Recurso 552/2021
Resolución 81/2022

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

Sevilla, 4 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ELSAMEX GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L.**, contra su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de mantenimiento del museo de Almería", (Expte CONTR 2021 0000629448), convocado por la Delegación Territorial de Cultura y Patrimonio Histórico en Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de octubre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 157.992,14 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.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 15 de noviembre de 2021, acuerda excluir del procedimiento de adjudicación, entre otras, la proposición presentada por la entidad ELSAMEX GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L., (en adelante, ELSAMEX o la recurrente), por no haber subsanado la documentación en los términos requeridos. El acta de la mencionada sesión fue publicada en el perfil de contratante el 17 de noviembre de 2021.

SEGUNDO. Con fecha 9 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra el mencionado acuerdo de exclusión. En el citado escrito se solicita, entre otros extremos, la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Con fecha 10 de enero de 2022, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar solicitada por la recurrente.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

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.

Ostentan legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la entidad ahora recurrente, en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación, para a continuación entrar a analizar la controversia suscitada por la recurrente que combate la exclusión de su oferta por no haber subsanado determinados errores en el plazo concedido para ello por la mesa de contratación.
Pues bien, el 8 de noviembre de 2021 tuvo lugar la primera sesión de la mesa de contratación en la que se procede a la apertura de los sobres 1 electrónicos de las distintas ofertas y se analiza la documentación acreditativa de los requisitos previos contenida en los mismos. Respecto a la oferta de la recurrente la mesa de contratación acuerda solicitarle que subsane la documentación en los siguientes términos:

«- A la empresa ELSAMEX GESTION DE INFRAESTRUCTURAS SL se le requiere para que presente:
- Subsanación de la declaración de subcontratación. (Cláusula 9.2.1 i) del PCAP)

- Aclaración del documento "Relación de empresas pertenecientes al mismo grupo"»

El 15 de noviembre de 2021, tuvo lugar segunda sesión de la mesa de contratación en la que se procede al análisis de la documentación presentada en plazo por parte de la recurrente. Sobre este particular se indica en el acta levantada al efecto: *«la mesa acuerda que las subsanaciones no se han hecho en los términos requeridos»* por lo que acuerda la exclusión de su oferta. A continuación, la mesa de contratación valora las proposiciones admitidas al procedimiento y, finalmente, requiere la documentación previa a la adjudicación a la entidad cuya oferta ha resultado mejor calificada.

2. Alegaciones de las partes.

a) Alegaciones de la recurrente.

Argumenta que el acuerdo de exclusión adolece de falta de motivación, por lo que a su juicio el mismo quebranta el artículo 35 de la la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 151.2b) de la LCSP y manifiesta que el trato recibido por otros licitadores ha sido diferente en tanto que se le han indicado los motivos por los que se han excluido sus respectivas ofertas.

Alude a doctrina de diversos órganos de recursos contractuales para apoyar su argumentación y concluye solicitando que se anule el acto impugnado y que se retrotraigan las actuaciones para que se admita su oferta.

b) Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso realiza un relato fáctico de las actuaciones realizadas y finaliza manifestando: *«Vistas las alegaciones de la mercantil ELSAMEX GESTION DE INFRAESTRUCTURAS SL contra su exclusión en el procedimiento de adjudicación en el contrato denominado "Servicio de Mantenimiento del Museo de Almería", la mesa entiende que estas no deben prosperar en tanto en cuanto no subsanó la declaración de subcontratación establecida en la Cláusula 9.2.1.i) del PCAP, ya que ésta se limitó a reiterar la misma documentación presentada en el sobre 1».*

Por lo anterior, el órgano de contratación solicita que sea desestimado el recurso especial de ELSAMEX.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar en el fondo de la controversia, que se centra en analizar la falta de motivación denunciada por la recurrente respecto a la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación en la sesión de 15 de noviembre de 2021.

Pues bien, respecto a la normativa aplicable en materia de contratación a la notificación de los actos de adjudicación, y en concreto a los de las exclusiones de las entidades licitadoras o de sus ofertas, se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, por todas en las Resoluciones 111/2017, de 25 de mayo, 174/2020, de 1 de junio y 348/2020, de 22 de octubre. En este sentido, en lo que aquí interesa, el artículo 151.2.b) de la LCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación a las entidades licitadoras excluidas, indicando entre otras cuestiones los motivos por los que no se haya admitido su oferta. Dice así:

«Artículo 151. Resolución y notificación de la adjudicación.

1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.
2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:
(...)
b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.».

Asimismo el artículo 44.2 de la citada LCSP en su apartado b) establece que podrán ser objeto de recurso *«Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre 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. 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 consecuencia, la LCSP establece dos posibilidades de recurso especial contra los actos de exclusión: por un lado, contra el acto de adjudicación y, por otro lado, contra el de trámite cualificado. Estas dos posibilidades son subsidiarias, no siendo por tanto acumulativas, de tal manera que en el caso de que la mesa o, en su caso, el órgano de contratación no notifique de forma individual a la entidad licitadora su exclusión, esta podrá impugnarla en el acto de adjudicación; sin embargo, si se produce la notificación individual a la entidad licitadora de la exclusión de su oferta previamente a la adjudicación del contrato, esta está obligada a recurrirla so pena de dejar firme su exclusión. En este último sentido, se manifiesta el artículo 19.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, cuando dispone que *«Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión».*

En el presente supuesto, se da la circunstancia de que la exclusión de la recurrente no ha sido notificada de forma individual, ya que solo consta la exclusión en el acta de la sesión de la mesa de contratación impugnada, en la que efectivamente no se desarrollan los motivos por los que el órgano ha tomado ese acuerdo. Sobre lo anterior, como se ha expuesto, la mesa o el órgano de contratación tiene dos opciones, bien, notificar la exclusión en cuyo caso tendrá que indicar los motivos que han llevado a tomar esa decisión -posibilidad que en este supuesto no se ha dado- o, bien, esperar a la adjudicación del contrato, momento en el que el órgano de contratación está obligado -ex artículo 151.2.b) de la LCSP- a notificar a los licitadores excluidos los motivos por los que no se ha admitido su oferta.

Por tanto, teniendo en cuenta que el recurso pivota sobre la falta de motivación del acuerdo de exclusión y a la vista de que dicha exclusión no ha sido todavía notificada, ni el contrato adjudicado, procede la desestimación del recurso dado que -como se ha indicado- todavía no había exigencia legal de notificar el acto, de modo que

hasta ese momento no nace la obligación de motivar la exclusión, y ello sin perjuicio del recurso que se pueda presentar en su momento contra la adjudicación del contrato o contra la notificación de la exclusión -si esta se produce-, en el supuesto de que se incumpliera la mencionada obligación de motivación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ELSAMEX GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L.**, contra su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de mantenimiento del museo de Almería", (Expte CONTR 2021 0000629448), convocado por la Delegación Territorial de Cultura y Patrimonio Histórico en Almería.

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 el 10 de enero de 2022.

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.