

Recurso 314/2020

Resolución 435/2020

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

Sevilla, 3 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GLOBAL SERVICIOS UNION DE DISCAPACITADOS PARA EL EMPLEO Y LA FORMACIÓN, S.L.**, respecto a la Resolución, de 17 de septiembre de 2020, de la Dirección General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, dictada en relación al contrato denominado “Servicios de recepción, conserjería e información, limpieza y mantenimiento del Centro de empresas RETSE Cádiz, en el Parque Tecnológico TecnoBahía (Cádiz)”, (Expte. 12/2019-EISE-SA), respecto al Lote 1, convocado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), ente instrumental adscrito a la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de octubre 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, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, en fechas 21 y 26 de noviembre de 2019 se publican en el perfil de contratante y en el citado



Diario Oficial la resolución de 21 de noviembre de 2019, del Director General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (en adelante, IDEA) de rectificación del anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) relativo a la información relativa a la subrogación de trabajadores y la correspondiente ampliación del plazo de presentación de ofertas.

El valor estimado del contrato asciende a 319.468,20 euros.

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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, mediante resolución de 1 de julio de 2020 del Director General de IDEA, se acuerda adjudicar el lote 1 del contrato licitado a la entidad GLOBAL SERVICIOS UNION DE DISCAPACITADOS PARA EL EMPLEO Y LA FORMACIÓN, S.L., (en adelante, GLOBAL SERVICIOS).

La citada resolución de adjudicación de 1 de julio de 2020, ha sido publicada en el perfil de contratante el 2 de julio de 2020 y notificada a la entidad recurrente y restantes licitadoras en idéntica fecha.

Con fecha 8 y 9 de julio de 2020, la entidad GLOBAL SERVICIOS, solicita al órgano de contratación información actualizada sobre los contratos vigentes respecto a los servicios licitados, la cual le es remitida previa petición a la entidad prestataria del servicio.

El 30 de julio de 2020, la entidad recurrente presenta escrito ante el órgano de contratación, poniendo de manifiesto su dificultad para formalizar el presente contrato debido a la falta de coincidencia entre los datos facilitados por la empresa saliente respecto a las condiciones laborales de su personal y los publicados en



su momento en el perfil de contratante.

El 26 de agosto de 2020, el órgano de contratación requiere a la entidad recurrente para que el día 31 de agosto de 2020 formalice el contrato adjudicado a esta, correspondiente al Lote 1, petición que es reiterada el 28 de agosto.

Posteriormente el 31 de agosto de 2020, se levanta acta, para dejar constancia de la no presentación de la empresa GLOBAL SERVICIOS en las dependencias de la Agencia en el día y hora señalados para la formalización del contrato correspondiente.

Con fecha 7 de septiembre de 2020, la entidad recurrente remite correo electrónico al órgano de contratación solicitando la comunicación de fecha y hora para la firma del contrato adjudicado.

El 17 de septiembre de 2020, el órgano de contratación dicta resolución como consecuencia de la no formalización del contrato licitado respecto del lote 1, por causa imputable a la recurrente, en la que acuerda *“PRIMERO.- Exigir, en concepto de penalidad, el 3 por ciento del presupuesto base de licitación, esto es, (...) a la licitadora GLOBAL SERVICIOS – UNION DE DISCAPACITADOS PARA EL EMPLEO Y LA FORMACIÓN, S.L. e iniciar los trámites sobre el procedimiento de prohibición de contratar, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.2. b) de la LCSP así como en los Pliegos que rigen el presente procedimiento, como consecuencia de la no formalización del contrato por causa imputable al contratista, al no haberse presentado la adjudicataria en el día y la hora señalada en el requerimiento, de conformidad con lo expuesto en los antecedentes de la presente.*

SEGUNDO.- Ordenar que se requiera al siguiente licitador, por el orden que han quedado clasificadas las ofertas, la documentación establecida en la cláusula 10.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.(...)”

