

Recurso 286/2016**Resolución 328/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 22 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN, S.A.** contra la Resolución, de 28 de octubre de 2016, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza y aseo de la red de centros y oficinas de empleo pertenecientes a la Dirección Provincial de Sevilla del Servicio Andaluz de Empleo, lotes 1 y 2” (Expte. DPSAE/SE/2016-01), convocado por la Dirección Provincial de Sevilla del Servicio Andaluz de Empleo, Agencia de Régimen Especial adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 15 de julio 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. El citado anuncio también fue publicado, el 6 de agosto de 2016, en el Boletín Oficial del Estado núm. 189, el



25 de julio de 2016, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 141 y el 18 de julio de 2016 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 2.825.680,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

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

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, se dicta Resolución, de 28 de octubre de 2016, por la que se adjudica el contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. En concreto el lote 1 se adjudica a la entidad OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. y el lote 2 a la entidad SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L..

Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante el 31 de octubre de 2016 y comunicada mediante correo electrónico de 4 de noviembre de 2016 a la ahora recurrente. En dicha comunicación se le notifica además su exclusión del procedimiento de adjudicación del lote 1, adoptada por la mesa de contratación en acuerdo de 5 de octubre de 2016.

CUARTO. El 22 de noviembre de 2016 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN, S.A. (en adelante PACENSE DE LIMPIEZAS) contra la citada resolución de adjudicación y contra el



mencionado acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de su oferta del lote 1.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 23 de noviembre de 2016, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada en este Tribunal el 30 de noviembre de 2016.

SEXTO. Con fecha 1 de diciembre de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado la entidad OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. (en adelante OHL).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos 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 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 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”*.

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la entidad ahora recurrente mediante correo electrónico el 4 de noviembre de 2016, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso en el Registro de este Tribunal el 22 de noviembre de 2016, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

Asimismo y como se ha expresado en los antecedentes de hecho, la recurrente impugna su exclusión del procedimiento de adjudicación del lote 1, adoptada por la mesa de contratación en acuerdo de 5 de octubre de 2016.

Sobre la normativa aplicable en materia de contratación a la notificación de las resoluciones, y en concreto a las exclusiones de los licitadores, y en lo que aquí interesa, el citado artículo 151.4 del TRLCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación a los candidatos descartados y a los licitadores excluidos. Asimismo el artículo 40.2 del TRLCSP en su apartado b) establece que podrán ser objeto de recurso *“Los actos de*



trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.”

En consecuencia, el TRLCSP establece dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: por un lado, el recurso especial contra el acto de adjudicación y, por otro lado, el recurso especial contra el acto de trámite cualificado. Estas dos posibilidades son subsidiarias, no siendo por tanto acumulativas, de tal manera que en el caso de que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión, este podrá impugnarla en el acto de adjudicación.

Asimismo, de lo anterior se infiere que la normativa contractual no obliga a la mesa de contratación a notificar de forma individualizada la exclusión, pudiendo diferir el órgano de contratación la comunicación de la exclusión al momento de la notificación del acuerdo de adjudicación. Sin embargo, lo más correcto desde el punto de vista administrativo es notificar de forma separada e individualizada cada una de las exclusiones, aunque como se ha expresado anteriormente no existe una obligación legal que imponga esta forma de actuar a la mesa de contratación o, en su caso, al órgano de contratación.

En el supuesto examinado, según consta en el expediente, a la recurrente le fue notificada la exclusión de su oferta el 14 de octubre de 2016 y el 4 de noviembre de 2016, en ambos casos sin pie de recurso, entre otras deficiencias.

Al respecto, es necesario aclarar, en primer lugar, que la falta de notificación en forma de un acto administrativo afecta, en principio, solo a su eficacia, no a su validez. Un acto administrativo y su correspondiente notificación son



actuaciones distintas y separadas, por lo que su notificación defectuosa no valida o invalida el contenido del acto que se notifica, en todo caso demora el inicio de sus efectos.

