

Recurso 160/2014
Resolución 270/2014

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

Sevilla, a 22 de diciembre de 2014

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALGECO CONSTRUCCIONES MODULARES S.A.U. contra el acuerdo de la mesa de contratación de 22 de abril de 2014, del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, de exclusión de dicha empresa del procedimiento de adjudicación del contrato denominado *“Desmontaje, traslado, almacenaje, montaje, y mantenimiento de módulos prefabricados propiedad de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte con destino en centros públicos dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte”* (Expte: 00330/ISE/2013/SC), este Tribunal ha dictado, en el día de la fecha, la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 de marzo de 2014 se publicó en el DOUE y el 19 de marzo en el BOE nº67, anuncio del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, para la licitación pública del contrato de servicios denominado *“Desmontaje, traslado, almacenaje, montaje, y mantenimiento de módulos prefabricados propiedad de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte con destino en centros públicos dependientes de la Consejería de Educación, Cultura*



y Deporte” (Expte: 00330/ISE/2013/SC). El citado anuncio de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el 17 de marzo de 2014.

SEGUNDO. La licitación se lleva a cabo de conformidad con la tramitación prevista en 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, 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, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. En el citado procedimiento de adjudicación presentaron ofertas, entre otras empresas, la recurrente.

El 22 de abril de 2014, se reúne la mesa de contratación para la admisión de ofertas y apertura de las oferta técnicas. Una vez analizada la documentación presentada en el sobre nº 1, la mesa de contratación acuerda la exclusión de la recurrente *“Por incorporar en el Sobre N°1 documentos propios del Sobre N°2. Cláusula 9.2 del PCAP. Se adjunta copia de la propuesta técnica aportada en el sobre nº1 ”.*

Mediante fax enviado el 22 de abril de 2014, se notifica a la recurrente ALGECO CONSTRUCCIONES MODULARES S.A.U. su exclusión del procedimiento de licitación por dicha causa.

CUARTO. El 24 de abril de 2014, tuvo entrada en el Registro auxiliar del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALGECO CONSTRUCCIONES MODULARES S.A.U. contra la citada resolución por la que se excluye a la recurrente de la licitación referida.

QUINTO. El Tribunal emite oficio solicitando documentación relativa al



expediente de referencia dirigida al órgano de contratación, el 24 de abril de 2014. Recibiéndose el 28 de abril en el registro de este Tribunal oficio procedente del órgano de contratación, por el que se remite el citado expediente, su informe respecto al recurso y una relación de las empresas licitadoras con indicación de los domicilios a efectos de notificaciones.

SEXTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 6 de mayo de 2014 se dio traslado del escrito de interposición a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para la formulación de alegaciones.

El 7 de mayo, se reciben alegaciones por parte de Remsa alquiler e venda de máquinas, LDA que en síntesis vienen a reproducir los argumentos esgrimidos por parte del órgano de contratación.

SEPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La competencia de este Tribunal viene establecida en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, 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 el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.



TERCERO. No consta que la recurrente haya presentado el anuncio previo del recurso al órgano de contratación en los términos exigidos en el artículo 44.1 del TRLCSP. No obstante, la falta del citado anuncio debe entenderse suplida, por razones de eficacia procedimental, con la interposición del recurso directamente en el registro del órgano de contratación, pues, a través de esta vía, dicho órgano tuvo ya conocimiento del recurso que es, en realidad, la finalidad pretendida por el anuncio previo.

CUARTO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto recurrido, como se ha indicado, es el acuerdo de la mesa de contratación por la que se excluye de la licitación a la empresa recurrente.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, siendo el valor estimado de 2.727.129,68 €.

En consecuencia, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del citado artículo 40 del TRLCSP, concurriendo en el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, la condición de poder adjudicador.

QUINTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, *el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que, tratándose de actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.*

En el supuesto examinado, el acuerdo recurrido se notificó el 22 de abril de 2014 a la recurrente, habiendo tenido entrada el recurso en el registro del



órgano de contratación el 24 de abril de 2014, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido.

SEXTO. La cuestión de fondo que debe analizarse es la de determinar si la inclusión en el sobre nº 1 de un elemento susceptible de valoración a efectos de la adjudicación, cuando dicho sobre nº 1 lo que ha de contener es la documentación relativa a los requisitos previos, como es la acreditación de la capacidad para contratar y la solvencia, es determinante de la exclusión de la licitadora que cometió el error y que ella imputa al pliego .

