

Recurso 356/2019

Resolución 91/2020

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

Sevilla, 13 de marzo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ÓBOLO S. COOP. AND. DE INTERÉS SOCIAL** contra el acuerdo, de 5 de septiembre de 2019, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “Servicios de ayuda a domicilio” (Expte. 19-19), convocado por el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de junio de 2019 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea n.º 2019/s 119-292475, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 4.337.520 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el 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 por 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 6 de agosto de 2019, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ÓBOLO S. COOP. AND. DE INTERÉS SOCIAL (en adelante ÓBOLO), indicando que el mismo se interpone -según se manifiesta- contra la adjudicación, la propuesta de adjudicación y -de forma indirecta- contra los pliegos rectores del procedimiento. Dicho recurso fue tramitado con el número 317/2019.

Por Resolución 279/2019, 10 de septiembre, de este Tribunal, se acuerda la inadmisión del citado recurso -317/2019- por no resultar el objeto de la impugnación un acto de trámite cualificado susceptible de recurso independiente.

CUARTO. El órgano de contratación, mediante acuerdo de 5 de septiembre de 2019, adjudica el contrato a la entidad CLAROS S. COOP. AND. DE INTERÉS SOCIAL (en adelante CLAROS).

El 12 de septiembre de 2019, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ÓBOLO contra dicho acuerdo de adjudicación. Este último recurso se ha tramitado con el número 356/2019.

La recurrente indica en su escrito que la interposición del presente recurso especial conlleva la suspensión automática del procedimiento de contratación.

QUINTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 13 de septiembre de 2019 se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le solicitó el informe sobre el mismo así como la documentación



necesaria para su tramitación y resolución, la cual tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 30 de septiembre de 2019.

SEXO. Con fecha 7 de octubre de 2019, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por las entidades CLAROS y SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.A. (en adelante SERVISAR). En este sentido, la entidad CLAROS, entre otras cuestiones, alega falta de legitimación ad causam de la recurrente.

SÉPTIMO. Previa solicitud por el órgano de contratación de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación, este Tribunal, por Resolución, de 8 de octubre de 2019, acordó su mantenimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, 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.

En el supuesto examinado, el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, a requerimiento de la Secretaría de este Tribunal, ha enviado la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso; por tanto, aun cuando no ha manifestado expresamente que carezca de órgano propio para resolverlo, la remisión de la documentación relativa al mismo indicando que este es enviado para su resolución, pone de manifiesto que no dispone de aquel, y ello determina que corresponda a este Tribunal la resolución del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.



SEGUNDO. Procede determinar ahora si el recurso se refiere a alguno de los supuestos 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 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación, según consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, 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 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

TERCERO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, aun computando desde el 5 de septiembre de 2019, fecha del acuerdo de adjudicación, el recurso presentado el 12 de septiembre de 2019 en el registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

CUARTO. Desde un punto de vista formal, ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio del análisis que se efectúa a continuación.

Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo, de 5 de septiembre de 2019, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo, se declare la nulidad del procedimiento de licitación en su totalidad, conforme a lo expuesto en el cuerpo del recurso. Funda el recurso en que, a su juicio, existe una diferencia en el número de personas trabajadoras a subrogar recogida en el PCAP y la prevista en el estudio económico de costes elaborado por el propio órgano de contratación.

En este sentido, con carácter previo al examen del fondo del recurso ha de analizarse el alegato de falta de legitimación ad causam esgrimido por la entidad interesada CLAROS.

Así las cosas, en el acuerdo de adjudicación de 5 de septiembre de 2019 se dispone con respecto a la entidad ahora recurrente *«que pese a haber obtenido la mejor puntuación total 100 puntos (oferta económica:*



49,00 puntos; resto de criterios no sujetos a juicio de valor: 51,00 puntos), no acreditó, tras habersele solicitado en primera instancia, el cumplimiento de todos y cada uno de los extremos contenidos en el requerimiento de la documentación», circunstancia que pone de manifiesto el órgano de contratación en su informe al recurso, la entidad interesada CLAROS en su escrito de alegaciones y se infiere claramente de los antecedentes del recurso.