En segundo lugar, y aun admitiendo que la mesa o el órgano de contratación no haya comunicado en la forma debida la exclusión de la oferta de la recurrente, la única consecuencia que esta insuficiente notificación supone para la recurrente es que se demore la eficacia de la exclusión de su oferta, a los solos efectos de poder impugnarla, hasta que aquella realice actuaciones que supongan el conocimiento y alcance de la misma.

En este sentido se manifiesta el segundo párrafo del artículo 19.5 del Reglamento cuando establece que “(...) *si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, [actualmente artículo 40.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre] el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso*”.

En el presente supuesto, ese momento lo constituye el escrito de anuncio de interposición del recurso, por lo que el *dies a quo* en el presente supuesto para la interposición del recurso es el 14 de noviembre de 2016, fecha de presentación del mismo en el Registro del órgano de contratación, por lo que al haberse presentado el recurso el 22 de noviembre de 2016 el mismo se ha interpuesto, asimismo, dentro del plazo legal antes señalado.

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

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 28 de octubre de 2016, de adjudicación del contrato y contra el acuerdo de la mesa de



contratación, de 5 de octubre de 2016, de exclusión de su oferta, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se declare la anulación de ambos acuerdos (de exclusión de su oferta del lote 1 y de adjudicación de los lotes 1 y 2) por falta de motivación -y, en cuanto a la exclusión, por no incurrir su oferta en baja anormal o temeraria- y se ordene la retroacción de las actuaciones al momento en que debieron ser debidamente motivadas.

Funda su pretensión la recurrente en dos motivos que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

Por un lado, alega falta de acceso al expediente y de motivación de la resolución de adjudicación respecto de ambos lotes y, por otro, respecto del lote 1 denuncia errores de cálculo en el informe técnico sobre la viabilidad de su oferta, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada.

En cuanto a la falta de acceso al expediente y de motivación de la resolución de adjudicación, afirma la recurrente que solicitó vista de expediente en orden a la interposición del recurso mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2016, de registro de entrada en el órgano de contratación, habiendo recibido el 17 de noviembre de 2016 respecto del lote 1 el informe técnico sobre la viabilidad de su oferta, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, sin que se le haya dado vista al expediente completo.

A su juicio, la falta de acceso al expediente le priva de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, dado que su conocimiento parcial del mismo no le permite interponerlo de forma suficientemente fundada; de ahí que vuelve a solicitarla nuevamente mediante escrito de fecha 17 de noviembre de 2016 de registro de entrada en el órgano de contratación, pidiendo, además, que se le facilite el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta de la empresa que resultó adjudicataria del lote 2.



Señala la recurrente que el 21 de noviembre de 2016 recibe un correo electrónico del órgano de contratación en el que se le anticipa que recibirá un escrito comunicando que no se facilita dicho informe por tener carácter confidencial, escrito que aún no ha sido recibido, sin que tampoco haya obtenido respuesta del examen del expediente completo.

Concluye la recurrente que interpone el recurso sin haber tenido acceso al expediente y sin haber podido conocer, en consecuencia, y en su caso, los fundamentos de la resolución de adjudicación que se adopta, entendiendo en ambos lotes insuficiente la motivación de la adjudicación contenida en la resolución notificada. Añade que su pretensión no es de acceso ilimitado y absoluto al expediente, si este contuviera datos protegidos por el derecho a la confidencialidad y que solo invoca su propio derecho a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de selección y de adjudicación del contrato, de manera que no se vulneren los principios de publicidad y de transparencia y no se vea privada de su derecho a una defensa fundada y eficaz.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que se le ha dado a todo el expediente de contratación, en su fase de licitación, la publicidad que el TRLCSP y el propio pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) exigen, mediante la publicación en el perfil del contratante de todas las actas de la mesa de contratación. Además, matiza que se le ha facilitado al licitador copia del informe técnico en el que la mesa fundamentó la exclusión, tanto por correo electrónico de 17 de noviembre de 2016, como por escrito con acuse de recibo de 16 de noviembre de 2016.

