



Recursos nº 311/2011 y 316/2011

Resolución nº 321/2011

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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2011.

VISTOS los recursos interpuestos por D. F.J.G.S en representación de Castellana de Seguridad S.A.U. (CASESA) y D. C.V.T en representación de Garda, Servicios de Seguridad, S.A., contra la adjudicación del contrato del “Servicio de vigilancia, seguridad y atención al público en diversas dependencias del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional”, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional convocó, mediante anuncio publicado en la plataforma de contratación y en el Boletín Oficial del Estado los días 17 y 22 de agosto de 2011 respectivamente, licitación para la contratación por procedimiento abierto del Servicio de vigilancia, seguridad y atención al público en diversas dependencias, a la que presentaron oferta las recurrentes, cada una en UTE con otras mercantiles.

Segundo. Tras la apertura, el día 22 de septiembre de 2011, de los sobres que contenían la documentación administrativa, la mesa de contratación acordó, conforme a lo dispuesto en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, solicitar subsanación de determinados defectos a cuatro licitadores, otorgando al efecto el plazo correspondiente.

Las citadas subsanaciones se solicitaron via fax el mismo día 22 de septiembre tras la reunión de la mesa, y en lugar de indicar como fecha final del plazo para entregar la documentación el día 26 de septiembre de 2011 (tres días hábiles), se hizo constar el 26

de octubre de 2011. El error no se detectó hasta después de la apertura de los sobres con las ofertas económicas el día 29 de septiembre.

Tercero. Con carácter previo al acto público celebrado el 29 de septiembre tal como se preveía en el anuncio de licitación, analizó la mesa la documentación de subsanación de defectos remitida por los licitadores, quedando constancia en el acta de que únicamente la UTE Secoex-Pracom había contestado al requerimiento de documentación, siendo ésta correcta. Los otros tres licitadores no habían respondido hasta ese momento, por lo que se les dio por excluidos.

Cuarto. Ya en el acto público celebrado a continuación el mismo día 29 de septiembre, antes de proceder a la apertura de los sobres que contenían las proposiciones económicas, se informó a los asistentes de cuál era la documentación requerida a cada uno de los tres licitadores y que no había sido entregada en el plazo de tres días, indicando que sus ofertas económicas no iban a ser abiertas, como así se hizo. La errata en la fecha de subsanación que figuraba en el fax de solicitud de documentación de subsanación no había sido detectada todavía. Así, en el acta de la sesión de la mesa de ese día 29 de septiembre consta: *“..... excluidas por no haber aportado en plazo la totalidad de la documentación administrativa exigible pese a haberseles concedido un plazo de tres días hábiles para realizar la subsanación”*.

Finalizado el acto público se detectó el error de las solicitudes de subsanación remitidas por fax el día 22 de septiembre, por lo que la mesa de contratación, reunida nuevamente el propio día 29 de septiembre, acordó que se contactase con los tres licitadores afectados para que aportasen la documentación requerida a la mayor brevedad posible, y convocar de nuevo el acto público, con invitación a todos los licitadores, asegurando de esta forma el efectivo conocimiento por parte de todos ellos. Se recibió confirmación de recepción de la convocatoria de todos ellos.

Únicamente uno de los tres licitadores de los que se estaba pendiente de recibir la documentación de subsanación solicitada la aportó correctamente, siendo la suya la única oferta económica que se abrió y se leyó en acto público el día 6 de octubre. Se explicó a los asistentes el error de hecho cometido por la mesa en las solicitudes de subsanación y que sólo la documentación aportada por la UTE Serramar-Damaterra

resultaba suficiente. Se informó asimismo detalladamente de las actuaciones de la mesa desde el momento en que descubrió el error, de la petición a los interesados que subsanasen lo antes posible, y de la convocatoria a la sesión del 6 de octubre a todos los licitadores por correo electrónico con acuse de recibo; todo ello, al amparo de lo previsto en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Quinto. Analizadas las proposiciones de todos los licitadores admitidos, la mesa estudió y admitió el informe de valoración realizado de todas ellas. La adjudicación recayó en la UTE Seguridad Integral Canaria S.A.- Ralons Servicios S.L., por haber resultado la más ventajosa para la Administración, y fue notificada a los licitadores el 17 de noviembre de 2011.

