RE 041/2017

Acuerdo 35/2017, de 20 de marzo de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por SUMAHER, S.A, frente al Acuerdo de adjudicación en el procedimiento de licitación denominado contrato de suministro de máquina barredora para el servicio municipal de limpieza viaria, promovido por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Sabiñánigo (Huesca).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – El 17 de octubre de 2016 se publicó en el Boletín Oficial de la provincia de Huesca, el anuncio de licitación y los Pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de una máquina barredora para el Servicio de Limpieza Viaria», promovido por el Ayuntamiento de Sabiñánigo.

Se trata de un contrato de suministro, tramitado mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria, con un criterio de adjudicación, y con valor estimado de 123 966,94 de euros, IVA no incluido.

SEGUNDO. - Finalizado el plazo de presentación de proposiciones el 8 de noviembre de 2016, se presentan 4 licitadores. El 11 de noviembre de 2016, se reúne la Mesa de contratación para analizar la documentación administrativa presentada por éstos. A la vista de los precios ofertados,

se proceder por la Mesa a comprobar si alguno de los licitadores ha presentado proposición que pudiera ser considerada anormalmente baja o desproporcionada de acuerdo con los criterios señalados en el apartado N del Cuadro- Resumen de los Pliegos. El 23 de noviembre de 2016, una vez efectuados los cálculos pertinentes, se consideran anormalmente bajas las ofertas presentadas por la empresa AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A, y la empresa SUMAHER, S.A, y a su vez exige una justificación de estas.

Posteriormente, la Mesa advierte error en la aplicación del artículo 85.4 Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto1098/2001 de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), debido a que uno de los licitadores, con nombre EMOPYC, S.L, supera en 10 unidades porcentuales la media, así pues, se procede a realizar otra media sin tener en cuenta ésta, por lo que las ofertas presentadas por AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A, y SUMAHER, S.A, no son consideradas bajas desproporcionadas y, por ello, la Mesa no tiene en cuenta sus justificaciones.

El mismo día, considerándose que existe un empate entre las ofertas más económicas, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante LMCSP), el empate se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que ésta no sea inferior a 2 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que éste no sea superior al 10 por 100, y persistiendo el empate, a favor de la empresa

que acredite la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género, o, en última instancia, a través de un sorteo.

Así pues, se concede a las empresas SUMAHER, S.A, y AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A, por plazo de cinco días naturales, desde la comunicación a través del medio que permita tener constancia de su recepción, de la documentación exigida, que deberá ser aportada en sobre cerrado para proceder a su apertura, para su valoración. Además, la Mesa acuerda con base a los Pliegos de Cláusulas Administrativas, que aporten los documentos que acrediten las características técnicas de la máquina barredora exigidos en los Pliegos de Prescripciones Técnicas.

TERCERO. - El día 2 de diciembre de 2016, se reúne la Mesa para la apertura de las ofertas presentadas. Recibida la documentación requerida a las empresas AEBI SCHMIDT, S.A, y SUMAHER, S.A, en tiempo y forma, al objeto de poder deshacer el empate producido en las ofertas económicas, resulta:

EMPRESA	Nº Discapacitados	Nº Trabajadores Temporales	Prácticas Igualdad de Género
AEBI SCHMDIT IBÉRICA	0	0	0
SUMAHER	0	0	0

Puesto que el empate persiste, con base al artículo 12 de la LMCSP, se procede a realizar un sorteo introduciendo el nombre de las dos empresas en una urna y al azar se elige a AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A, A tales efectos, se concede a ésta un plazo de 3 días para presentar la documentación técnica de la máquina barredora, con el fin de remitirla a los servicios técnicos para comprobar que reúne los requisitos del Pliego de prescripciones técnicas particulares.

Una vez estudiada la documentación técnica presentada por la citada empresa y comprobado que cumple con los requisitos expresados en el Pliego, se dicta Resolución el 11 de enero de 2017 proponiendo como adjudicatario económicamente más ventajoso a AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A. Con fecha 30 de enero de 2017 se entrega por parte del adjudicatario la documentación justificativa de hallarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

El 8 de febrero de 2017 se adjudica el contrato de suministro por la Junta Local del Ayuntamiento de Sabiñanigo de una barredora, de acuerdo con las condiciones detalladas en el Pliego de Condiciones y Prescripciones técnicas, a la empresa AEBI SCHMIDT IBÉRICA, S.A, por el precio de 98 010 euros, IVA incluido, cuyo importe asciende a 17 010 euros.

