



Recurso nº 1777/2021 C. Valenciana 395/2021

Resolución nº 104/2022

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 27 de enero 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. N.P.S., en representación de TECHCO SEGURIDAD, S.L. (SECURITAS) contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por Aguas Municipalizadas de Alicante E.M. para contratar el *“servicio de instalación de sistemas de seguridad en las instalaciones de traída de aguas municipalizadas de Alicante, E.M”* con procedimiento negociado sin publicidad, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El valor estimado del contrato es de 245.920,03 euros (IVA excluido), por tanto, tiene carácter de contratación armonizada a tenor de los artículos 22 y 44.1. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

Segundo. En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se establece como procedimiento de adjudicación el procedimiento negociado sin publicidad, al amparo, según establece el propio PCAP, de lo dispuesto por el art. 168.a).3ª de la LCSP. Fueron invitadas a presentar oferta cinco empresas, de las cuales una no la presentó.

Tercero. En síntesis, la Recurrente considera que el acuerdo de adjudicación adoptado, además de haber tenido lugar –en primer lugar– con base en infracciones de carácter formal (errónea notificación del acuerdo de adjudicación así como acceso al expediente), también, en segundo lugar, considera que aquel acuerdo se ha dictado en fraude de ley en tanto que la adjudicataria ha formulado su oferta con la finalidad única de alterar a su favor



la aplicación de las fórmulas matemáticas de valoración mediante la compensación de diferentes costes o prestaciones que habrían de haber sido presentados de manera independiente.

Cuarto. El Órgano de Contratación ha procedido a la emisión de informe ante el recurso presentado por la Recurrente en el que analiza los distintos motivos de alegación por parte de la Recurrente justificando su conformación y su ajuste a Derecho.

Quinto. En fecha 15 de diciembre de 2021 la secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 22 de diciembre de 2021 se presentan alegaciones por la entidad SEGURIDAD 3 DIMENSIONES, S.L.

Sexto. Con fecha 16 de diciembre de 2021 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la LCSP.

Antes de proceder a la resolución del recurso formulado, cabe recordar que existe un límite a la jurisdicción de este Tribunal.

En este sentido, este Tribunal solo tiene una función revisora, por tanto, su función consistirá en determinar si procede o no declarar la invalidez del acto recurrido y, si así procede, ordenar la retroacción de actuaciones al momento en que el vicio se produjo, pero no sustituir al órgano de contratación en el ejercicio de sus funciones ni en la interpretación de los pliegos cuando su redacción es clara y conforme al LCSP, ni menos aún, en las



valoraciones técnicas, debidamente justificadas, por otro lado, por parte del Órgano de Contratación.

Segundo. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada al tratarse de una persona jurídica, licitadora en el procedimiento de adjudicación del contrato, que resulta no adjudicataria en el procedimiento de licitación, y cuya oferta es clasificada en segundo lugar. Por lo tanto, cumple el requisito de constituirse como *“persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48, primer inciso de la LCSP).

Tercero. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles desde la notificación al interesado del acto o acuerdo recurrido, o desde su publicación, de acuerdo con el artículo 50.1 de la LCSP. En el mismo sentido cabe citar el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. El recurso ha sido interpuesto en plazo.

Cuarto. De acuerdo con el artículo 44 de la LCSP, el acuerdo de adjudicación del contrato es un acto susceptible de impugnación.

Quinto. En primer lugar, y con claro carácter preliminar, resulta preciso referirse a la indiscutible necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones generales y técnicas de los pliegos (lo que es extensible, evidentemente, no solo a la Recurrente, sino también, a la adjudicataria, lo que habrá de ser observado por el órgano de contratación), constituyendo ambos, el PCAP y el PPT, la ley del contrato, que no solo vincula al órgano de contratación, sino también a los licitadores, máxime, como es el caso concreto de la aquí Recurrente, cuando aquellos pliegos, PCAP y PPT, no fueron recurridos en el momento procedimental oportuno.

En este sentido, si tanto el PCAP como el PPT son aceptados y no impugnados por las partes, se constituyen como ley del contrato plenamente vinculante, y cualquiera de los licitadores están legitimados para hacerlos valer según su interpretación fiel.



Este Tribunal, en su Resolución 175/2011, afirmó que la participación en licitaciones públicas comporta *“la asunción de una serie de cargas formales que, además de ir orientada a que la adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores, conforme a los principios de no discriminación y transparencia consagrados en la normativa contractual.”*

En consecuencia, de lo antedicho, las proposiciones (todas) deben ajustarse al contenido de los del PCAP y del PPT, como resulta de los 122 a 124 de la LCSP. De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deban ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, Resoluciones 208/2014 y 737/2014).