Así, el recurrente alega que *“en el caso que efectivamente el sobre 1 hubiese contenido documentos propios del sobre nº2, ello no debiera suponer causa suficiente para excluir a Algeco de la adjudicación (...) y la inclusión de la documentación técnica en el sobre 1º no supone alteración del procedimiento ni perjuicios ni a terceros ni a la propia Administración. Igualmente, la inclusión de tal documentación ni condiciona ni altera la decisión que en su caso tomara el órgano de contratación”*. Posteriormente añade *“la presentación de tal documentación no debe ser causa suficiente que suponga la directa exclusión de mi mandante, en tanto que, tal circunstancia no vicia en modo alguno el concurso público”*.

Sobre esta cuestión se pronuncia el apartado 9.2 del PCAP, que prevé *“se excluirá del procedimiento de licitación a aquellos licitadores que incorporen en el sobre nº1 documentos propios del sobre nº2”*.

Al efecto, el PCAP dispone que el sobre nº 1 referido a *“Documentación acreditativa de requisitos previos”* tendrá dos carpetas, una referida a la documentación general y otra a la documentación técnica y dentro de ésta última se ha de recoger la documentación que acredite la solvencia técnica o profesional. En cuanto a dicha solvencia, según el Anexo II-B del PCAP, se exigirá clasificación administrativa y determinados requisitos de solvencia para las empresas a subcontratar de la forma determinada en el Anexo I.



El apartado 9.2.2 se indica que en el sobre 2 se recogerá la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante aplicación de fórmulas.

El Anexo XI del PCAP recoge entre dicha documentación:

“B) PROPOSICIÓN TÉCNICA

En este apartado el licitador concretará su oferta, aportando datos relativos a las horas de desmontaje, montaje y reparación. Así como, compromisos sobre la disponibilidad de lugares de acopio distribuidos en Andalucía, realización de un inventario y aplicación informática para la gestión del incidencias y reparaciones.”

La recurrente aportó en el sobre nº 1, el contenido completo de su oferta técnica.

El artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece entre sus fines el garantizar el principio de *“no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores”*. En el mismo sentido, el artículo 139 de la citada Ley señala que *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”*.

A esta exigencia obedece que los artículos 145 y 160 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 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 establece 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 que contenga la proposición, debiendo calificarse previamente aquella documentación antes de proceder a la apertura y examen de la proposición, la cual se mantendrá secreta hasta ese momento procedimental.

Si se admitiera en la licitación a aquellas empresas que incumplen la obligación legal de presentar en la documentación general del artículo 146 parte de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que ha de presentarse en el sobre nº 2, 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 la acata presentando correctamente en sobres separados la documentación general y la documentación relativa a su oferta, con todo lo que ello supondría, además, de infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.



Y es que, aunque se admitiese a meros efectos dialécticos 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 aquí mantenida es la que, además, sostienen la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –informes 43/02 y 20/07- y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales – resoluciones nº 146 y 147, ambas de 2011-.

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 (...)”*.

Sobre la base de la anterior premisa, la incorporación al sobre relativo a la documentación general prevista en el artículo 146 del TRLCSP, de aspectos fijados como criterios de adjudicación en el PCAP valorables mediante aplicación de fórmulas, no es un defecto subsanable sino un motivo de exclusión



del licitador, puesto el secreto de la oferta ya ha sido revelado y nada puede subsanar esto.

Las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento anticipado de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, si se conoce solamente la de parte de los licitadores, ello puede implicar desigualdad en el trato de los mismos.

El artículo 150.2 del TRLCSP establece el orden procedimental para la valoración de las ofertas:

“2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...). La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”

La recurrente cometió el error de recoger su propuesta técnica en el sobre nº 1 relativo a la documentación general, siendo un criterio de adjudicación valorable mediante la aplicación de fórmulas que debería ir en el sobre nº 2 según el PCAP, lo que supone que no sólo vulneró el orden procedimental establecido quebrantando el procedimiento, lo que supondría un mero defecto



formal, sino que desveló el secreto de la oferta, aunque sea de forma parcial, e incumplió lo dispuesto en el artículo 150.2 del TRLCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en el día de la fecha,

RESUELVE:

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALGECO CONSTRUCCIONES MODULARES S.A.U. contra el acuerdo de la mesa de contratación de 22 de abril de 2014 de la Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía de exclusión de la empresa en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado *“Desmontaje, traslado, almacenaje, montaje, y mantenimiento de módulos prefabricados propiedad de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte con destino en centros públicos dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte”* (Expte: 00330/ISE/2013/SC), que se confirman en todos sus extremos.

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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

LA PRESIDENTA