En cuanto a la solicitud de la recurrente de que se le facilitase el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta de la empresa que resultó adjudicataria del lote 2, señala el órgano de contratación que mediante correo electrónico, de 21 de noviembre de 2016, se le deniega el acceso a dicho informe por afectar directamente a la documentación presentada por la empresa SERVICIOS



INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L. en el sobre 3 -documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas-, declarada de carácter confidencial según escrito de 23 de agosto de 2016 aportado en dicho sobre; el resto del expediente, en sus partes no afectadas por confidencialidad, está a disposición de cualquier interesado que solicite acceso al mismo, en la sede de la Dirección Provincial de Sevilla del Servicio Andaluz de Empleo.

OHL, como entidad interesada, señala en cuanto al lote 1 que, teniendo en cuenta que la recurrente ha obtenido una copia del informe técnico sobre la viabilidad de su oferta, que en el recurso además se invoca su contenido para tratar de combatirlo, y que el citado informe está adecuadamente fundado, cabe afirmar que en ningún caso se ha producido indefensión material, y también que la exclusión está suficientemente motivada.

Con respecto al lote 2, OHL señala que la razón para no facilitar copia del informe técnico sobre viabilidad de la oferta de la adjudicataria se basa en la confidencialidad y en la debida protección de los secretos técnicos y comerciales de los licitadores; a este respecto, son muy numerosas las resoluciones de los tribunales contractuales que estiman que los poderes adjudicadores tienen capacidad para preservar tal información en casos como el que nos ocupa, en el que no se produciría una merma en los intereses que se quieren garantizar con los principios de publicidad y de transparencia. A mayor abundamiento, a juicio de OHL la entidad recurrente tampoco ha argumentado en qué le puede afectar la justificación presentada por otro operador económico.

SEXTO. Vistas las alegaciones de la partes procede analizar el fondo del asunto en el que la recurrente denuncia la falta de acceso al expediente y de motivación de la resolución de adjudicación.

En cuanto a la denegación de acceso y consulta de parte del expediente, este Tribunal se ha pronunciado recientemente en su Resoluciones 238/2016, de 4



de octubre y 254, 264 y 265/2016, de 20 de octubre; en ellas se concluía que el órgano de contratación viene obligado a facilitar a los licitadores que lo soliciten el acceso al expediente de contratación -particularmente cuando la interposición de un recurso útil y fundado dependa de la información obtenida tras dicho acceso- aun cuando la adjudicación pudiera estar motivada en los términos del artículo 151.4 del TRLCSP, todo ello sin perjuicio de salvaguardar la debida confidencialidad de las ofertas en los términos exigidos en el artículo 140.1 del TRLCSP.

En el supuesto examinado, con respecto al lote 1, y teniendo en cuenta que la recurrente pretende cuestionar tanto la exclusión de su oferta como la propia resolución de adjudicación, es necesario por razones sistemáticas analizar en primer lugar la conformidad o no de la exclusión de su oferta, pues una eventual desestimación de su pretensión haría innecesario examinar los motivos de impugnación de la propia resolución de adjudicación, pues ningún interés tendría la recurrente en la misma toda vez que no podría resultar ya adjudicataria de ese lote 1.

Pues bien, llegados a este punto hemos de analizar si la exclusión de la oferta de la recurrente está lo suficientemente motivada y si la denegación parcial de acceso al expediente ha podido mermar o lesionar el derecho material de defensa de la recurrente en orden a la interposición de un recuso fundado.

Según consta en la notificación de la exclusión de la recurrente, la misma se ha producido porque, a juicio de la mesa de contratación, su oferta, incurra inicialmente en baja anormal o desproporcionada, no queda justificada debidamente, estimando que la misma no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Sobre el particular, el régimen jurídico de las proposiciones incursas inicialmente en valores anormales o desproporcionadas se regula en el artículo 152 del TRLCSP; en concreto en lo que aquí interesa en los apartados 3 y 4.



