



Registro del órgano de contratación el 21 de julio de 2016.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que se dirigen a combatir el Acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación, en su sesión de 6 de julio de 2016, en el que se manifestó que presentaba «*documentación exclusiva del sobre nº 3 “Documentación relativa a criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas” dentro del sobre nº 1 “Documentación acreditativa de los requisitos previos”*».

En primer lugar, manifiesta la recurrente que cuando la Mesa de contratación procedió a la apertura del sobre nº1, en lugar de la documentación acreditativa de los requisitos previos, encontró única y exclusivamente la documentación correspondiente al sobre nº3, relativa a criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas. Por lo que, al no haber ninguna otra documentación en el sobre abierto, era claro que se había producido un error al introducir cambiada de sobre la documentación correspondiente.

Siendo esto así, entiende la recurrente que la Mesa de contratación actuó de forma anómala pues, aunque en el acta se señalaba que se acordaba lacrar el sobre nº3 para su custodia hasta el día de la apertura pública, lo que procedió a lacrar y custodiar fue el sobre nº1 (el que contenía la documentación relativa a los criterios de adjudicación), subsanando en parte el error material. No obstante, sigue señalando que la Mesa debió entonces proceder a la apertura del sobre nº3 -que contenía la documentación acreditativa de los requisitos previos- pero, sin embargo, no solo no se abrió el sobre nº3, sino que, además, el día de la apertura pública tampoco se abre el sobre custodiado.

Asimismo, manifiesta la recurrente que la apertura del sobre nº1 con la documentación del sobre nº3 no tiene trascendencia alguna en la licitación dado que el TRLCSP obliga a la Mesa a la más estricta confidencialidad. Invoca, además, la doctrina de distintos Tribunales que señala que “*lo relevante, sin*



embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores.”

Por último, alega la recurrente que, atendiendo al trámite de subsanación concedido a otra entidad, AUTOCARES PORLOPE, S.L., la cual remitió junto con la subsanación otros datos relativos a su oferta económica, resulta evidente que se ha producido un trato desigual, injusto y favorecedor tendenciosamente para una empresa determinada y se ha conculcado el principio de libre concurrencia e igualdad de trato.

Con base en estas alegaciones, la recurrente solicita la anulación del acto impugnado y la admisión de nuevo en el procedimiento de adjudicación.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe sobre el recurso manifiesta que lo que el recurrente califica como error material, está recogido perfectamente como causa de exclusión en el pliego que rige la contratación, por lo que la Mesa de contratación se limitó a aplicar lo establecido en el pliego, sin realizar interpretación ni suposición alguna, respecto del contenido del sobre no abierto.

Asimismo, señala el órgano en su informe que la Mesa de contratación decidió cerrar y lacrar dicho sobre a la vista de todos los miembros de la Mesa para que quedase garantizado y probado que se había introducido información relativa a la oferta en el sobre previsto para la documentación relativa a los requisitos previos, y no como supone el licitador, para la apertura en el acto previsto para ello. Por lo que no es que se subsanara en parte el "error material" a que la



recurrente hace referencia, sino que simplemente la Mesa se limitó a aplicar lo preceptuado en el pliego que rige la contratación.

Por ello, considera el órgano de contratación que la inclusión de la oferta en el sobre relativo al cumplimiento de los requisitos previos, conculca el principio de transparencia que exige mantener el secreto de las mismas hasta el momento de proceder a la apertura pública, de acuerdo con lo previsto en los artículos 145.2 y 160.1 TRLCSP.

Por otra parte, respecto de lo alegado por la recurrente en relación a la empresa AUTOCARES PORLOPE, S.L., el órgano de contratación manifiesta que la recurrente se equivoca, pues la información a la que alude no es la oferta económica sino el presupuesto de licitación. La empresa AUTOCARES PORLOPE, S.L. remitió un correo electrónico a requerimiento de la Mesa de contratación donde aclaraba los lotes objeto de su licitación y en dicho correo informaba del presupuesto de licitación de los lotes a los que concurría, en ningún momento se desvela su proposición económica.

SEXTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

Como hemos visto, el acuerdo de exclusión impugnado resolvía la exclusión de la empresa recurrente por *“Presentar documentación exclusiva del sobre nº 3 “Documentación relativa a criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas” dentro del sobre nº 1 “Documentación acreditativa de los requisitos previos”.*

A este respecto, el PCAP en su cláusula 9.2 establece que los licitadores presentarán sus proposiciones del siguiente modo:



“En aquellos casos en que el contrato se adjudique mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor y con criterios de adjudicación evaluables de forma automática, las personas licitadoras deberán presentar TRES SOBRES, firmados y cerrados, de forma que se garantice el secreto de su contenido, señalados con los números 1, 2 y 3 (ver modelo en página www.agenciaandaluzaeducacion.es).

No obstante lo anterior, cuando en el ANEXO VIII solo se utilicen como criterios de adjudicación criterios evaluables de forma automática, únicamente se presentarán los sobres 1 y 3.

Cuando en el ANEXO I se indique que solo se utilizará como criterio de adjudicación el del precio más bajo, únicamente se presentarán los sobres 1 y 3.

Toda la documentación de las proposiciones presentadas deberá venir en castellano. La documentación redactada en otra lengua deberá acompañarse de la correspondiente traducción oficial al castellano.

En cada uno de los sobres figurará externamente (ver modelo de carátula en página www.agenciaandaluzaeducacion.es) el nombre de la persona licitadora y, en su caso, del representante, domicilio social, teléfono, correo electrónico y fax a efectos de comunicaciones, así como el título del servicio, e incluirá la documentación que a continuación se indica.

Se excluirá del procedimiento de licitación a aquellas personas licitadoras que incorporen en el Sobre nº 1 documentos propios del Sobre nº 2 o del Sobre nº 3.