Sexto. Contra dicha adjudicación interpusieron sendos recursos Castellana de Seguridad S.A.U. (CASESA) y Garda, Servicios de Seguridad, S.A. Ambas solicitan, con argumentos prácticamente iguales, la nulidad de la resolución de adjudicación y la convocatoria de una nueva licitación, así como la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso. Los dos recursos tuvieron entrada en el registro del Tribunal el día 5 de diciembre de 2011, previo el envío del correspondiente anuncio.

A requerimiento del Tribunal, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 316.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (actualmente, artículo 46.2 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011).

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, el 12 de diciembre de 2011, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. CASESA presentó alegaciones al recurso interpuesto por GARDA Servicios de Seguridad en las que abunda en los mismos razonamientos contenidos en su escrito de recurso, haciendo hincapié asimismo en los reproches a los pliegos formulados por GARDA. Con fecha 20 de diciembre de 2011 ha presentado alegaciones la empresa que resultó adjudicataria, que no se toman en consideración al haberse formulado fuera de plazo.

Octavo. El 14 de diciembre de 2011 el Tribunal acordó mantener la suspensión automática conforme a las previsiones del entonces vigente artículo 316.3 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, (hoy artículo 46.3 del vigente, desde el 16 de diciembre, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre, que ha derogado y sustituido a la Ley 31/2007). Dicha suspensión fue notificada a las recurrentes y al órgano de contratación

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 316.1 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (actualmente artículo 46.1 del Texto Refundido), este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 311/2011 y 316/2011, ya que guardan entre sí identidad sustancial e íntima conexión al referirse a un mismo acto impugnado (resolución de adjudicación en la que no resulta adjudicataria ninguna de las recurrentes) de la misma licitación, y fundarse sus pretensiones en los mismos argumentos: en esencia, vulneración de los principios generales de la contratación recogidos en los artículos 1 y 123 de la Ley 30/2007. Garda introduce también comentarios de reproche a determinadas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares. Ambas pretenden que se declare la nulidad del acto impugnado y la anulación del procedimiento completo de contratación (aunque Garda no plantee explícitamente esto último).

Segundo. Los escritos de las recurrentes, que deben calificarse como recursos especiales en materia de contratación, se interponen contra el acto de adjudicación y corresponde a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, vigente al momento de la interposición del recurso, hoy sustituido por el artículo 41.1 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Debe entenderse que los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello, pues se trata de empresas licitadoras (en UTE con otras) que no

han resultado adjudicataria (artículo 312 de la Ley 30/2007, actualmente artículo 42 del Texto refundido), y contra acto recurrible en esta vía, adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 193.000 euros (artículo 310 de la Ley 30/2007, actualmente artículo 40 del Texto Refundido).

En relación con la legitimación de las recurrentes, se señala que este Tribunal viene considerando reiteradamente que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación como parte integrante de una unión temporal de empresas. Esta es la situación en el caso que nos ocupa: las dos recurrentes han interpuesto recurso en su propio nombre, pese a haber concurrido a la licitación en UTE con otras sociedades, a pesar de lo cual, este Tribunal considera que procede admitir su legitimidad para recurrir.