Conforme a ellos, una vez determinada que una oferta resulta inicialmente anormal o desproporcionada de conformidad con los parámetros objetivos previstos en los pliegos que rigen el contrato, la mesa o el órgano de contratación, en su caso, debe requerir al licitador o licitadores que la justifiquen y, una vez presentada la documentación justificativa, la verificación de la justificación debe centrarse en la viabilidad de la oferta y en ella se debe analizar aquellas partidas determinantes de que dicha oferta pueda o no ser cumplida razonablemente por el licitador; en todo caso, dicha verificación no puede realizarse sobre aspectos o características técnicas de la oferta que ya fueron analizadas previamente en su momento procedimental oportuno.

Asimismo, esa verificación solo debe limitarse a la viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta de cada licitador; en este sentido, la normativa sobre justificación de ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas no impone de forma absoluta la necesidad de valorar la coherencia económica de la oferta en sí misma considerada, sino si es viable que el licitador ofertante la ejecute, de ahí que cobren especial importancia las condiciones del propio licitador.

No cabe, por tanto, al menos como principio, extender ese análisis de viabilidad de la oferta a aquellas partidas de la misma que quedan al arbitrio del empresario licitador, como ocurre con los gastos generales o el beneficio industrial, quien las puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que los pliegos, ni las reglas de contratación determinen fórmulas o porcentajes para la determinación o inclusión de tales partidas económicas. En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 28/2016, 11 de febrero y 294/2016, de 18 de noviembre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1157/2015, de 18 de diciembre.

En la notificación de la exclusión de la oferta de la ahora recurrente se le comunica lo siguiente: *“La mesa de contratación, en sesión de 5 de octubre de*



2016, examina la documentación presentada por su empresa el día 28 de septiembre a las 11:35 horas, en respuesta a este requerimiento, y el informe técnico del servicio correspondiente, elaborado por el órgano de contratación, tal como se dicta en el art 152.3 del TRLCSP. A la vista de esta documentación, la mesa acuerda que NO queda justificada debidamente la baja temeraria presentada, estimando que la misma NO puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Por lo que se acuerda, en virtud del art. 152.4 del TRLCSP, excluir al licitador PALICRISA LIMPIEZA Y JARDINES, S.L. del procedimiento de adjudicación del LOTE 1”.

Pues bien, una simple lectura de la notificación de la exclusión nos lleva a la conclusión que la misma no está en nada motivada, pues se limita a comunicar en base al “informe del técnico del servicio correspondiente” que la oferta de la ahora recurrente no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

No obstante lo anterior, el inicial defecto de motivación de la notificación de la exclusión de la oferta puede verse subsanado si se llega a permitir el acceso al expediente con carácter previo a la interposición del recurso, en cuyo caso se evita la indefensión real y material, si de dicho acceso se infiere la necesaria motivación.

Así las cosas, puede comprobarse que, indudablemente, la exclusión de la oferta de la ahora recurrente que le fue notificada el 4 de noviembre de 2016 no cumplía los requisitos relativos a la motivación exigidos legalmente, de acuerdo con lo que acaba de exponerse. Sin embargo, no es menos cierto que, como reconoce PACENSE DE LIMPIEZAS en su recurso, antes de la interposición del mismo le fue remitido, previa solicitud por su parte, el informe técnico sobre la viabilidad de su oferta, inicialmente incurra en baja anormal o desproporcionada, en el que se ha basado la mesa de contratación para entender



que no quedaba justificada debidamente la baja anormal o desproporcionada de su oferta.

Procede, pues, analizar si el citado informe técnico, de 3 de octubre de 2016, sobre la viabilidad de la oferta de PACENSE DE LIMPIEZAS está o no lo suficientemente motivado, en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 152 del TRLCSP, como se ha expuesto anteriormente, para que cualquier licitador puede combatirlo y ejercer con garantías el derecho de defensa.

