

Recurso 48/2017**Resolución 67/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 31 de marzo de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INEPRODES, S.L.** contra la exclusión de su oferta producida en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio para el Ayuntamiento de Fuengirola” (Expte. 082/2016-CONTR), convocado por el citado Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 29 de noviembre de 2016, se publicó en la plataforma de contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 2 de diciembre de 2016, en el Diario Oficial de la Unión Europea y finalmente el día 12 de diciembre de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 299.



El valor estimado del contrato asciende a 5.538.461,52 euros y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad 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 Legislativo 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. En la tramitación del correspondiente procedimiento, tiene lugar sesión de la mesa de contratación, el día 13 de febrero de 2017, en la que se procede a dar cuenta del informe elaborado por los técnicos municipales respecto a la valoración de las ofertas con relación a los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor y a la apertura de las ofertas económicas.

En el acta de la mencionada sesión figura que no ha sido valorada la oferta de INEPRODES, S.L. -entre otras- al sobrepasar su oferta el límite de 100 páginas establecido en los pliegos.

CUARTO. Con fecha 7 de marzo de 2017, la entidad INEPRODES, S.L. presenta recurso especial en materia de contratación en oficina de Correos dirigido al Ayuntamiento de Fuengirola, teniendo entrada el mismo en el Registro del órgano de contratación el día 9 de marzo de 2017.

QUINTO. La Alcaldía del Ayuntamiento de Fuengirola, el día 9 de marzo de 2017, dicta Decreto por el que adjudica el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la entidad CLECE, S.A. (en adelante CLECE). Con la misma fecha, el día 9 de marzo, dicho acuerdo de adjudicación fue remitido por medio de correo electrónico a la entidad ahora



recurrente. Asimismo, con fecha 13 de marzo de 2017 se publicó anuncio en la plataforma de contratación del Sector Público relativo a la adjudicación del presente expediente de contratación.

SEXTO. Con fecha 14 de marzo de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito del órgano de contratación por el que da traslado del recurso especial en materia de contratación interpuesto, así como el expediente de contratación, informe relativo al recurso y copia de la oferta técnica presentada por INEPRODES.

SÉPTIMO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, con fecha 16 de marzo de 2017, se solicita al órgano de contratación que indique si dispone de órgano especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación y, para el caso de que no lo tuviera, el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificaciones y otra documentación complementaria, siendo así que la documentación solicitada se recibió en este Tribunal con fechas 16 y 17 de marzo.

SÉPTIMO. Con fecha 20 de marzo de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndolas presentado en plazo entidad alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del 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.



El apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011 permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquellos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Fuengirola comunica que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, en comunicación efectuada con fecha 16 de marzo de 2017, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la persona 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 exclusión del procedimiento, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1. y 2 del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 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 tendido conocimiento de la posible infracción.”

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, éste 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 presente supuesto, la recurrente ha optado por impugnar el acuerdo de exclusión, de 13 de febrero de 2017, de la mesa de contratación, del que afirma haber tenido conocimiento el mismo día 13 de febrero, aunque el órgano de contratación informa que no le ha notificado el mismo.

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 de contratación no haya comunicado en la forma debida los motivos de la exclusión de la recurrente, la única consecuencia que esta insuficiente notificación supone para la recurrente



es que se demore la eficacia de su exclusión, 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, 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 interposición del recurso, por lo que el *dies a quo* en el presente supuesto para la interposición del recurso es el 9 de marzo de 2017, fecha de recepción del mismo en el Registro del órgano de contratación habiéndose interpuesto 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 se opone en su escrito a la causa de exclusión de su oferta manifestada en el informe técnico de fecha 8 de febrero de 2017 emitido por el comité de expertos designado por el órgano de contratación para la ponderación de las ofertas contenidas en el “sobre B” donde se incluye la documentación técnica cuya valoración se realiza por medio de criterios de adjudicación cuya evaluación se encuentra sujeta a juicios de valor y que posteriormente fue asumido por la mesa de contratación en sesión celebrada el 13 de febrero de 2017.

Según argumenta la recurrente, en el informe mencionado se indica que procede la exclusión de su oferta por exceder del número máximo de páginas



que estaba establecido en el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP); sin embargo, esta manifiesta que su oferta tenía una extensión de 99 de páginas a las que acompañaba un anexo de 22 páginas -donde se comprenden las mejoras- y expone, que la posibilidad de presentar la documentación de esta forma fue consultada de forma telefónica con el órgano de contratación obteniendo una respuesta afirmativa en el sentido de que sí era posible anexar las mejoras aparte de las 100 páginas que estaban establecidas como extensión máxima de la memoria técnica.

Es por ello que solicita a este Tribunal que acuerde la nulidad de pleno derecho de la adjudicación a favor de la entidad CLECE, S.A. y se proceda a valorar la oferta de la recurrente al cumplir con las exigencias establecidas en el PCAP.

Con respecto a esta petición y como se ha manifestado en los antecedentes de hecho, la recurrente presenta recurso en oficina de correos el día 7 de marzo de 2017, en un momento anterior a la resolución de adjudicación que se produce con fecha 9 de marzo, por tanto, se considera que el acto recurrido es la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación y no el acto de la adjudicación del contrato que se produjo -como hemos mencionado- en un momento posterior a la presentación del escrito de recurso en la oficina de correos.

SEXTO. Visto lo anterior, y por razones sistemáticas procede reproducir el PCAP en aquellas cuestiones aludidas por la recurrente en su escrito para a continuación analizar si la exclusión realizada por la mesa de contratación fue o no acorde a Derecho.