Cuarto. Los escritos de recurso se presentaron en el registro del Tribunal el día 5 de diciembre de 2011, siendo el acto recurrido de 17 de noviembre de 2011 y las notificaciones individuales del mismo día 17, por tanto fueron interpuestos dentro del plazo previsto para ello en la ley (al entonces vigente artículo 314.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, ha sucedido hoy el artículo 44.2 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Quinto. Ambos recursos basan sus pretensiones en considerar que la mesa de contratación alteró el procedimiento legalmente establecido para la apertura de los sobres con las proposiciones económicas. Cuestionan por una parte que a determinadas empresas se les otorgara un plazo superior al previsto legalmente para subsanar defectos de la documentación administrativa; y por otra, plantean que no se abrieron todos los sobres el día estipulado en el anuncio de licitación (29 de septiembre) sino que el 6 de octubre se abrió el sobre de un licitador, sin que se hubiera anunciado en el BOE y cuando ya se conocían las ofertas del resto de licitadores. Cuestionan que el error cometido por la mesa relativo a la fecha límite que se daba en el escrito de solicitud de la documentación de subsanación pueda tratarse como un error material, y no admiten, aunque apenas argumentan por qué, que el acto del 6 de octubre tuviese por objeto la corrección de un error material. Señalan que se ha vulnerado el procedimiento

precisamente en la fase de adjudicación, la más delicada del proceso, y que ello afecta a los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

Este Tribunal entiende por el contrario que el error en la fecha contenido en el escrito de petición de documentación de subsanación es claramente un error de hecho o error material, en los términos a que se refiere el artículo 105 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que, por tanto, la Administración podía rectificarlo en cualquier momento.

Sexto. Respecto a la forma de rectificar el citado error material, las recurrentes plantean dos cuestiones: que no se publicó en el Boletín Oficial del Estado la nueva convocatoria de acto público, y que la oferta económica de la única empresa afectada por el error material que subsanó correctamente la documentación administrativa se llevó a cabo cuando ya se conocía el resto de proposiciones económicas.

En relación con el primer punto, es decir, con la forma en que se comunicó a los licitadores la existencia del citado error y se les convocó al acto público del día 6 de octubre, el órgano de contratación lo explica y justifica con todo detalle en el informe a ambos recursos. De acuerdo con dicho informe y con las actas de la mesa de contratación obrantes en el expediente, en cuanto la mesa detectó el error, contactó con los licitadores afectados para que entregasen lo antes posible la documentación requerida, sin agotar el plazo de un mes y tres días que, por error, se les había concedido; y en cuanto dispuso de dicha documentación, convocó a todos los licitadores para finalizar la apertura pública de las ofertas económicas. La forma de convocar a los licitadores a la reunión del 6 de octubre, a través de correo electrónico con acuse de recibo, era la más adecuada, pues garantizaba que todos se habían enterado. No tiene objeto la impugnación que formulan los recurrentes referente a no haberse realizado la convocatoria a través del diario oficial; una convocatoria de esas características no puede garantizar que llegue a conocimiento de todos los interesados, cosa que sí que se logró con el procedimiento seguido por la mesa. Y ya en el acto público, el presidente de la mesa invitó a todos los presentes a comprobar que el sobre que se iba a abrir se encontraba en el mismo estado exactamente en que se depositó en su momento. Este Tribunal entiende, por tanto, que la actuación de la mesa fue correcta en este punto.

Respecto al otro reproche, el relativo a la falta de parcialidad que provoca el hecho de que se proceda a la apertura de una oferta cuando ya se conoce el resto, y que ello vicia de nulidad el procedimiento, conviene aclarar lo siguiente:

Tal como se explicaba en la resolución 233/2011 de este Tribunal, que cita lo ya incluido en la 147/2011, “el artículo 1 de la LCSP establece entre sus fines el garantizar el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. En el mismo sentido el artículo 123 de la citada Ley señala que *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”*.”

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende 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. 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 de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).

A esta exigencia obedece que los artículos 129 y 144.1 de la LCSP, establezcan que las proposiciones de los interesados, conteniendo las características técnicas y económicas, deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

En fin son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 134. 2 de la Ley disponga que *“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”*, y que en su ejecución el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, disponga de un lado en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro el artículo 26 imponga que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor*

debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”.