En el citado informe, en síntesis, se dispone que la empresa ahora recurrente no ha contemplado en su cálculo las horas ofertadas por la misma como mejoras de acuerdo con el Anexo VII del PCAP, así como 6,29 horas/semana de especialista. El informe estima en 120,69 horas semanales (12.551,76 horas en la totalidad de los 2 años de ejecución del contrato) las ofertadas como mejoras por PACENSE DE LIMPIEZAS y no contempladas en su cálculo de la oferta. A juicio del informe técnico, estas horas suponen una diferencia de 129.241,50 euros, lo que equivale a que la oferta de la citada empresa es un 13,93% menor de lo que debería de haber sido si se hubiesen contemplado dichas horas de mejora.

Así pues, el informe técnico, de 3 de octubre de 2016, sobre la viabilidad de la oferta PACENSE DE LIMPIEZAS está suficientemente motivado, no siendo necesario en este supuesto mayor información para que la ahora recurrente pueda interponer un recurso útil y fundado.

SÉPTIMO. Analizada que la exclusión de la oferta de PACENSE DE LIMPIEZAS del lote 1 está suficientemente motivada y que no es necesario mayor información para la interposición de un recurso fundado, procede examinar la conformidad o no de la misma.



Al respecto, denuncia la recurrente errores de cálculo en el informe técnico sobre la viabilidad de su oferta, por un lado, en cuanto al número de horas de especialista y, por otro lado, en cuanto al resto de horas.

En el primer caso, señala la recurrente que según sus cálculos -que detalla en el recurso- las horas semanales de especialista son 85,26 que redondea a 85,50; sin embargo, en el informe técnico las calculadas de especialista son 91,79.

En el segundo caso, en cuanto al resto de horas, afirma que las computadas en el informe son mejoras y que en atención al punto 3 del Anexo VI-B del PCAP, han de prestarse “sin repercusión económica para la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo”.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala, en cuanto al número de horas de especialista, que el cálculo realizado por el servicio técnico en su informe se fundamenta en las horas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) como obligatorias de prestación del servicio, resultando una diferencia de 6,29 horas de más a las calculadas por la ahora recurrente, que a su juicio puede ser debida a que el criterio de cálculo sea diferente pero, con independencia de la forma de cálculo, la diferencia es insignificante.

A juicio del órgano de contratación, el grueso de la divergencia con PACENSE DE LIMPIEZAS se fundamenta en las mejoras ofertadas en su proposición no tenidas en cuenta en el cálculo de la viabilidad de su oferta.

Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. Al respecto el objeto de la controversia ha de centrarse en si las mejoras han de computarse o no como gasto para el licitador en base a justificar la viabilidad de su oferta.

En este sentido, se ha de poner de manifiesto por este Tribunal que las mejoras ofertadas por el adjudicatario forman parte integrante de su proposición, y si



han sido aceptadas por el órgano de contratación, le serán exigibles al contratista, de la misma forma que cualquier otra obligación que se derive de los pliegos y demás documentación contractual (v.g. informe 3/2010, de 15 de septiembre y 2/2013, de 17 de marzo, de la Junta de Contratación Administrativa de la Región de Murcia e informe 4/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Así pues, al formar parte del contrato, las mejoras ofertadas deberán ser objeto de justificación para poder valorar la viabilidad de la oferta, incurrida inicialmente en presunción de baja anormal o desproporcionada.

La exigencia del PCAP de que las mejoras han de prestarse sin repercusión económica para la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo implica que las mismas han de formar parte de la oferta del licitador no suponiendo por ello un mayor coste al órgano de contratación, pero en modo alguno puede interpretarse, como pretende la recurrente, que no supongan un costo para el futuro contratista.

Procede, pues, desestimar la pretensión de la recurrente y confirmar la exclusión de su oferta del lote 1.