En el interior de cada sobre se hará constar en hoja independiente su contenido siguiendo la numeración que se especifica en las cláusulas 9.2.1, 9.2.2. 9.2.3.”

Pues bien, conviene recordar aquí que el PCAP que rige el procedimiento para la contratación del servicio de transporte convocado constituye *lex contractus*, como ha tenido ocasión de afirmar este Tribunal en varias y reiteradas Resoluciones (v.g. Resolución 31/2015, de 3 de febrero), por lo que la



presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, debiendo estarse necesariamente al contenido del mismo.

No hay que olvidar que, como señalaba este Tribunal en su Resolución 136/2014, de 4 de junio, la igualdad de trato y transparencia son pilares básicos del procedimiento de adjudicación de los contratos. Ambos tienen su reflejo en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 1 establece como uno de sus fines el de garantizar los principios de *«publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*.

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas, como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora. A esta exigencia obedece que los artículos 145 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC en adelante), siguiendo en este punto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 38/07, de 29 de octubre de 2007), ha señalado (Resolución 205/2011, de 7 de septiembre y 300/2012, de 21 de diciembre) que *“la contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP). Lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites. Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos.”*



El principio de igualdad de trato justifica el mandato contenido en el artículo 145.2 del TRLCSP, con arreglo al cual *“las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”*.

Con la finalidad de garantizar este secreto, el artículo 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (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”*, añadiendo el artículo 83 de la citada norma reglamentaria que los sobres no podrán abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse *“ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados”* (apartado 2), articulándose medidas (apartado 3) para el caso en que *“se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas”*.

Como indicó el TACRC en la ya mencionada Resolución 205/2011, la citada normativa *“persigue por tanto una doble garantía, por un lado, asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el periodo de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público, (...) y por otro, que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada”*. Y es que, el secreto que afecta a las proposiciones de los licitadores, *“además de poder ser verificable cuando tenga lugar el acto público de apertura de las ofertas, alcanza no solo a otros licitadores en el procedimiento sino incluso a los propios gestores del expediente de contratación, incluidos los miembros de las mesas de contratación a quien corresponde valorar las ofertas, y cuyo conocimiento no*



podrá ser anterior al momento de su apertura en el correspondiente acto público.”

En esta misma línea, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de noviembre de 2009, 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.”*

Esta doctrina es igualmente aplicable en supuestos como el que ahora nos ocupa en que, al existir únicamente dos sobres –por no existir criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor-, en principio, su conocimiento anticipado pudiera considerarse como irrelevante.

En este sentido, como ya tuvo oportunidad de declarar el TACRC en la Resolución 628/2013, de 13 diciembre, *“no es suficiente para excluir la aplicación de dicha doctrina en el presente caso, puesto que la Mesa de contratación no ha de tener conocimiento de determinados aspectos de la proposición en un momento procedimental en el que la oferta debe ser secreta para todos, vulnerando el secreto de las proposiciones y la finalidad que con dicho secreto se pretende salvaguardar, que no es otra que la de garantizar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículos 1 y 139 del TRLCSP), permitiendo que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada”*.

Por otra parte, y como bien señala el órgano de contratación en su informe, no corresponde a la Mesa de contratación decidir o no la apertura de un sobre por



su apariencia que puede manifestar un error en su contenido, puesto que es responsabilidad del licitador, numerar correctamente los sobres que presenta.

A la vista de todo lo expuesto, concluye este Tribunal que la actuación de la Mesa fue correcta en la exclusión de la entidad BELIZÓN Y RODRÍGUEZ, S.L. por este motivo, pues la recurrente incumplió lo previsto en la normativa contractual y en el pliego, pudiendo afirmarse que no se trata de un error irrelevante, sino de un defecto que incide en el desarrollo de procedimiento, lo cual justifica la exclusión de su oferta, y por tanto procede la desestimación de este alegato del recurso.

SÉPTIMO. Por último, respecto de la alegación de la recurrente en relación a la subsanación efectuada por la empresa AUTOCARES PORLOPE, S.L., consta en el expediente de contratación remitido correo electrónico en contestación al requerimiento efectuado por el órgano de contratación con el siguiente tenor literal:

“Siguiendo indicaciones adjunto remito los lotes a los que el licitador Autocares Polope, S.L. concurre en el expediente 00010/ISE/2016/CA:

Lote 83 → 35 plazas → IES ZAFRAMAGON → 52.766,00€ (IVA NO INCLUIDO)

Lote 64 → 16 plazas → IES FUENTE ALTA → 47.488,00€ (IVA NO INCLUIDO)

Ruego confirmación del presente email.

Atentamente.”

Pues bien, como afirma el órgano de contratación las cantidades son plenamente coincidentes tanto con las consignadas en el anuncio de licitación como en el Anexo I-A del PCAP.

Asimismo, este Tribunal ha tenido ocasión de examinar la oferta económica presentada por la empresa AUTOCARES PORLOPE, S.L. y ha podido



comprobar que, efectivamente, las cantidades antes reseñadas difieren de las que recoge la misma en su proposición.

Por ello, no puede este Tribunal sino concluir dando la razón al órgano de contratación por cuanto en ningún momento se han conculcado los principios de libre concurrencia e igualdad de trato ni, como afirma la recurrente, se ha producido un trato desigual, injusto y favorecedor tendenciosamente para una empresa determinada.

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 **BELIZÓN Y RODRÍGUEZ, S.L.** contra el Acuerdo de exclusión de la citada empresa adoptado, el 6 de julio de 2016, por la Mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de transporte escolar en centros docentes públicos de la provincia de Cádiz dependientes de la Consejería de Educación” (Expte. 00010/ISE/2016/CA), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación.

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 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 4 de agosto de 2016.



CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

