Recurso 295/2021
Resolución 567/2021

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

Sevilla, 23 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COOPERACIÓN 2005 S.L.** contra el acuerdo, de 20 de mayo de 2021, de la mesa de contratación por la que se propone la exclusión de la proposición, inicialmente incursa en baja anormal o desproporciona, de la unión temporal de empresas de la que forma parte, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de vigilancia y salvamento en playas del municipio de Roquetas de Mar" (Expte. 09/21.- Servicio), convocado por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de marzo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 24 de marzo de 2021 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, con un valor estimado de 1.862.987,33 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante acuerdo, de 20 de mayo de 2021, la mesa propone al órgano de contratación que se excluye la proposición, inicialmente incursa en baja anormal o desproporciona, presentada por las entidades COOPERACION 2005, S.L. y U24 SERVICIOS SANITARIOS, S.L. que licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas. Según consta en la documentación enviada por el órgano de contratación, el acta de la mesa de contratación en el que se contiene dicho acuerdo, fue remitida el 2 de junio de 2021, sin que conste la entidad o entidades a la que se dirige. No obstante, en el recurso se pone de manifiesto que fue recibido dicho acuerdo el citado día 2 de junio de 2021.

SEGUNDO. El 21 de junio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad COOPERACION 2005, S.L. (en adelante la recurrente) contra el acuerdo de 20 de mayo de 2021 de la mesa en el que se propone al órgano de contratación la exclusión de la oferta de la mencionada unión temporal de empresas.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado previa reiteración fue recibido en este Órgano.

Por resolución de este Tribunal de 1 de julio de 2021 se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad AMBUMAR SyA, S.L. (en adelante la interesada).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad ahora recurrente para la interposición del recurso dada su condición de empresa que ha licitado con el compromiso de constituir con otra una unión temporal, de acuerdo con los artículos 48 de la LCSP y 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Este último precepto dispone que «*En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso*».

TERCERO. Acto recurrible.

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, con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, contra el citado contrato cabe recurso especial en materia de contratación, ex artículo 44.1.a) de la LCSP.

En cuanto al acto recurrido, conforme se ha expuesto en el encabezamiento y en los antecedentes, la recurrente interpone su escrito contra la propuesta de la mesa de contratación de rechazo de la oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, de la unión temporal de empresas de la que forma parte, tal y como se explicita claramente en el recurso:

«SOLICITO A V.I. que, teniendo por presentado este escrito, lo admita, tenga por interpuesto RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN frente al "ACTA DE JUSTIFICACIÓN DE OFERTAS DESPROPORCIONADAS Y PROPUESTA DE MEJOR OFERTA PARA EL CONTRATO DE SERVICIO DE VIGILANCIA Y SALVAMENTO EN PLAYAS DEL MUNICIPIO DE ROQUETAS DE MAR. Procedimiento Abierto Sujeto a Regulación Armonizada Exp. 9/21 Servicio" de la mesa de contratación de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Roquetas de Mar de fecha 20 de mayo de 2021 (...)».

En este sentido, de conformidad con el artículo 149 de la LCSP, la competencia para la aceptación o rechazo de una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, es del órgano de contratación, la mesa de contratación solo tiene competencia para la identificación de las ofertas incursas inicialmente en baja anormal, para la tramitación del procedimiento contradictorio en el que se ha de solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente, y para la propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación (v.g., entre otras, Resoluciones 150/2021, de 22 de abril, 156/2021, de 29 de abril, 322/2021, de 10 de septiembre y 408/2021, de 21 de octubre, de este Tribunal).

En el supuesto examinado, según consta en el expediente remitido, la mesa de contratación ha realizado la función que le encomienda el citado artículo 149 de la LCSP, esto es ha identificado las ofertas incursas inicialmente en baja anormal, ha tramitado el procedimiento contradictorio en el cual se ha evacuado el informe de inviabilidad de la oferta y, finalmente, en el caso de la unión temporal de empresas de la que forma parte la entidad ahora recurrente, ha propuesto el rechazo de su proposición al órgano de contratación por no acreditar la viabilidad de la misma.

Pues bien, respecto a la propuesta de rechazo de la mesa de contratación, ha de determinarse si es o no susceptible de recurso especial conforme a lo previsto en el artículo 44.2 de la LCSP, esto es si es posible o no considerarlo como acto de trámite cualificado.

En relación a los actos de trámite no cualificados dictados en el procedimiento de adjudicación, y en consecuencia no susceptibles de impugnación independiente a través del recurso especial en materia de contratación, ya se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, por todas, en la Resolución 112/2020, de 14 de mayo- que refiere que *«A estos efectos hay que señalar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación—que pone fin al mismo y para llegar a ésta se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial -en términos legales, que éstos 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-. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias de la recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite»*.

