

Recurso 59/2017**Resolución 74/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 21 de abril de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LIMPIEZAS MORÓN, S.L.** contra el Decreto 431/2017, de 9 de marzo de 2017, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Morón de la Frontera por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza de los edificios sedes del Centro Educación Infantil y Primaria Reina Sofía, Colegio Público El Castillo y Centro de Educación de Adultos Federico García Lorca” (Expte. A124/2016), convocado por el Ayuntamiento de Morón de la Frontera (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 30 de noviembre 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 10 de diciembre de 2016, en el Boletín Oficial del Estado núm. 298 y el 25 de noviembre de 2016 en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Morón de la Frontera en la Plataforma de Contratación del Estado.



El valor estimado del contrato asciende a 561.126,48 euros y entre las entidades 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 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. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, se dicta Decreto 431/2017, de 9 de marzo de 2017, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Morón de la Frontera por el que se adjudica el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la entidad SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L. (en adelante SIFA). Dicho acuerdo de adjudicación fue remitido a la ahora recurrente mediante escrito formalizado el 16 de marzo de 2017 y notificado por comparecencia personal el 21 de marzo, no constando la fecha efectiva de remisión.

CUARTO. El 28 de marzo de 2017 tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por LIMPIEZAS MORÓN, S.L. (en adelante LIMPIEZAS MORÓN) contra el citado acuerdo de adjudicación de 9 de marzo de 2017.

Posteriormente, el 31 de marzo de 2017 tiene entrada en este Tribunal, remitido por el órgano de contratación, el escrito de interposición del recurso, el informe al mismo y el expediente de contratación, incluido el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

Por último, previa petición, el 5 de abril de 2017, el Ayuntamiento de Morón de la Frontera comunica a este Tribunal que no dispone de órgano especializado



para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, reclamaciones y cuestiones de nulidad a que se refiere la normativa contractual.

QUINTO. Con fecha 5 de abril de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado.

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 Morón de la Frontera comunica que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, ni ha solicitado la asistencia de la Diputación Provincial, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

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 servicio sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, 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”*.

El acuerdo de adjudicación impugnado fue remitido a la ahora recurrente mediante escrito formalizado el 16 de marzo de 2017, no constando la fecha



efectiva de remisión; no obstante aun tomando como fecha de remisión la de formalización del escrito, al haberse presentado el recurso el 28 de marzo de 2017 en el Registro del órgano de contratación el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

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

La recurrente solicita en su recurso que, con estimación del mismo, se declare la anulación del acuerdo de adjudicación impugnado.

Funda su pretensión la recurrente en una serie de argumentos que serán analizados en este y en los posteriores fundamentos de derecho.

Informa la recurrente según el anuncio de licitación los únicos criterios de adjudicación son los evaluables mediante aplicación de formulas, por un lado, la propuesta más económica con una ponderación de 90 puntos, y por otro lado, el número de horas de libre disposición con una ponderación de 10 puntos.

Asimismo, señala la recurrente que obedeciendo al tenor literal de la cláusula 12 del pliego de clausulas administrativas particulares (PCAP) presenta dentro del plazo establecido dos sobres; sobre "A" de documentación acreditativa de la personalidad y características del contratista, y sobre "B" que según dispone la cláusula 13 del citado pliego (la recurrente pone por error el anuncio de licitación), el cual dispone literalmente *«El sobre B se subtitulará "OFERTA ECONÓMICA" y responderá al siguiente modelo: Ver Anexo II»*; remitiendo con carácter obligatorio a un modelo específico ya redactado, por lo que siguiendo las instrucciones estrictas del pliego, rellena todos sus campos, reuniendo por ello los requisitos formales evaluables puesto que se especifica el importe económico tal y como se requiere en el citado Anexo II.



Afirma la recurrente que en el citado modelo de oferta económica, que con carácter obligatorio hay que cumplimentar, nada hace referencia a las horas de libre disposición. Por ello, señala que el número de horas de libre disposición ofertadas en su propuesta -500 horas anuales más 24 horas/día en caso de inundaciones o inclemencias meteorológicas- se entregan en el sobre "A" por tratarse de mejoras que afectan a las características del contratista. Que dicho sea de paso, y en términos de defensa -puntualiza-, de dudoso encaje como criterio de valoración por no quedar claramente encuadrada dentro de lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP.