CUARTO.- El 27 de febrero de 2017, tiene entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. José Alfonso De Miguel Pérez, en nombre y representación de la mercantil SUMAHER, S.A, frente al Acuerdo de adjudicación del contrato de «Suministro de una máquina barredora para el Servicio de Limpieza Viaria», recaído a favor de la empresa AEBI SCHMIDT IBERICA S,A., y promovido por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Sabiñánigo(Huesca).

El recurso alega, en primer lugar, una errónea valoración en los criterios de valoración otorgada a SUMAHER, S.A., pues se le concede una puntuación de 0 puntos, pese a reconocerse que ha sido entregada en tiempo y forma la documentación requerida, y constar en el expediente que la empresa perjudicada no tiene ni un solo trabajador temporal y, por tanto, es imposible que no tenga ningún punto por ese concepto,

en relación con lo previsto en el artículo 12 de la LMCSP. A tales efectos, considera que el desempate debía haber sido resuelto a su favor por no tener trabajadores temporales y siendo en consecuencia un porcentaje inferior al 10 por 100.

En segundo lugar, el recurrente considera que el sorteo efectuado no cumplió con los criterios exigibles de publicidad, transparencia y no arbitrariedad. Argumenta que, no se respetan los principios establecidos en los artículos 1 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y 3 de la LMCSP aragonesa, pues ni fue realizado en acto público, ni se advirtió ni se comunicó a las licitadoras de que persistía el empate tras la aplicación de los criterios "sociales" sobre contratación. Como consecuencia de ello, tampoco se especificó el lugar, la fecha y la hora del sorteo. Además, no hay garantías de que el resultado del sorteo hubiera sido verdaderamente aleatorio. Así pues, el recurrente se apoya en doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su resolución 159/2011, poniendo de relieve la exigencia del sorteo en un acto público y, también en el Informe 7/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, como garantía de los principios de publicidad, transparencia y no discriminación.

Por lo anteriormente expuesto, solicita la estimación del recurso declarando contrario a derecho el acuerdo de adjudicación impugnado y; subsanación del error en la valoración, en relación con el criterio de que no tiene ningún trabajador temporal, adjudicando el contrato a ésta. Subsidiariamente, se solicita que se retrotraigan las

actuaciones al momento previo del sorteo, ordenando que este se efectúe conforme a los principios de transparencia, publicidad y no arbitrariedad.

QUINTO.- El 28 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón solicita al órgano de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor del expediente. El 2 de marzo de 2017 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

SÉPTIMO.- El 3 de marzo de 2017, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

OCTAVO.- El 15 de marzo de 2017, tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón escrito de alegaciones interpuesto por D. Pablo Hernández Fernández en nombre y representación de AEBI SCHIDT IBERICA, quien, en síntesis, rebate los argumentos del recurso presentado y solicita su desestimación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de SUMAHER, S.A para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la LMCSP, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El recurso se plantea además en tiempo y forma.

SEGUNDO.- El recurrente alega, como primer motivo del recurso, una valoración errónea en la aplicación de los criterios de valoración a SUMAHER, S.A., ya que se le asigna una puntuación de 0 puntos, pese a reconocerse y constar en el expediente que la empresa no tiene ni un solo trabajador temporal y, por tanto, es imposible que no tenga ningún punto por ese concepto, en relación con lo previsto en el artículo 12 de la LMCSP. A tales efectos, considera que el desempate debía haber sido resuelto a su favor por no tener trabajadores temporales y siendo en consecuencia un porcentaje inferior al 10 por 100.