La citada resolución de 17 de septiembre de 2020, ha sido notificada a la entidad recurrente el 18 de septiembre de 2020 y publicada en el perfil de contratante el 2 de octubre de 2020.

El 21 de septiembre de 2020, el órgano de contratación requiere la documentación previa a la adjudicación



a la entidad EULEN, S.A., -segunda clasificada-.

CUARTO. El 8 de octubre de 2020 la entidad GLOBAL SERVICIOS, presentó en el Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de 17 de septiembre de 2020, de la Dirección General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, dictada como consecuencia de la no formalización del contrato respecto del lote 1.

QUINTO. Por la Secretaría de este Tribunal, el 8 de octubre de 2020 se le dio traslado al órgano de contratación del recurso especial interpuesto y le solicitó el expediente de contratación, el informe al mismo y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada fue recibida en el Registro de este Tribunal el 21 de octubre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP, respecto del lote 1.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar 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 licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, cumpliendo así lo dispuesto en el artículo 44 apartado 1.a).



Respecto al acto recurrido, procede ahora analizar si la resolución del órgano de contratación, de 17 de septiembre de 2010, impugnada -dictada como consecuencia de la no formalización del contrato licitado, respecto al lote 1- es un acto susceptible de impugnación por medio de recurso especial.

Al respecto, el artículo 44.2 b) de la LCSP dispone que podrán ser objeto del recurso: *«Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»*

Sobre la posibilidad de que la no formalización del contrato sea un acto de trámite susceptible de recurso especial en materia de contratación se han pronunciado recientemente diversos órganos de resolución de recursos contractuales.

En este sentido, la Resolución 69/2017, de 1 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, argumenta que *«la no formalización del contrato debe considerarse como un acto de trámite que impide al recurrente no ya continuar, sino culminar el procedimiento de licitación ya que dicha actuación de carácter formal, aunque de evidente calado sustantivo, es habilitante de la ejecución del contrato y por tanto dota de auténtica eficacia a la adjudicación, de manera que su falta determina de facto volver en el iter procedimental al lugar que ocupa la adjudicación»*. Con base en la anterior argumentación el mencionado órgano considera que la admisión del recurso especial en esta fase del procedimiento obedece a preservar su efecto útil, manteniendo la posibilidad de revisar en esta fase cualquier acto que pudiera suponer una adjudicación directa ilegal.

Este criterio es mantenido también en la Resolución 1203/2018, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se viene a concluir que si bien es posible la impugnación de la *«no formalización del contrato»* no resulta posible la impugnación del acto de



formalización puesto que en este caso se trata de un acto de trámite que no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación sino que documenta lo en ella acordado.

En este sentido, este Tribunal en su Resolución 224/2019, de 4 de julio, dispone que *“Por tanto, a la vista de la doctrina analizada cabría en principio entender que el acto del órgano de contratación en el que entiende que ha retirado su oferta al no haber formalizado el contrato en el plazo concedido es susceptible de impugnación mediante el recurso especial; sin embargo, en el presente supuesto hay que atender a que la recurrente -a diferencia del supuesto analizado en la mencionada Resolución 69/2017- solicita a este Órgano -entre otras cuestiones- que declare la retirada de su oferta como justificada y no que se realice un pronunciamiento concreto sobre la adjudicación del contrato a su favor o que se evite una posible adjudicación ilegal.*

Es decir, como manifestó este Tribunal ante un supuesto muy similar en la Resolución 154/2015, de 28 de abril, el recurso se dirige formalmente contra los propios actos de la recurrente que el órgano de contratación no hace más que reconocer y declarar sus efectos.(...)

En este sentido, la extensión del recurso especial a actos posteriores a la adjudicación y anteriores a la formalización ha de ser objeto de una interpretación estricta, limitada a aquellos supuestos en los que se denuncien infracciones en el procedimiento de selección del contratista, como sería el caso en el que la recurrente pretenda combatir el acto que le impide formalizar el contrato al dejar sin efecto la adjudicación en su favor, y llevar a cabo una nueva adjudicación que considera ilegal, circunstancia que no concurre en el presente caso”.

