Recurso 234/2022
Resolución 358/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 6 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U.** contra el acuerdo, de 23 de mayo de 2022, de la Junta de Gobierno Local por el que se adjudica el contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena» (Expte. 2019/19471X), 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 1 de agosto de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 6.256.942,52 euros. Asimismo, dicho anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 4 de agosto de 2021 y los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 2 de agosto de 2021.

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.

Mediante acuerdo, de 23 de mayo de 2022, el órgano de contratación adjudica el contrato a la entidad ÓBOLO SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA DE INTERÉS SOCIAL (en adelante la entidad adjudicataria).

SEGUNDO. El 14 de junio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U. (en adelante la recurrente), contra el citado acuerdo de adjudicación del contrato.

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 fue recibido en este Órgano el 21 de junio de 2022.

Por último, el 23 de junio de 2022, 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 las presentadas por la entidad adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) no ha manifestado que disponga, por sí o a través de la Diputación Provincial, de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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 de lo que se expondrá más adelante.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación 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, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, consta que el acuerdo de adjudicación le fue remitido a la entidad ahora recurrente el 25 de mayo de 2022, sin que figure si el mismo ha sido efectivamente notificado. No obstante, aun computando desde dicha fecha el recurso presentado el 14 de junio de 2022, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Sobre la pretensión de la recurrente de que se anule el procedimiento de licitación o de que se ordene al órgano de contratación que se desista o renuncie a la adjudicación o celebración del contrato.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de 23 de mayo de 2022 del órgano de

contratación, en el que se contiene la adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo:

«1) Anule el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Benalmádena de 23 de mayo de 2022 por el que se lleva a cabo la adjudicación del contrato relativo al (…).
2) Considerando que, al día de la fecha, los cálculos económicos recogidos en las bases de la licitación y en la oferta adjudicataria no responden a la realidad del servicio y ponen en duda la propia viabilidad de la prestación, bien anule el procedimiento de licitación del contrato, bien ordene a la entidad contratante que desista o renuncie a la adjudicación de dicha relación contractual.

3) Subsidiariamente al punto 2) anterior:
i. Declare la procedencia de la exclusión de las ofertas de las entidades (…) [clasificadas en primer y segundo lugar], por las razones expuestas en este recurso especial.
ii. Ordene la retroacción de actuaciones con la finalidad de que, una vez excluidas las ofertas de las entidades (…) [clasificadas en primer y segundo lugar], se lleve a cabo una nueva clasificación de las ofertas y posteriormente una nueva adjudicación del contrato del (...)».

En su pretensión principal la recurrente afirma que las previsiones de la memoria económica se han visto sustancialmente alteradas, entre otras cuestiones, por los incrementos salariales derivados del convenio de dependencia, hasta el punto de que al día de la fecha, y sin que se haya iniciado la prestación del servicio, se pueda poner en duda objetivamente su viabilidad. Lo que a su juicio es justificación más que suficiente para que se anule el procedimiento de licitación o se ordene al órgano de contratación que se desista o renuncie a la adjudicación o celebración del contrato.

En definitiva, como manifiesta la recurrente en su recurso, pretende que tras la anulación de la licitación por alguna de las causas que esgrime, al ser el servicio que se licita de prestación continuada, se podría celebrar una nueva licitación cuyas bases reflejen un esquema viable de esta, desde el punto de vista de que la retribución cubra el coste del servicio.

Pues bien, con carácter previo al análisis del fondo del asunto, dada la finalidad perseguida por la recurrente en su pretensión principal, procede que este Tribunal aborde la legitimación ad causam de la recurrente, además de que la ausencia de la misma ha sido denunciada por el órgano de contratación en su informe al recurso y por la entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones a la impugnación.

Al respecto, ha de afirmarse que la eventual estimación de la pretensión principal del presente recurso, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, por lo que no obtendría respecto a este acto impugnatorio beneficio alguno más allá que la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de un futuro procedimiento de contratación, tras la previa anulación del actual procedimiento de adjudicación, si el órgano de contratación decidiera convocar una nueva licitación, a la que la entidad ahora recurrente pudiere o le interesare presentarse.

