Recurso 116/2022
Resolución 246/2022

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

Sevilla, 27 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **INTEGRA MGSI CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L.** y **TALHER, S.A.**, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno, de 7 de marzo de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes, zonas ajardinadas, arbolado y palmeras de alineación, mantenimiento integral del parque de la Paloma, parques infantiles y aparatos biosaludables del municipio de Benalmádena", (Expte. 2020/25107F), en relación a los lotes 1 y 2, convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de julio y 2 de agosto de 2021, se publicó, respectivamente, 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 indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 23.689.650,84 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.

El 7 de marzo de 2022, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Benalmádena acordó adjudicar los lotes 1 y 2 del contrato a las entidades FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. Y FCC EQUAL CEE ANDALUCIA, S.L. que participaron en la licitación con el compromiso de constituirse en UTE en el supuesto de resultar adjudicatarias. Dicha resolución fue remitida a las entidades recurrentes el 9 de marzo de 2022 y fue publicada en el perfil de contratante el mismo día.

SEGUNDO. El 30 de marzo de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades INTEGRA MGSI CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. y TALHER, S.A. (en adelante la UTE recurrente) contra el citado acuerdo, de 7 de marzo de 2022, por el que el órgano de contratación adjudica el contrato.

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 que fue

recibido en este órgano, aunque ha sido necesario solicitar documentación complementaria al órgano de contratación que fue recibida posteriormente.

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 FCC MEDIO AMBIENTE, S.A. y FCC EQUAL CEE ANDALUCÍA, S.L.

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. En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostentan legitimación las entidades recurrentes para la interposición del recurso dada su condición de entidades licitadoras a los lotes 1 y 2 del procedimiento de adjudicación, al que concurrieron con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas en el supuesto de resultar adjudicatarias, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio de lo que mas adelante se expondrá.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de los lotes 1 y 2 de 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.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acto recurrido fue notificado a la recurrente el 9 de marzo de 2022, por lo que el recurso interpuesto el 30 de marzo de 2022, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La UTE recurre la adjudicación de los lotes 1 y 2 del contrato, en los que quedó clasificada en primer lugar empatada en puntuación con otras licitadoras. Por ello la adjudicación de dichos lotes se realizó aplicando los

criterios de desempate previstos en los pliegos, concretamente en la cláusula 13.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), que reproduce lo dispuesto en el artículo 147.2ª) de la LCSP:

"En el caso de que exista empate entre dos o más ofertas una vez efectuada la valoración de los criterios de adjudicación previstos en el pliego, se aplicarán los criterios de adjudicación de desempate indicados a continuación, siempre referidos a la fecha final de presentación de ofertas:

a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla".

Así, el motivo de recurso es la interpretación seguida por el órgano de contratación en la aplicación del criterio de desempate antes transcrito, a las entidades que participan en la licitación con el compromiso de constituirse en UTE, solicitando la recurrente que se *"dicte resolución por la que, estimando íntegramente el mismo, anule y deje sin efecto el acuerdo impugnado y ordene al Ayuntamiento de Benalmádena que proceda a efectuar de nuevo el cómputo del porcentaje de trabajadores con discapacidad y en situación de exclusión de las licitadoras empatadas con los datos aportados por éstas y que se recogen en el propio acuerdo impugnado, realizando dicho cómputo en el caso de las uniones temporales de empresas atendiendo a la suma de las plantillas totales de las empresas integrantes y sin tener en cuenta el porcentaje de participación interna, y en su virtud, proceda asimismo a realizar una nueva clasificación final de las ofertas proponiendo a nuestras representadas como adjudicatarias del lote 1 y a la licitadora o licitadoras que correspondan como adjudicatarias del lote 2."*

La UTE recurrente expone que de estimarse su recurso quedaría clasificada en primer lugar en el lote 1 y en tercer lugar en el lote 2, considerando que en el último podría ser adjudicataria si finalmente la primera y la segunda clasificadas no llegasen a cumplimentar adecuadamente el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación.