A su vez, hay que mencionar el principio de igualdad de trato, y que le es aplicable a todos los licitadores (esto es, tanto a la adjudicataria como a la Recurrente). En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus resoluciones, afirma que el respeto al principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también, que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad (y, por tanto, se evite el fraude de ley como podría ser el caso que se analiza en esta resolución). Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE –TJUE- de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).

En este sentido, el artículo 139 LCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, señala que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. (...) Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, (...)”*.

Con base en todo lo anterior, y de un análisis previo de la documentación obrante en el expediente administrativo, se destaca que ni la ahora adjudicataria ni tampoco la



Recurrente impugnaron los pliegos, y por tanto, quedaron sujetos a su contenido según fuere lo resultante de su interpretación fiel (ya sea fuese mediante criterio literal y/o sistemático) lo que, sin duda, es relevante para la resolución del presente caso en lo que se refiere a la cláusula 10 del PCAP.

Sexto. Dicho lo anterior, el recurso se funda fundamentalmente en tres motivos:

1. Como cuestión preliminar se alega indefensión por la errónea notificación del acuerdo de adjudicación, así como, imposibilidad de acceso al expediente, y
2. Existencia de fraude de ley en el planteamiento de la oferta de la adjudicataria en tanto que, teniendo dos componentes principales la oferta a realizar (principal y mantenimiento), que son objeto de valoración matemática independiente, la citada mercantil ha trasladado costes de un concepto a otro, ofertando en uno de ellos 0,01 euros con el objeto único de obtener la mayor puntuación en detrimento de sus competidoras.

En lo referido a la primera de las cuestiones, resultan palmarias, de la documentación aportada al expediente, las deficiencias que el recurrente invoca en la comunicación de la adjudicación. La referida comunicación (que carece, a juicio de este Tribunal, de los más elementales requisitos para ser considerada una notificación) se verifica por correo electrónico e incluye escuetamente la fecha del acuerdo de adjudicación, y la empresa adjudicataria.

Por otro lado, consta, de la documentación aportada por la recurrente, que, con fecha 24 de noviembre solicitó copia de la resolución de adjudicación, que no consta que le fuera facilitada.

Las deficiencias señaladas justificarían acceder a la solicitud de acceso al expediente formulada por el recurrente. No obstante, habida cuenta de que, pese a la falta de transparencia manifestada por el órgano de contratación le ha sido posible articular un motivo de recurso, y que este solo motivo justifica, como se dirá, la estimación de aquel, procedemos a su resolución.



Sexto. El PCAP establece, en su cláusula 10.2 un solo criterio evaluable mediante la aplicación de fórmulas, que se vincula al precio y se divide en dos subcriterios:

- Oferta económica para la instalación de los sistemas, que valora con 50 puntos.
- Oferta económica para el mantenimiento local preventivo de las instalaciones, que valora con 20 puntos.

Las proposiciones presentadas a la licitación ofertan, en este concreto criterio, los siguientes valores:

Licitador	Instalación de sistemas	Mantenimiento local preventivo de instalaciones
PYCSESA	175.996,58	3.277,35
TECHNO (recurrente)	176.700,65	3.850,34
SEGURIDAD 3 D (adjudicataria)	188.994,00	0,01

Valoradas las ofertas, la adjudicataria recibió una puntuación ligeramente inferior en lo referido a la oferta económica sobre la instalación (46,56 puntos, frente a los 50 que recibió la oferta mejor valorada) y la mejor puntuación en lo referido a la oferta económica sobre la instalación (20 puntos). Se da la circunstancia que, valorándose el criterio mediante una fórmula proporcional, la desproporción entre la oferta de la adjudicataria, y las del resto de licitadores, determinó que estos recibieran 0 puntos en este concreto criterio.

Es doctrina de este Tribunal (Resolución 407/2020 de 19 de marzo) que las ofertas económicas con valores iguales a cero o cercanos a esa cifra en relación con alguna de las prestaciones que conforman el objeto del contrato son válidas cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo.
- Que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas.



iii) Que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el precio a quien, en su conjunto, ha realizado la oferta más cara.

En el supuesto que nos ocupa resulta evidente que la oferta del adjudicatario ha resultado ser la más elevada en términos globales, lo que no ha sido óbice para que, merced a ofrecer un precio de 0,01 € en una de las prestaciones de las dos que conforman el objeto del contrato, haya obtenido la mejor puntuación final.