La realidad es que el recurrente realiza una errónea interpretación de la tabla que reúne los datos de los trabajadores para deshacer el empate producido en las ofertas económicas. La tabla contiene la siguiente información:

EMPRESA	Nº Discapacitados	Nº Trabajadores Temporales	Prácticas Igualdad de Género
AEBI SCHMDIT IBÉRICA	0	0	0
SUMAHER	0	0	0

Lo que indica la tabla es que ninguna de las empresas tiene trabajadores discapacitados (0 trabajadores), ni trabajadores

temporales (0 trabajadores); y que ninguna realiza prácticas de igualdad de género. Por esta razón no se asigna a las empresas ninguna puntuación, de manera que persiste el empate entre las dos licitadoras.

Dicho de otra manera, si se asignase alguna puntuación, cosa difícil de imaginar —pues no se dan las circunstancias que exige el artículo 12 de la LMCSP— habría de ser la misma puntuación a las dos empresas licitadoras.

En consecuencia procede rechazar este motivo de recurso, sin que sea necesario hacer mayores consideraciones.

TERCERO.- En segundo lugar, el recurrente entiende que el sorteo efectuado por la Mesa de contratación no cumplió con los criterios exigibles de publicidad, transparencia y no arbitrariedad. Argumenta que, no se respetan los principios establecidos en los artículos 1 TRLCSP y 3 LMCSP, pues ni fue realizado en acto público, ni se advirtió ni se comunicó a las licitadoras de que persistía el empate tras la aplicación de los criterios "sociales" sobre contratación. Como consecuencia de ello, tampoco se especificó el lugar, la fecha y la hora del sorteo. Además, no hay garantías de que el resultado del sorteo hubiera sido verdaderamente aleatorio.

El recurrente se apoya y aduce la resolución 159/2011, de 8 de junio de 2011, del TACRC, y, el Informe 7/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El artículo 12 LMCSP, establece:

> *«Cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación se produjera un empate en la puntuación entre dos o más licitadores*

> *y no se hayan previsto criterios de desempate, o cuando previstos y aplicados el empate persistiera, este se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que este no sea inferior al 2 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que este no sea superior al 10 por 100, y persistiendo empate, a favor de la empresa que acredite la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género, o, en última instancia, a través de un sorteo.*
> *A tal efecto, la Mesa de contratación o la unidad gestora del contrato requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas, otorgándoles un plazo mínimo de cinco días naturales para su aportación».*

Téngase en cuenta que la disposición adicional octava de la LMCSP establece:

> *«Lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 12 bis, 12 ter y 13 de esta Ley será de aplicación a las entidades locales aragonesas y a sus organismos públicos y demás entidades vinculadas o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador, hasta la aprobación de su legislación específica sobre contratación del sector público».*

Así pues, la Mesa de contratación en el procedimiento de licitación del contrato, actúa en cumplimiento del mandato de una ley.

De manera que no puede aducirse, como argumento favorable a la pretensión del recurrente, la Resolución 159/2011, de 8 de junio de 2011, del TACRC, puesto que allí se dilucidaba un supuesto distinto en el que se cuestionaba la utilización del método de sorteo para deshacer un empate de puntuación entre dos proposiciones, por considerar el recurrente que dicha actuación infringía los principios de legalidad, objetividad, arbitrariedad y subsidiariedad y que se vulneraban sus derechos por resolverse la adjudicación mediante un sistema no reglado en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Y es

evidente, como ya se ha afirmado, que aquí la Mesa de contratación actúa en cumplimiento del mandato de la LMCSP.

El recurrente tampoco menciona qué disposición legal resulta vulnerada por la aplicación y realización del sorteo en la forma que se ha llevado a cabo. Y conforme al conocido aforismo jurídico «*donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus)*». La LMCSP exige que el sorteo se lleve a cabo por la Mesa de contratación, cuando se den las circunstancias descritas en su artículo 12. Y esto es lo que se ha hecho.

En este sentido cabe señalar la previsión del artículo 87.2 RGLCAP, que admite la posibilidad de acudir al sorteo para decidir la adjudicación en caso de igualdad entre dos proposiciones, referido, en ese caso, a la subasta, porque es el supuesto en el que existen más posibilidades de que se produzca la igualdad de puntuación entre distintas proposiciones. En particular dispone este precepto reglamentario:

> «*2. La mesa de contratación concretará expresamente cuál sea la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa sobre la que formulará propuesta de adjudicación del contrato. En las subastas, si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación de éstas mediante sorteo*».