Así las cosas -manifiesta la recurrente- una vez que recibe el acuerdo de adjudicación, constata que se le ha adjudicado a una empresa con mayor oferta económica -84.168,97 euros- que la ofertada en su propuesta -81.833.60 euros- y por 3.507 horas ofertadas al año de libre disposición, sin que se haga referencia a las horas ofertadas por ella; esta omisión se hace por el órgano de contratación a pesar haberlas presentado formalmente en el sobre "A", siguiendo literalmente las condiciones que figuran en el pliego, en ausencia de mención expresa en el mismo de las condiciones del sobre en donde debían ser incluidas y por descarte del literal del contenido del sobre "B".

En cuanto a la oferta de la adjudicataria que ha obtenido la máxima puntuación -10 puntos- en el criterio de número de horas al año de libre disposición, entiende la recurrente que lo ofertado por SIFA -3.507 horas al año- no es posible llevarlo a cabo, pues al tratarse de unos servicios que se realizan 10 meses en el año de lunes a viernes -220 días laborables al año aproximadamente-, se ponen a la libre disposición un total de 18 horas al día, siendo éstas incluso superiores a las horas objeto del contrato.

Concluye la recurrente su alegato con un resumen de las circunstancias a su juicio acontecidas:

1. No se han cumplido los puntos y condiciones del anuncio de licitación en



cuanto a las condiciones de adjudicación relativas a los criterios de valoración.

2. Incumplimiento del literal del punto 12 del PCAP, dando validez a aquellas empresas que han introducido en el sobre "B" documentación que no correspondía, como es el número de horas de libre disposición, ya que no figuraban en el modelo a cumplimentar según el Anexo II, y por el contrario excluyendo de puntuación su oferta por haber cumplido con el literal de las condiciones.

3. Se ha puntuado y adjudicado una oferta con claros indicios de competencia desleal y fraude en cuanto a número de horas de libre disposición que no obedecen a una realidad de viabilidad por ser excesivas, 3.507 horas anuales.

4. Se ha considerado como criterio de adjudicación el concepto de horas de libres disposición, no incluido en el artículo 150 del TRLCSP, por lo que a su juicio se ha podido incurrir en fraude de Ley.

5. Dejadez en las funciones del personal encargado del trámite administrativo de adjudicación al no observar en tiempo el contenido de la documentación ensobrada.

6. Dejadez igualmente por no haberse dispuesto expresamente con claridad en qué sobre debían introducirse las "horas de libre disposición", ya que, al no tener valor económico no podían estar sujetas a interpretación dentro del sobre "oferta económica", generando por tanto confusión e indefensión.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a lo argumentado en el recurso.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede examinar el fondo de la cuestión. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la recurrente denuncia, por una lado, cuestiones relativas a lo dispuesto en el PCAP, y por otro lado,



aspectos relacionados con la interpretación que el órgano de contratación ha hecho del mismo.

Así, cuando la recurrente denuncia que se ha considerado como criterio de adjudicación el número horas de libres disposición, concepto no incluido en el artículo 150 del TRLCSP, o que ha habido dejadez en el órgano de contratación por no haberse dispuesto expresamente en los pliegos con claridad en qué sobre debían introducirse las horas de libre disposición, realmente está atacando el contenido del propio PCAP con motivo de la impugnación del acuerdo de adjudicación.

Sobre este particular, este Tribunal sin entrar a prejuzgar dichas afirmaciones de la recurrente, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 77/2015, de 24 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 75/2016, de 6 de abril, 221/2016, de 16 de septiembre y 45/2017, de 2 de marzo, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.