La conformidad de la exclusión de la oferta de la recurrente del lote 1 hace innecesario examinar los motivos de impugnación de la propia resolución de adjudicación respecto a dicho lote, pues ningún interés tendría la recurrente en la misma toda vez que no podría resultar ya adjudicataria.

OCTAVO. Resta pues examinar el alegato de la recurrente en el que denuncia respecto del lote 2 la falta de acceso al expediente y de motivación de la resolución de adjudicación.



Al respecto, en relación con el lote 2, consta en el expediente remitido a este Tribunal escrito de la recurrente de fecha 17 de noviembre de 2016 de registro de entrada en el órgano de contratación en el que manifiesta que considera respecto del lote 2 que la cuantía de la baja de la oferta económica presentada por la actual adjudicataria era muy elevada, por lo que solicita *“copia del informe de asesoramiento técnico por baja temeraria del lote 2 por el que se estiman las alegaciones de SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L. a la calificación de su oferta en baja temeraria o en su defecto, acceso al expediente del concurso al objeto de evaluación del dictamen de la mesa de contratación que da por buenas las alegaciones justificativas de la baja”*.

Asimismo figura en el expediente escrito del órgano de contratación de 25 de noviembre de 2016, sin que conste acreditación de su envío a la ahora recurrente. En dicho escrito se manifiesta lo expuesto en las alegaciones del órgano contratación, a saber que se le deniega el acceso a dicho informe por afectar directamente a la documentación presentada por la empresa SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L. en el sobre 3 -documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas-, declarada de carácter confidencial según escrito de 23 de agosto de 2016 aportado en dicho sobre; el resto del expediente, señala el órgano de contratación, en sus partes no afectadas por confidencialidad, está a disposición de cualquier interesado que solicite acceso al mismo, en la sede de la Dirección Provincial de Sevilla del Servicio Andaluz de Empleo.

Al respecto, como se ha expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, el órgano de contratación viene obligado a facilitar a los licitadores que lo soliciten el acceso al expediente de contratación -particularmente cuando la interposición de un recurso útil y fundado dependa de la información obtenida tras dicho acceso- aun cuando la adjudicación pudiera estar motivada en los términos del artículo 151.4 del TRLCSP, todo ello sin perjuicio de



salvaguardar la debida confidencialidad de las ofertas en los términos exigidos en el artículo 140.1 del TRLCSP.

En el supuesto que aquí se examina, teniendo en cuenta que la recurrente pretende cuestionar la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, por entender que la cuantía de la baja de su oferta económica era muy elevada, y sobre la base de que la resolución impugnada no tiene por qué contener motivación sobre tal extremo, pues el artículo 151.4 del TRLCSP solo exige con respecto al adjudicatario *“En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”*, resulta meridianamente claro que el acceso al expediente era un elemento esencial para la adecuada fundamentación del recurso, pues de otro modo la recurrente nunca podría combatir la adjudicación basándose en la indebida admisión de la oferta de la adjudicataria, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada.

Sobre el particular, como se ha expuesto, PACENSE DE LIMPIEZAS solicitó copia del informe técnico sobre viabilidad de la oferta de la adjudicataria del lote 2 o, en su defecto, acceso al expediente al objeto de evaluar el dictamen de la mesa de contratación que acepta la justificación de la baja inicialmente anormal o desproporcionada, sin que conste que el órgano de contratación accediera a tal solicitud. Por el contrario, el órgano de contratación en su informe al recurso, como se ha manifestado, le deniega el acceso a dicho informe por afectar directamente a la documentación presentada por la empresa adjudicataria en el sobre 3, de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, declarada de carácter confidencial según escrito de 23 de agosto de 2016 aportado en dicho sobre.

Ello obliga a analizar el marco legal y doctrinal sobre la confidencialidad de las



ofertas y en concreto sobre las declaraciones globales de confidencialidad.