Pues bien, en el presente supuesto, la recurrente pone de manifiesto en su escrito de recurso, que si bien la resolución impugnada se fundamenta en la no formalización del contrato en el plazo señalado al efecto por causas a él imputables, considera que esa “imputabilidad” a la que se refiere el artículo 153 de la LCSP, requiere la ausencia de cualquier justificación que impida la formalización del contrato, lo que a su juicio no acontece en el presente supuesto.

Al respecto, pone de manifiesto en síntesis en su escrito de recurso que con posterioridad a que se le adjudicara el lote 1 y antes de que fuera requerida para la formalización del correspondiente contrato,



tiene conocimiento de que se han modificado las condiciones laborales de los trabajadores adscritos al servicio -en concreto dos trabajadores con categorías de conserje y ordenanza respectivamente, respecto a los que no resultaba de aplicación convenio alguno que obligara a la adjudicataria del servicio licitado a subrogarse en sus contratos de trabajo-, lo que implica, a su juicio una alteración considerable de los términos en los que había formulado su oferta, estando obligada a asumir a dos trabajadores no discapacitados con la consiguiente imposibilidad de beneficiarse de bonificaciones e incentivos, afectando asimismo a la viabilidad de la misma.

Asimismo, considera que el desfase en los costes producidos está motivado por una información inadecuada no imputable a la entidad recurrente y si al órgano de contratación no quedando en ningún caso cubierta dicha circunstancia por el principio de riesgo y ventura.

Por lo tanto, entiende que siendo la información facilitada en el momento de formular su oferta -respecto de las condiciones laborales de los trabajadores que venían prestando el servicio objeto de contratación- incorrecta o, al menos distinta de la existente con posterioridad a la adjudicación, circunstancia que, a su juicio, en modo alguno le es imputable, su incomparecencia a la firma del presente contrato esta justificada, no pudiendo considerar su actuación como dolosa o culpable, entendiéndose que la penalidad del 3% impuesta con ocasión de la resolución impugnada constituye una sanción encubierta, cuya imposición requiere de la concurrencia del principio de culpabilidad.

Tras las manifestaciones realizadas, la recurrente solicita a este Tribunal que declare la no conformidad a derecho de la resolución impugnada, dejando la misma sin efecto.

Pues bien, de lo expuesto se evidencia que la finalidad perseguida por la recurrente con el presente recurso, no es la adjudicación del contrato a su favor, puesto que no pretende que aquella despliegue sus efectos con la formalización del contrato, sino que por el contrario atendiendo a su solicitud lo que pretende es la nulidad de los efectos derivados de su propia actuación, por cuanto lo único que hace el órgano de contratación con ocasión de la resolución impugnada es reconocer y declarar los efectos de la no formalización del contrato por la entidad recurrente.



Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por no ser el acto impugnado susceptible de recurso especial lo cual hace innecesario el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad e impide el examen de la cuestión de fondo.

Asimismo, por razones de economía procesal y en atención al principio de colaboración interadministrativa, procede remitir el escrito de recurso presentado ante este Tribunal a los efectos oportunos al órgano competente, de conformidad con lo previsto en el artículo 116.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y con el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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 **GLOBAL SERVICIOS UNION DE DISCAPACITADOS PARA EL EMPLEO Y LA FORMACIÓN, S.L.**, respecto a la Resolución, de 17 de septiembre de 2020, de la Dirección General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, dictada en relación al contrato denominado “Servicios de recepción, conserjería e información, limpieza y mantenimiento del Centro de empresas RETSE Cádiz, en el Parque Tecnológico TecnoBahía (Cádiz)”, (Expte. 12/2019-EISE-SA), respecto al Lote 1, convocado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), ente instrumental adscrito a la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, por los motivos expresados en el fundamento de derecho tercero de esta Resolución.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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