En la cláusula 15 del PCAP con relación a la documentación integrante de las proposiciones se indica que en el “sobre b: documentación técnica” se incluirá “*un proyecto o memoria descriptiva del servicio propuesto, que deberá ser compatible y ajustado a las determinaciones y exigencias técnicas básicas o preceptivas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), integrada por*



los documentos y contenidos que se establezcan en el Anexo I del presente pliego de condiciones”.

En este sentido, el Anexo I del PCAP establece en el apartado correspondiente al *“sobre de la propuesta técnica y contenido”* y con respecto al contenido del sobre B que *“consistirá en una memoria técnica descriptiva y explicativa de la organización, operativa y funcionamiento del servicio”* a continuación se recoge una numeración donde se listan los contenidos que tendrá la mencionada memoria indicando en el apartado 8 que se indicarán las *“mejoras que el licitador presente sobre la base del servicio regulado en el PPT y que redunden directamente a favor de las personas beneficiarias del mismo, sin que supongan coste alguno para el Ayuntamiento de Fuengirola”*.

Además de lo anterior, se indica en el mismo apartado que *“el límite máximo de páginas, a una sola cara, que deberá contener la memoria técnica será de 100 páginas, sin contabilizar en estas los anexos que la licitadora estime oportuno acompañar a la misma”*.

Según se desprende del expediente de contratación remitido a este Tribunal, con fecha 8 de febrero de 2017, se emite informe técnico de evaluación de las ofertas con respecto a los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicios de valor. En el mencionado informe se indica que no procede la valoración de determinadas ofertas, entre ellas, la de la entidad ahora recurrente al haber presentado una memoria técnica de 99 páginas -cumpliendo el límite establecido en el PCAP- al que anexa de forma independiente una memoria de las mejoras de 26 páginas que debieron estar ubicadas en el apartado 8 de la memoria técnica tal y como se indica en el Anexo I del PCAP -anteriormente reproducido-. De ello, se concluye que la memoria técnica presentada en su oferta por la entidad ahora recurrente sobrepasa el límite máximo de extensión produciéndose la exclusión de su oferta en sesión de la mesa de contratación celebrada con fecha 13 de febrero de 2017.



Como se ha expuesto anteriormente, la recurrente argumenta que esta cuestión no queda suficientemente explicada en el contenido de los pliegos y que es por ello que se puso en contacto de forma telefónica con el órgano de contratación que le informó que dentro de los anexos se podían incluir las mejoras.

Por otro lado, el órgano de contratación manifiesta en su informe que la exclusión de la oferta presentada por la entidad INEPRODES se produjo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, que establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo establecido en el PCAP y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de las cláusulas o condiciones contenidas en los pliegos.

También invoca el órgano de contratación el artículo 84 del RGLCAP que, en tanto establece el rechazo de las ofertas en determinados supuestos, comprende el presente, puesto que la entidad recurrente vulneró la exigencia de que las proposiciones se ajusten en su contenido a un formato establecido en el pliego.

Considera el órgano de contratación que el motivo por el que se excluyó la oferta de la recurrente no supone un mero error material o formal de escasa incidencia que permita la aceptación de la proposición por aplicación del principio antiformalista, sino que, por el contrario, su admisión habría resultado en una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación reconocidos en el artículo 139 del TRLCSP, pues conllevaría dar un trato favorable a INEPRODES sobre el resto de licitadores que podría haberle reportado una ventaja con respecto a los mismos.

Sobre esta cuestión, este Tribunal considera que fue acorde a Derecho la actuación del órgano de contratación. A nuestro juicio, del contenido del PCAP se infiere claramente que la parte de la oferta relativa a las mejoras debía incluirse dentro de la memoria técnica descriptiva y explicativa y no dentro de los anexos optativos que se podían presentar, ya que las mejoras quedan comprendidas en el punto octavo del contenido que debía comprender la



mencionada memoria y aquellas forman parte de la oferta que es objeto de valoración.

Con respecto a la llamada telefónica que afirma la recurrente haber efectuado para aclaraciones sobre el contenido de los Anexos, y como este Tribunal ya ha tenido la ocasión de manifestar en otras ocasiones (v. gr. Resolución 340/2016 de 29 de diciembre) hay que considerar que esa comunicación, en el supuesto de haberse producido, se efectuó de manera informativa, y que si la recurrente tuvo dudas a la hora de interpretar el contenido de los pliegos debió realizar una solicitud de aclaraciones sobre los pliegos de manera formal y que habría conllevado una aclaración en los mismos términos.

En este sentido y como menciona el órgano de contratación, si se hubiera admitido la oferta de la recurrente se le habría dado un trato de favor sobre el resto de licitadores que se sujetaron a la hora de elaborar su oferta al límite en la extensión de la memoria técnica requerido en el pliego; es decir, se le habría reportado un potencial beneficio en tanto que resulta claro que en la valoración de las ofertas puede tener influencia el mayor contenido y extensión.

Por ello, y como también este Tribunal ha tenido la ocasión de manifestar en numerosas ocasiones -recientemente en la Resolución 42/2017, de 2 marzo- los pliegos de la contratación, una vez firmes y aceptados por los licitadores con la presentación de sus ofertas, constituyen ley entre las partes, debiendo respetarse su contenido tanto por la entidad contratante como por los empresarios participantes en el proceso selectivo, y a juicio de este Tribunal y como hemos venido argumentando en esta Resolución era suficientemente clara la exigencia contenida en el Anexo I del PCAP con relación a la extensión del documento “*memoria técnica*”.

Debe, por tanto, desestimarse el recurso interpuesto, confirmando la validez del acto impugnado.



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 **INEPRODES, S.L.** contra la exclusión de su oferta producida en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “*Servicio de ayuda a domicilio para el Ayuntamiento de Fuengirola*” (Expte. 082/2016-CONTR), convocado por el citado Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga).

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. 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.