En ese sentido, y dado que el los pliegos no han establecido límites en cuanto al número de horas a ofertar, y éstos no han sido objeto de impugnación, ha de estarse ahora a su contenido, por lo que nada se ha objetar a lo ofertado por SIFA, que en su libertad empresarial ha estimado conveniente ofertar 3.507 horas anuales de libre disposición, debiendo ser el órgano de contratación en la ejecución del contrato quien controle efectivamente el cumplimiento de lo ofertado.

Por otra parte, en cuanto al alegato de la recurrente en el que denuncia aspectos relacionados con la interpretación que el órgano de contratación ha hecho del



PCAP, ha de partirse necesariamente de determinados hechos ciertos.

Así, el PCAP en su cláusula 17 recoge los criterios de valoración de las ofertas como criterios automáticos -propuesta económica global de 0 a 90 puntos y disponibilidad de una bolsa de horas de libre disposición hasta 10 puntos-.

Asimismo, ha de darse por cierto el hecho de que LIMPIEZAS MORÓN presentó su propuesta del criterio de adjudicación de aplicación automática bolsa de horas de libre disposición en el sobre A, de documentación administrativa de requisitos previos.

También ha de darse por cierto el hecho de que la mesa de contratación a la vista de que la recurrente presentó su propuesta de bolsa de horas de libre disposición en el sobre A, entendió que no debía de valorarlas.

Pues bien, en la resolución de esta cuestión, hemos de partir de las previsiones normativas contenidas en la legislación contractual. Así, el artículo 145.2 del TRLCSP establece que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”*.

Asimismo, el artículo 160.1 del TRLCSP dispone para el procedimiento abierto que *“El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, [documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos], que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones (...)”*.



Finalmente, el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al establecer las funciones de la mesa de contratación en el procedimiento abierto, prevé la calificación de la documentación general acreditativa de la capacidad y solvencia como actuación previa a la apertura de las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público.

De los preceptos citados, se deduce con total claridad que la documentación general que acredita el cumplimiento de los requisitos previos ha de presentarse en sobre separado de aquél o aquellos que contengan la oferta o proposición, debiendo calificarse previamente aquella documentación antes de proceder a la apertura y examen de la oferta, la cual se mantendrá secreta hasta ese momento procedimental (v.g. Resolución de este Órgano 99/2015, de 11 de marzo, entre otras muchas).

Como ya señalaba este Tribunal en su Resolución 28/2012, de 26 de marzo, ante un supuesto muy similar al aquí examinado, *“Si se admitiera en la licitación a aquellas empresas que incumplen la obligación legal de presentar la documentación general del artículo 146 y la proposición en sobres separados, aparte de vulnerarse el principio de secreto de la oferta, se permitiría anticipar el conocimiento de aspectos de la proposición de unos licitadores que no es posible conocer respecto del resto y potencialmente podría beneficiarse al licitador que incumple la norma frente al que acata la misma presentando correctamente en sobres separados la documentación general y la relativa a su oferta, con todo lo que ello supone de infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.*

Y es que, aun cuando se pudiera argüir que aquel conocimiento anticipado no coloca en posición de ventaja al licitador incumplidor frente al resto al no influir en la valoración de las ofertas, lo cierto e incuestionable es que revela datos de la proposición en un momento procedimental en que la oferta debe ser aún secreta para todos y por tanto, también para la mesa de contratación



que, además, es el órgano competente para su valoración conforme al artículo 160.1 del TRLCSP.”

La posición mantenida por este Tribunal es la que, además, sostienen la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –informes 43/02, de 17 de diciembre y 20/07, de 26 de marzo- y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –Resoluciones 146/2011, de 25 de mayo y 67/2012, de 14 de marzo, entre otras-.

En tal sentido, el informe 20/07 de aquel Órgano consultivo se remite al criterio ya sentado en su informe 43/02, emitido cuando aún regía la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y donde se señalaba que “(...) resulta evidente que la situación de hecho producida -inclusión en el sobre de la documentación general de aspectos técnicos de la proposición- infringe categóricamente los preceptos del artículo 79.1 de la Ley y de los artículos 80, 81 y 82 del Reglamento, pues en el sobre de la documentación general se incluyen los aspectos técnicos, lo que no está legal ni reglamentariamente permitido y, sobre todo, contradice el principio del artículo 79.1 de la Ley de que las proposiciones, incluidos los aspectos técnicos de las mismas, deben ser secretas hasta el momento de la licitación pública, es decir, hasta el momento de apertura de las proposiciones.”