La UTE recurrente considera que el órgano de contratación no debió tener en cuenta al aplicar el citado criterio de desempate el porcentaje de participación interna en las futuras uniones temporales de las empresas que concurren en UTE, considerando que dicho cómputo ha de realizarse sobre la totalidad de las plantillas de las dos empresas que licitan en UTE y que el acuerdo de adjudicación supone la *"Vulneración de los artículos 69 y 147 de la LCSP y de la cláusula 13.2 del PCAP de la licitación que nos ocupa, así como de los principios rectores de la contratación con el sector público (arts. 1 y 132 de la LCSP)".*

Y ello porque la recurrente entiende que *"De la literalidad del criterio se desprende con suficiente claridad que el cómputo de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión ha de referirse a la «plantilla de cada una de las empresas», es decir, a la plantilla en su totalidad y sin matices, lo que inexorablemente nos conduce a entender que, en el caso de unión temporal de empresas, la plantilla a tomar en consideración sea la resultante de la suma de las dos plantillas de las empresas que la integran, y ello al margen y con independencia del porcentaje de participación interna que se hubiera indicado o anunciado por parte de ellas".*

A mayor abundamiento, la recurrente alega que *"la responsabilidad solidaria y, por tanto, ajena al régimen interno de participación, que asumen los empresarios, unida al hecho de la alterabilidad de esa participación en cualquier momento sin restricciones ni necesidad de autorización del órgano de contratación, determinan que la interpretación lógica y coherente de la cláusula 13.2 del PCAP y del artículo 147 de la LCSP no pueda ser otra que la*

de realizar el cómputo de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión sobre la suma de la totalidad de las plantillas de las empresas integrantes, sin tener en consideración el porcentaje de participación interna".

Por otra parte, y también a mayor abundamiento, alega que el espíritu y la finalidad del criterio de desempate conducen a la interpretación defendida por la recurrente, *"ya que sólo así se permite que la adjudicación se produzca a la empresa o empresas que realmente están favoreciendo en mayor medida la integración de personas discapacitadas o en situación de exclusión mediante su incorporación al mercado de trabajo",* y que en base a los principios rectores de la contratación del sector público ha de aplicarse el criterio de desempate en su literalidad.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso mantiene que la adjudicación de los lotes 1 y 2 del contrato es ajustada a derecho, proponiendo la desestimación del recurso, por entender que el desempate *"debe efectuarse teniendo en cuenta el porcentaje de la participación en la UTE de las empresas que componen la misma. Teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:*
• Conforme al artículo 99 de la ley 9/2017 LCSP, se considera candidato o licitador a la UTE y no a sus componentes, para aplicar ciertas limitaciones.
• Acorde al artículo 69.8 de la ley 9/2017 LCSP, la composición de la UTE no podrá modificarse durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato, ya que en su caso quedaría excluida del procedimiento.
• De acuerdo al artículo 69.9 de la ley 9/2017 LCSP, la modificación de la composición de la unión temporal necesitara la autorización previa y expresa del órgano de contratación, debiendo haberse ejecutado el contrato al menos en un 20% de su importe."

3. Alegaciones de la entidad interesada.

La entidad que ha sido propuesta adjudicataria formula alegaciones solicitando la desestimación del recurso, alegando, en resumen, que la interpretación realizada por el órgano de contratación, a quien corresponde la facultad de interpretación de los pliegos es más acorde con el tenor literal y el espíritu de la norma, sin ser arbitraria ni irrazonable, y que la referencia al artículo 69 de la LCSP carece de base jurídica.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la legitimación para recurrir la adjudicación del lote 2.

Como se ha expuesto en el anterior fundamento de derecho, en caso de estimarse el recurso en el lote 2 la recurrente quedaría posicionada en tercer lugar en el orden de clasificación de las ofertas, por detrás de las proposiciones, respectivamente, de las entidades que en la nueva clasificación quedasen en primer y segundo lugar, de tal suerte que aun cuando pudiese estimarse en su integridad el presente recurso, la ahora recurrente seguiría sin poder ser adjudicataria del contrato, pues habría dos licitadoras mejor posicionadas que ella.