Así pues, la razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica y demás criterios evaluables mediante fórmulas es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar por los técnicos, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, situación ésta que no se produce en el expediente de referencia por cuanto de acuerdo con lo dispuesto en los pliegos, los cuales no debemos olvidar que constituyen ley del contrato, la documentación a incluir en el sobre nº 3 no está sujeta a juicio de valor, cuestión ésta no discutida por ninguna de las partes.

En consecuencia, el conocimiento, respecto de la oferta presentada por DKV, de la documentación relativa a los criterios de adjudicación recogidos en los apartados b) y c) de la cláusula 3.2.1 del PCAP con motivo de la apertura del sobre nº 2 referido a documentación técnica no sujeta a valoración no supondrá una infracción de los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra la LCSP en cuanto que no existirá diferencia de trato o discriminación entre los licitadores, pues en este acto –apertura del sobre nº 2- la mesa se limita a comprobar que los licitadores en sus ofertas han incluido en la memoria explicativa de la ejecución del contrato los responsables en las relaciones a establecer con el Ministerio, los teléfonos de emergencia y los aspectos organizativos, aspectos éstos insistimos que no son objeto de valoración subjetiva. Por tanto, esa información del sobre nº 3 contenida en el sobre nº 2, no afecta a la objetividad de la actuación a realizar por los técnicos dado que en la fase de examen de la documentación técnica no existe valoración alguna, sino tal y como ya se ha señalado una comprobación de que se aporta la información exigida en los pliegos.

No obstante lo anterior, no puede negarse que para el supuesto aquí examinado – inclusión en el sobre nº 2 no sujeto a valoración subjetiva de documentación del sobre nº 3- constituye una irregularidad formal en el procedimiento establecido, si bien esta conducta no puede tener efectos invalidantes que conduzcan a la no valoración de la

documentación incluida por DKV en el sobre nº 2 puesto que no existe merma material alguna en las garantías de la contratación, pues como hemos visto no se ven afectados los principios de igualdad de trato y no discriminación antes citados, dado que la información que en su caso debe incluirse en el sobre nº 3 es documentación objetiva. En este punto interesa significar que no cualquier vicio procedimental, como es el caso que nos ocupa, genera la nulidad en este caso del acto de adjudicación siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal”.

En el caso que nos ocupa, el pliego de cláusulas administrativas determina los criterios de valoración de las ofertas en los términos siguientes:

L) CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

Único criterio de adjudicación: el **precio más bajo**. (En este caso los licitadores sólo deberán aportar la documentación en los sobres denominados como “**A**” y “**C**”)

Puntos del apartado: 100

A fin de determinar la oferta más ventajosa en su conjunto, se aplicarán las siguientes fórmulas, para cada uno de los precios ofertados:

- Vigilantes de seguridad: puntos del apartado 73

Fórmula: Mejor oferta x 73 puntos/Oferta a valorar

- Auxiliares de sala: puntos del apartado 27

Fórmula: Mejor oferta x 27 puntos/ Oferta a valorar

De acuerdo con lo expuesto, la lectura de una oferta en fecha posterior a la lectura del resto no podía influir en absoluto en la valoración de todas ellas, pues no existen aspectos en cuya evaluación intervengan juicios de valor.

Es más, como explica en sus informes el órgano de contratación, los precios de la oferta leída en acto público el 6 de octubre eran superiores a los de la oferta más ventajosa que se había abierto el 29 de septiembre. Defiende el órgano de contratación que en ningún

momento se había podido manipular el resultado, tal como pretendían las recurrentes, ni se había alterado el resultado de la licitación.