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 (RJ\2009\8076), con referencia al anterior marco legislativo contractual, señala que “Ciertamente la norma legal aquí aplicable, art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproducida en los artículos 79.1 y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, impone el carácter secreto de las proposiciones. Se 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 las 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.

Por ello cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable (...)”.

En definitiva ha de considerarse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación acreditativa de los requisitos previos implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta de la licitadora por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre o sobres de la proposición, debe producirse, en todo caso, la exclusión de la licitadora afectada respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate.

Así pues, de conformidad con la normativa, la jurisprudencia y la doctrina expuesta, la mesa de contratación debió de haber excluido la oferta de LIMPIEZAS MORÓN por haber violado el secreto de las ofertas. Ello aun cuando en la redacción del PCAP se nomina, como alega la recurrente, el sobre B como “Oferta económica” y no como sobre de documentación acreditativa de los criterios de adjudicación evaluable de forma automática por aplicación de fórmulas, circunstancia que empero sí se hace cuando el citado pliego en su cláusula 15 realiza afirmaciones como que “se procederá al acto público de apertura del sobre B, que contiene documentación relativa a criterios de adjudicación automática” o que “en este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios cuantificables automáticamente”, que denotan la clara intención de que es el sobre B el que ha de contener los criterios evaluables de forma automática.

Al respecto, no debe olvidarse que el procedimiento es un cauce reglado y formal de actuaciones concatenadas previsto por el legislador con un sentido claro y una finalidad concreta. Así, en el caso del procedimiento de adjudicación de contratos públicos, el secreto de la oferta hasta el momento procedimental previsto para su apertura es un objetivo perseguido por el legislador, no solo para ordenar formalmente los trámites del procedimiento, sino que va dirigido a



un fin concreto: de un lado, a preservar la objetividad, transparencia e imparcialidad en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin que ninguna interferencia -por mínima que sea- pueda potencialmente enturbiar y frustrar la consecución de esas garantías, y de otro, a proporcionar a todos los licitadores un trato igual en la licitación -artículos 1 y 139 del TRLCSP-, evitando situaciones de potencial ventaja de unos licitadores frente a otros.

Así pues, el hecho de que la mesa de contratación no excluyese la oferta de LIMPIEZAS MORÓN, como debió de haber acordado, no solo no perjudicó a dicha entidad sino por el contrario la benefició pues permitió que continuara en el proceso selectivo, incluso a pesar de haber violado el secreto de su oferta.

A mayor abundamiento, en el supuesto de aceptar en el presente caso, aunque sea a meros efectos dialécticos, que la mesa de contratación debió de haber valorado la proposición de la recurrente, en cuanto al número de horas ofertadas de libre disposición, como ella pretende, en nada hubiese cambiado el signo de la adjudicación pues la oferta económicamente más ventajosa seguiría recayendo sobre la actual adjudicataria. A efectos prácticos, teniendo en cuenta que en la oferta económica todas las licitadores tenían alrededor de 90 puntos, era la oferta de horas de libre disposición la que decantaba la puntuación final, y en este sentido la ahora recurrente fue la octava que más ofertó por ese concepto, por lo que hubiese quedado en octavo lugar en la clasificación de las ofertas, muy lejos de poder ser la oferta económicamente más ventajosa.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, procede desestimar el recurso en su integridad.

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 **LIMPIEZAS MORÓN, S.L.** contra el Decreto 431/2017, de 9 de marzo de 2017, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Morón de la Frontera por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza de los edificios sedes del Centro Educación Infantil y Primaria Reina Sofía, Colegio Público El Castillo y Centro de Educación de Adultos Federico García Lorca” (Expte. A124/2016), convocado por el Ayuntamiento de Morón de la Frontera (Sevilla).

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. 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.

CUARTO. 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.