Por tanto, antes de analizar las alegaciones de las partes, con carácter previo, procede examinar detenidamente la legitimación ad causam de la entidad ahora recurrente. Para ello, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 48 de la LCSP, que dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...)»*.

En numerosas resoluciones de este Tribunal (entre otras, en la 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero y 296/2021, de 29 de julio) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso especial o la reclamación en materia de contratación. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato. En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con la estimación del recurso en su integridad no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella.

En el presente supuesto, como se ha expuesto, de acuerdo con el orden de clasificación de las ofertas, la recurrente tras la eventual estimación del recurso en su integridad quedaría situada en tercer lugar del lote 2, por lo que en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del mismo, toda vez que con ocasión del recurso interpuesto la recurrente sólo aspira a ser adjudicataria *"si las nuevas primera y segunda clasificadas en él no llegasen a cumplimentar adecuadamente el requerimiento de documentación pertinente o no lo hiciesen dentro del plazo previsto, ex artículo 150.2 de la LCSP",* sin esgrimir motivo en contra de estas, por lo que no obtendría beneficio alguno, desbordando así el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno.

Por lo expuesto, procede inadmitir el recurso interpuesto por falta de legitimación.

2. Sobre la adjudicación el lote 1.

Una vez inadmitido el recurso contra la adjudicación del lote 2, el análisis de las alegaciones se realizará en relación con la adjudicación del lote 1.

En efecto, ni la cláusula 13.2 del PCAP ni el artículo 147.2.a) de la LCSP que reproduce, prevén cómo aplicar el criterio de desempate que contienen en el caso de que las licitadoras concurran con el compromiso de constituirse en UTE, es decir, si el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, cuando se trata de una UTE, debe realizarse sumando los porcentajes de las empresas que forman la misma, como defiende la recurrente, o si ha de tenerse en cuenta para ello el porcentaje de participación de cada una de las empresas en la UTE, como mantiene el órgano de contratación.

Así, se concluye que la literalidad de las disposiciones antes citadas no permite su aplicación sin realizar una interpretación de las mismas, a diferencia de lo que mantiene la recurrente y por tanto no puede apreciarse la alegada vulneración de los artículos 69 y 147 de la LCSP y de la cláusula 13.2 del PCAP, sin antes concluir cual sería la interpretación correcta de los mismos, para lo que se ha de estar a lo dispuesto en los artículos 1 y 132 de la LCSP, respecto de los principios rectores de la contratación pública, cuya vulneración también alega la recurrente.

Entre estos principios se encuentra el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, que debe respetarse en la interpretación de cualquier disposición en materia de contratación.

Sin embargo, entre las dos interpretaciones posibles de la cláusula 13.2 del PCAP en el supuesto de las UTEs, este Tribunal considera que la defendida por la recurrente da una ventaja a éstas frente a las empresas que licitan individualmente, pues la suma de los porcentajes de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de varias empresas superará con facilidad al porcentaje de éstos en una sola empresa, del mismo modo que a mayor número de empresas que conformen una UTE mayor será el resultado de la suma de los porcentajes de estas. En definitiva, cuantos más sumandos se tengan en consideración, mayor ventaja resultará para la licitadora de que se trate.

Por último, se ha de indicar que la literalidad de la cláusula de desempate del PCAP aplicada al presente supuesto es clara en cuanto a que en ningún caso es admisible tener en consideración la suma del número de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, sino el porcentaje estos.

Por ello, el cálculo del porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social realizado por el órgano de contratación considerando el porcentaje de participación en la UTE de cada una de las empresas que formarán la misma, se considera más acorde con el principio de igualdad de trato de los licitadores, debiendo desestimarse el recurso interpuesto contra la adjudicación del lote 1.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar, respecto del lote 1, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **INTEGRA MGSI CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L.** y **TALHER, S.A.**, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno, de 7 de marzo de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes, zonas ajardinadas, arbolado y palmeras de alineación, mantenimiento integral del parque de la Paloma, parques infantiles y aparatos biosaludables del municipio de Benalmádena”, (Expte. 2020/25107F), convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga); e inadmitirlo en relación al lote 2 por falta de legitimación.

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, respecto de los lotes 1 y 2.

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.