A mayor abundamiento, en la clasificación global de las ofertas por orden de puntuación, las ahora recurrentes ocupan los puestos cuarto y séptimo, con 93,65 y 91,70 puntos respectivamente, mientras que la UTE Serramar-Damaterra (cuya oferta se leyó el 6 de octubre) quedó en la quinta posición con 93,12 puntos. En ningún caso las UTEs licitadoras en las que participaban las ahora recurrentes hubieran resultado adjudicatarias de la presente licitación. El Tribunal considera que la mesa de contratación actuó en todo momento conforme a derecho.

El Tribunal no entra a valorar los comentarios de ambas recurrentes, una en el escrito de recurso y la otra en el escrito de alegaciones, referentes a supuestas deficiencias de los pliegos, por no ser el momento procesal pertinente para formular tales planteamientos.

Séptimo. El órgano de contratación plantea en sus informes que ambas recurrentes son actualmente adjudicatarias de diversos contratos de vigilancia en dependencias del Patrimonio Nacional, y “obtendrían un considerable beneficio” al alargar el mantenimiento de dichos contratos mediante la presentación de los actuales recursos y la paralización consiguiente del procedimiento. Y más todavía con la pretendida convocatoria de un nuevo procedimiento, lo cual sería además lesivo para todos los licitadores al conocer todos los importes de las empresas participantes en el primer proceso. Considera el órgano de contratación que todo ello causa un grave perjuicio a la Administración y solicita que se estudie la aplicación de medidas cautelares en virtud de la apreciación de mala fe.

El artículo 317.5 de la Ley 30/2007 (artículo 47 del Texto Refundido) establece que “En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios de Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística.”

Habida cuenta de la vaguedad de las argumentaciones de los escritos de recurso de ambas recurrentes, de que no cuestionan ningún error del procedimiento que, de no haber existido, les hubiera convertido en adjudicatarias, de que no prueban en absoluto ninguna de sus afirmaciones sobre discriminación o falta de trato igual a todos los licitadores, este Tribunal comparte el planteamiento del órgano de contratación en cuanto a que el único sentido que cabe deducir de los dos escritos de recurso que se están analizando es el de paralizar el procedimiento de adjudicación y con ello ampliar el plazo de vigencia de sus actuales contratos.

Por todo ello, considera el Tribunal que resultan de aplicación las previsiones del artículo 317.5 de la Ley 30/2007 antes citado, por lo que procede la imposición de una multa a ambas recurrentes.

En cuanto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación, situándose en todo caso entre 1.000 y 15.000€. Este Tribunal considera que la mala fe está fuera de toda duda ya que ninguno de los argumentos de las recurrentes resulta mínimamente defendible. Y en relación con el perjuicio causado al órgano de contratación, éste dependerá de si resulta necesario o no, para cumplir los plazos establecidos por la normativa de contratación, ampliar la vigencia de los actuales contratos, cuyo importe mensual (367.185 €/mes los tres contratos de CASESA y 116.060 €/mes el contrato de GARDA) supera en cerca de 22.000€ el coste mensual medio del nuevo contrato. Entiende no obstante el Tribunal que, habiéndose resuelto ya la adjudicación, puede quedar plazo suficiente para suscribir el contrato dentro del presente año 2011 y comenzar su ejecución el 1 de enero de 2012. Por ello, fija el importe de la multa en 3.000 € para cada una de las recurrentes.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D. F.J.G.S en representación de Castellana de Seguridad S.A.U. (CASESA) y D. C.V.T en representación de GARDA, Servicios de Seguridad, S.A., contra la adjudicación del contrato del "Servicio de

vigilancia, seguridad y atención al público en diversas dependencias del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional”,

Segundo. Imponer a Castellana de Seguridad S.A.U una multa de tres mil euros (3.000€), e imponer a GARDA, Servicios de Seguridad, S.A. una multa de tres mil euros (3.000 €), por actuación de mala fe.

Tercero. Levantar la suspensión automática producida en aplicación del entonces vigente artículo 315 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, (hoy 45 del texto refundido) al amparo de lo dispuesto en el vigente artículo 47.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.