Las anteriores conclusiones nos permiten considerar, aún a título de hipótesis, que la oferta del adjudicatario ha sido formulada en fraude de ley. Sobre los requisitos del fraude de ley nos hemos pronunciado en nuestra Resolución 827/2021 de 8 de julio, en la que dijimos,

La figura del fraude de ley y sus requisitos aparecen recogidos en el artículo 6.4 del Código del Civil, que dispone:

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

El primer requisito, por lo tanto, que el fraude de ley exige es que el acto realizado al amparo del texto de la norma en cuestión no resulte suficiente y realmente amparado por dicha norma. Por lo tanto, verificar si las proposiciones presentadas han sido formuladas de manera fraudulenta exige comprobar, en primer término, y según se ha avanzado, si tales proposiciones a precios irrisorios, simbólicos, resultan conformes con la normativa en materia de contratación y si se ajustan, asimismo, al contenido de los pliegos que rigen la licitación (art. 139.1 de la LCSP).

La LCSP incluye entre su objetivo y finalidad «la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa» (art. 1 de la LCSP) y que, de igual forma, los órganos de contratación vienen obligados a proporcionar a los licitadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio (art. 132.1 de la LCSP) y a velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia (art. 132.3 de la LCSP). Así, con arreglo al art. 145.5.c de la LCSP los criterios que han de servir de base



para la adjudicación del contrato deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Y lo cierto es que difícilmente puede decirse que existe una competencia efectiva si el criterio de adjudicación precio/hora de los servicios extraordinarios, concebido inicialmente como un criterio para adjudicar «de manera proporcional» (página 8 del cuadro de características del PCAP) la puntuación en función de los distintos importes ofrecidos se transforma de hecho en un criterio binario, en el cual aquellos licitadores que obvian la necesaria existencia de costes (entre otros, los salariales) para la prestación de tal servicio capturan la totalidad de los puntos, mientras los licitadores que pretenden obtener algún precio a cambio del servicio no reciben puntuación alguna, con independencia del precio efectivamente ofertado.

Como hemos dicho, para comprobar que la competencia resulta efectivamente distorsionada se observa que las dos empresas que ofertan 0 euros obtienen los 5 puntos máximos que asigna el criterio, mientras que las 11 empresas restantes obtienen 0 puntos.

La presentación de dichas proposiciones resulta en una distorsión de la competencia que priva a los licitadores que ajustan sus ofertas a los precios reales del mercado de la posibilidad de ser adjudicatarios del lote disputado, pues resulta desde luego irrelevante qué concreto precio ofrezcan para tales servicios extraordinarios.

El segundo requisito que el fraude de ley exige es que el acto realizado persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Las consideraciones efectuadas más arriba conducen a concluir que, necesariamente, la estrategia de los licitadores persigue un resultado contrario al ordenamiento jurídico: obtener, a través de tales precios nulos, la máxima puntuación los licitadores que los presentan, puntuación que, sin embargo, se obtiene solamente al apartarse de los requisitos a que la oferta debe atenerse conforme a la normativa en materia de contratación y que imponen que aquella parta de precios de mercado y tome en consideración los costes reales.

El análisis de la oferta presentada por el adjudicatario, a la luz de los criterios referidos anteriormente, permite concluir, sin lugar a dudas, que ha sido formulada en fraude de Ley. La oferta, en principio amparada en la conformación de los criterios de adjudicación, de un



precio para una de las prestaciones cercana a cero ha tenido como única finalidad, según se deduce palmariamente del resultado de valoración, manipular el resultado de la licitación en favor de la adjudicataria, evitando así la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

Determinada la existencia de un fraude de ley, procede, según señalamos en la Resolución antes citada 827/2021, no valorar la oferta en relación con el criterio o criterios utilizados para alterar el resultado de la licitación. Esto implica, por un lado, puntuar con cero en esos criterios a la oferta en fraude de ley, y valorar el resto de las ofertas excluyendo el efecto que sobre la aplicación del criterio tendría aquella.

Por lo expuesto, procede estimar el motivo alegado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. N.P.S., en representación de TECHCO SEGURIDAD, S.L. (SECURITAS) contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por Aguas Municipalizadas de Alicante E.M. para contratar el *“servicio de instalación de sistemas de seguridad en las instalaciones de traída de aguas municipalizadas de Alicante, E.M”* anulando la misma y retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la valoración de las proposiciones, a efectos de que se proceda de acuerdo con lo establecido en el Fundamento de Derecho Sexto.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta 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.