Consta, pues, de forma clara que la oferta de ÓBOLO fue excluida de la licitación por no dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 150.2 de la LCSP que dispone que «*Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta (...).*

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas».

Pues bien, queda claro que la oferta de la ahora recurrente fue excluida de la licitación, sin que dicha exclusión haya sido atacada con ocasión del presente recurso contra la adjudicación, pues su pretensión es que se anule el procedimiento de licitación, por lo que ha de considerarse que el acto de exclusión ha devenido firme.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sostiene que en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, las entidades licitadoras tienen un interés legítimo en que se excluya la oferta de las otras para obtener el contrato, con independencia del número de entidades participantes en el procedimiento y del número de ellas que haya interpuesto recurso.

En concreto, en el apartado 24 de la Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2016, PFE, asunto C-689/13, se dispone que «*En el apartado 33 de la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), el Tribunal de Justicia consideró que el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador rechazado en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento, dado que, en tal hipótesis, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los demás, lo que puede llevar a la constatación de que el poder*



adjudicador no puede proceder a la selección de una oferta adecuada». Asimismo, en los apartados 26 y 27 de dicha Sentencia de 5 de abril de 2016 se dispone que «26 La anterior sentencia [Fastweb asunto C-100/12] concreta las exigencias de las disposiciones del Derecho de la Unión citadas en el apartado 23 de la presente sentencia en circunstancias en las que, a raíz de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dos licitadores interponen sendos recursos para lograr la exclusión del otro licitador.

27 En tal situación, cada uno de los licitadores tiene un interés en lograr un contrato determinado. En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que el otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de los dos licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, de este modo, obtener indirectamente el contrato.».

Sin embargo, en la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, asunto C355/15, se dispuso que es admisible que una licitadora que ha sido excluida de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando la licitadora excluida y la adjudicataria del contrato son las únicas que han presentado ofertas y aquella licitadora sostiene que la oferta de la adjudicataria también debería haber sido rechazada.

En concreto en el apartado 33 y siguientes de la citada Sentencia de 21 de diciembre de 2016 se establecía:

«33 De ello se infiere que el principio jurisprudencial sentado en las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), y de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), no es aplicable a la situación procesal y contenciosa controvertida en el litigio principal.

34 Procede observar, por añadidura, que, como resulta de los artículos 1, apartado 3, y 2 bis de la Directiva 89/665, ésta garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada.

35 En estas circunstancias, no cabe interpretar el artículo 1, apartado 3, de la mencionada Directiva en el sentido de que se opone a que a un licitador como el consorcio se le niegue el acceso al recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, en tanto en cuanto deba considerarse a dicho consorcio un licitador definitivamente excluido en el sentido del artículo 2 bis, apartado 2, párrafo segundo, de la misma Directiva.



36 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, proceder responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.».

Igualmente, la doctrina del Tribunal Supremo (valga por todas la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 18 de abril de 2012) señala que una vez que la recurrente fue excluida del procedimiento de contratación y consintió dicha exclusión, se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carece de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo.

En definitiva, en tanto que la entidad ÓBOLO ha sido excluida del procedimiento de contratación, no habiendo combatido tal decisión en el presente recurso contra la adjudicación, debe entenderse que aquella ha adquirido carácter definitivo, a falta de otro dato obrante en el expediente que lo desvirtúe, de modo que ningún beneficio puede obtener ya en el seno del procedimiento cuya adjudicación impugna.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, al constar la falta de legitimación de la recurrente, procede inadmitir el recurso por tal causa, lo que impide entrar a conocer los motivos de fondo en que se ampara.

Procede, pues, la inadmisión del recurso interpuesto por ausencia de interés legítimo.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ÓBOLO S. COOP. AND. DE INTERÉS SOCIAL** contra el acuerdo, de 5 de septiembre de 2019, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “Servicios de ayuda a domicilio” (Expte. 19-19),



convocado por el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María (Cádiz), por falta de legitimación de la recurrente.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 8 de octubre de 2019.

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 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