Sobre lo anterior, el artículo 44.2 b) del citado texto legal 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».*

En este sentido, procede concluir que el acto de la mesa de contratación por el que propone el rechazo de la oferta de la unión temporal de empresas de la que forma parte la ahora recurrente, de 20 de mayo de 2021, no es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, dado que no concurre en el ninguna de las circunstancias del artículo 44.2 b) para alcanzar el carácter de cualificado, pues no determina la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causa un perjuicio irreparable ni decide sobre la adjudicación, sino que el supuesto defecto de tramitación, esto es la apreciación de la inviabilidad de su oferta puede ser alegada al recurrir el acto de exclusión o, en su caso, el de adjudicación, adoptados por el órgano de contratación.

Por tanto, según lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, al haberse interpuesto el recurso contra un acto no susceptible de impugnación según lo previsto en el artículo 44, procede acordar la inadmisión del recurso por tal causa, lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara.

Procede, por tanto, la inadmisión del recurso.

No obstante, a mayor abundamiento, con objeto de dejar zanjada la cuestión, este Tribunal aunque sea de forma somera va a proceder al análisis de la controversia, en el que la recurrente manifiesta que justificó la oferta la unión temporal de empresas de la que forma parte, en los términos requeridos por el órgano de contratación y en los previstos en el artículo 149 de la LCSP. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el mencionado acuerdo de 20 de mayo de 2021 de propuesta de exclusión, entre otras cuestiones, indica que la unión temporal de empresas de la que forma parte la entidad ahora recurrente, así como dos entidades licitadoras más, *«han alterado sus ofertas iniciales para justificar sus partidas de coste, lo que ha provocado la imposibilidad de cumplir la oferta inicial en sus propios términos y por lo tanto cabe su rechazo y la exclusión de los tres licitadores.»*.

En efecto, conforme consta en el mencionado acuerdo de la mesa de contratación de 20 de mayo de 2021, según acta al efecto, y este Tribunal ha podido constatar y comprobar, *«En contestación al requerimiento efectuado, la licitadora aporta informe justificativo en el que señala el coste individualizado por hora asumido para cada categoría profesional del personal incluyendo además un nuevo cuadro resumen de la estructura de gastos contemplada en su oferta. Tanto en la categoría de coordinador como en la de socorrista la retribución se habría fijado de conformidad con el Convenio colectivo de aplicación.*
Se extracta a continuación el presupuesto de licitación aportado: (…).
Si comparamos este cuadro con la oferta económica incluida en el sobre 3 de la licitación observamos que el presupuesto total no difiere al ofertado inicialmente pero sí se han alterado ciertas partidas de gasto. En concreto y tal y como podremos observar en el cuadro comparativo adjunto, se modifican:
-Los costes salariales
-El presupuesto de ejecución material
-Los gastos generales
-El beneficio industrial
(…)».

Como expone el acuerdo de 20 de mayo de 2021 de la mesa de contratación, la unión temporal de empresas de la que forma parte la recurrente, utiliza el plazo que se le concede en cumplimiento del artículo 149 de la LCSP de acreditación de la viabilidad de su oferta, para presentar una justificación que difiere en cuanto a los costes salariales, el presupuesto de ejecución material, los gastos generales y el beneficio industrial, de la aportada en el sobre 3, produciéndose una clara modificación de su proposición, y ello aunque el importe total sea el mismo. En

este sentido, cualquier modificación o alteración de las ofertas presentadas iría en contra del principio de igualdad de trato, dado que la regla sin excepción es que no cabe modificar la oferta una vez presentada (v.g. Resolución 4/2021, de 14 de enero y 377/2021, de 8 de octubre, entre otras muchas).

Al respecto, y como argumentó este Tribunal en su Resolución 55/2019, de 27 de febrero, la jurisprudencia europea viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser evaluadas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica), principio que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

En definitiva, de no haberse inadmitido el presente recurso, el mismo hubiese sido desestimado.

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 **COOPERACIÓN 2005 S.L.** contra el acuerdo, de 20 de mayo de 2021, de la mesa de contratación por la que se propone la exclusión de la proposición, inicialmente incursa baja anormal o desproporciona, de la unión temporal de empresas de la que forma parte, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de vigilancia y salvamento en playas del municipio de Roquetas de Mar” (Expte. 09/21.- Servicio), convocado por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería), al no tratarse de un acto de trámite cualificado susceptibles de recurso especial.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución, de1 de julio de 2021.

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.

NOTIFÍQUESE 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.