Ninguna de las normas analizadas, ni la LMCSP ni el RGLCAP, exigen que el sorteo se haga de forma pública, en la forma que indica el recurrente; sino que lo lleve a cabo la Mesa de contratación en el ejercicio de sus atribuciones.

La Mesa de contratación es un órgano colegiado de carácter técnico, establecido legalmente con el objeto de auxiliar al órgano de

contratación para seleccionar al licitador que haya formulado la oferta económicamente más ventajosa, que será el que la Mesa propondrá al órgano de contratación como adjudicatario del contrato. Es decir, debido a su carácter técnico sus funciones, legal y reglamentariamente, se circunscriben a llevar a cabo las actuaciones precisas para ayudar a que el órgano de contratación forme su voluntad en cuanto a la adjudicación del contrato. Y entre estas funciones se encuentra la de realizar los sorteos a que hace referencia la LMCSP.

Conviene recordar asimismo la obligación de publicar la composición de Mesa de Contratación en el «perfil de contratante del órgano de contratación» con una antelación mínima de siete días con respecto a la reunión, como queda acreditado en el expediente de procedimiento examinado, que se debe celebrar para calificar la documentación acreditativa de los requisitos previos. Con ello no se hace otra cosa que materializar los principios de publicidad y transparencia proclamados en el artículo 1 TRLCSP, ya que de esta manera los licitadores pueden ejercer su legítimo derecho de recusación respecto a los miembros que componen la Mesa.

Y téngase en cuenta que de la Mesa de contratación de las entidades locales forman parte, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico y el Interventor, cuya actuación es garantía del cumplimiento formal y material de las disposiciones que rigen la licitación; y que tienen atribuida la presunción de veracidad. En virtud de dicha presunción se consideran dotadas de valor probatorio, y por ello ciertas, las manifestaciones relativas a hechos constatados por estos funcionarios en los documentos administrativos, salvo prueba en contrario por quien

se oponga a las mismas.

Pues bien, tanto en el acta de la sesión de la Mesa de contratación de 2 de diciembre de 2016 —Suscrita por el Presidente de la Mesa, la Aparejadora municipal, La Secretaria General del Ayuntamiento, la Interventora del Ayuntamiento y la Secretaria de la Mesa— como en el Informe de la Secretaria General del Ayuntamiento de 2 de marzo de 2017, que acompaña la remisión del expediente administrativo del procedimiento licitatorio, se da testimonio del procedimiento del sorteo (mediante una urna y al azar), que acreditan y garantizan la objetividad e imparcialidad de la forma de proceder, la aleatoriedad del sorteo así como la publicidad y transparencia.

Y es que, por imperativo legal, las sesiones de la Mesa de contratación —salvo la de calificación de la documentación administrativa, que puede pero no tiene por qué serlo— son públicas. Y así lo dispone el TRLCSP respecto del acto de apertura de proposiciones conforme a los artículos 160.1 y 168 TRLCSP, 22. c) y 27.1 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 y 83.1 del RGLCAP.

En cuanto a la alegación de que el Informe 7/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, afirma que «*En todo caso el sorteo deberá realizarse en condiciones que garanticen la publicidad y el tratamiento igual a los licitadores*»; cabe indicar que de dicho informe, que es anterior a la LMCSP, no puede deducirse ni concluirse que la actuación de la Mesa de contratación incumplió los criterios exigibles de publicidad, transparencia y no arbitrariedad.

Finalmente, y es cierto, hubiera sido recomendable que la Mesa de contratación hubiera comunicado a las licitadoras que persistía el empate, tras la aplicación de los criterios "sociales" sobre contratación; y les hubiera indicado el lugar, la fecha y la hora del sorteo. Pero esta omisión, no vicia el procedimiento del sorteo de invalidez.

Procede pues, por cuanto se ha afirmado, desestimar también este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por por D. José Alfonso De Miguel Pérez, en nombre y representación de la mercantil SUMAHER, S.A, frente al Acuerdo de adjudicación en el procedimiento de licitación denominado «Contrato de suministro de una máquina barredora para el Servicio de Limpieza Viaria», promovido por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Sabiñánigo (Huesca).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.