Al respecto, este Tribunal se ha pronunciado en varias de sus resoluciones sobre el contenido de la declaración de confidencialidad; sirva por todas la 176/2014, de 25 de septiembre, la 183/2015, de 19 de mayo y la 199/2016, de 9 de septiembre. En ellas se recoge la doctrina acuñada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que este Tribunal comparte plenamente.

Dicha doctrina puede resumirse en el sentido de que debe buscarse el necesario equilibrio entre el derecho de defensa del licitador que solicita el acceso a la documentación y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador que se opone al mismo, sin que la obligación de confidencialidad a que se refiere el artículo 140.1 del TRLCSP pueda afectar a la totalidad de la oferta realizada por este último.

Por tanto, en el caso de que un licitador califique como confidencial de manera indiscriminada toda la documentación incluida en su proposición, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación del mismo que, en particular, no afecte a secretos técnicos o comerciales y pueda ser examinada por los demás licitadores.

En este sentido, el artículo 153 del TRLCSP es claro e indubitado cuando señala que *“El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la*



protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d).”

En definitiva, ni el principio de confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad, por lo que habrá de encontrarse un razonable equilibrio entre ambos. En ese sentido, si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de publicidad y el de confidencialidad ha de prevalecer este último, ha de justificarlo y motivarlo debidamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario o licitador puede verse afectado o comprometido por el acceso al expediente y razonando en qué forma y medida la naturaleza de los datos que se contienen en la parte de la oferta declarada confidencial han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador o recurrente.

La doctrina expuesta lleva, en el supuesto examinado en la presente resolución, a considerar que el órgano de contratación debió ser más diligente y no amparar una calificación indiscriminada de confidencialidad de la oferta del sobre 3, de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, de la ahora adjudicataria.

A la vista de cuanto se ha expuesto, hemos de concluir que la recurrente no ha tenido debido acceso a documentación declarada confidencial por la ahora adjudicataria, sin que se hayan aportado por esta última, ni por el órgano de contratación razones concretas y suficientes, en el sentido expuesto anteriormente, para justificar adecuadamente dicho carácter.



Así pues, como quiera que la falta injustificada de acceso a la documentación analizada le ha podido originar indefensión a la hora de interponer un recurso fundado, debe estimarse la pretensión de la recurrente sin necesidad de anular la adjudicación del lote 2, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento posterior a la notificación de la adjudicación. En este momento el órgano de contratación deberá dar vista del informe técnico sobre viabilidad de la oferta de PACENSE DE LIMPIEZAS al lote 2, con el fin de que aquella pueda fundamentar, en su caso, un nuevo recurso contra la adjudicación, pudiendo utilizar la técnica del blanqueado para ocultar aquellos datos que considere confidenciales motivando tal circunstancia adecuadamente.

En cuanto a la expedición de copia del citado informe, solicitada por la recurrente, el TRLCSP no impone al órgano de contratación la obligación de facilitar copia, cuando en los casos que proceda, concede vista del expediente a los licitadores. En este sentido se manifiesta entre otras la Resolución 221/2016, de 31 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Así pues, como también señala la Resolución 19/2016, de 15 de enero, del citado Tribunal Central, habrá que esperar a que el acceso a la documentación omitida permita al licitador ilustrarse y decidir si va a mantener el argumento de fondo o va a ampliar los términos de su impugnación en un posterior recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN, S.A.** contra la Resolución, de 28 de octubre de 2016, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza y aseo de la red de centros y oficinas de empleo pertenecientes a la Dirección Provincial de Sevilla



del Servicio Andaluz de Empleo, lotes 1 y 2” (Expte. DPSAE/SE/2016-01), convocado por la Dirección Provincial de Sevilla del Servicio Andaluz de Empleo, Agencia de Régimen Especial adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, y en consecuencia, ordenar respecto del lote 2 la retroacción de las actuaciones al momento posterior a la notificación de la adjudicación a fin de que se proceda en los términos expuestos en el último fundamento de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