Tales circunstancias desbordan 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, hipotético o eventual, cuando 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 diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 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, 360/2020, de 29 de octubre, 563/2021, de 30 de diciembre, y más recientemente en la 53/2022, de 28 de enero) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. 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 argumento principal del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto, en el que la recurrente no cuestiona las ofertas de las dos entidades licitadoras clasificadas antes que ella (sin perjuicio de lo que se analizará en relación con la pretensión subsidiaria). De tal manera que, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con la pretensión principal del recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión de dicha pretensión principal del recurso por falta de legitimación de la recurrente.

En tal sentido se viene pronunciando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en reiteradas Resoluciones entre las que cabe señalar la 149/2020, de 6 de febrero y la 670/2022, de 2 de junio, entre las más recientes.

En consecuencia, se aprecia causa de inadmisión de la pretensión principal del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.b) de la LCSP, lo que impide entrar a conocer los motivos de fondo en que la misma se ampara.

Procede, pues, inadmitir en los términos expuestos la pretensión principal del recurso por falta de legitimación de la entidad ahora recurrente.

SEXTO. Sobre la procedencia de la exclusión de las propuestas de las entidades situadas en primer y segundo lugar en el orden de clasificación de las ofertas.

La no estimación de la pretensión principal del recurso, analizada en el fundamento anterior, obliga a este Tribunal a examinar la planteada en el recurso como subsidiaria. En ella en síntesis afirma la recurrente:

i) Sobre la oferta realizada por la entidad licitadora clasificada en primer lugar, por un lado, que su proposición económica no guardaría coherencia con todos los costes laborales y de medios materiales necesarios para prestar el servicio, según las exigencias del pliego de prescripciones técnicas y las mejoras ofertadas, y por otro lado, que plantea unos costes de personal muy inferiores a los que se tendrían que asumir al iniciar la prestación del servicio.

ii) Sobre la oferta realizada por la entidad licitadora clasificada en segundo lugar, indica que los argumentos anteriores, referidos a la primera clasificada, son aplicables en términos semejantes a la segunda clasificada.

Pues bien, entiende la recurrente que las ofertas de las entidades clasificadas en primer y segundo lugar no son viables desde el punto de vista económico, y ello a pesar de que conforme consta en el expediente remitido

ninguna de ambas proposiciones ha estado incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, al no haber incumplido ninguna de las dos los parámetros objetivos para su apreciación previstos en el anexo 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), y por tanto no han tenido que justificar su viabilidad, cuestión sobre la que no se pronuncia la recurrente.

Al respecto, sobre la imposibilidad de determinar la inviabilidad de una oferta o si esta es anormal o desproporcionada si no incumple con los parámetros objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento de licitación, se ha pronunciado profusamente este Tribunal. Entre las primeras resoluciones cabe destacar la 202/2016, de 9 de septiembre, y ya con la nueva LCSP han de señalarse entre las más recientes la 349/2020, de 22 de octubre, 197/2021, de 20 de mayo y 90/2022, de 4 de febrero.

En el caso que nos ocupa, las entidades licitadoras clasificadas en primer y segundo lugar han realizado su oferta económica respetando lo dispuesto en los pliegos. Además, su proposición no se encuentra incursa en presunción de anormalidad o desproporción con arreglo a los parámetros objetivos definidos en el PCAP, circunstancias estas que dificultan el rechazo de las ofertas en fase de selección del contratista conforme a lo expresado en las resoluciones anteriormente citadas.

Y si bien el artículo 201 de la LCSP hace referencia a la potestad de los órganos de contratación de tomar las medidas oportunas para comprobar, durante la licitación, que las entidades candidatas y licitadoras cumplen sus obligaciones laborales y sociales; no debe olvidarse que es en la fase de ejecución donde el precepto pone realmente el énfasis, al disponer en su párrafo primero que *«Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.»*, no pudiendo por tanto el órgano de contratación excluir ambas ofertas con base en dicho artículo 201 de la LCSP, cuando las mismas se han ajustado en su formulación a las previsiones de los pliegos y no están incursas en presunción de anormalidad.

En definitiva, en el supuesto aquí analizado, no se discute que las ofertas económicas presentadas por las entidades clasificadas en primer y segundo lugar, no estaban incursas en presunción de anormalidad de acuerdo con los parámetros objetivos previstos en el PCAP, razón por la cual no es posible presuponer sin más que van a incumplir sus obligaciones laborales en base a los motivos alegados por la recurrente, ya que de acuerdo con lo expuesto sólo procedería la exclusión de ambas ofertas cuando estando incursas inicialmente en anormalidad y tras la tramitación del correspondiente procedimiento contradictorio, no hubieran justificado la viabilidad de las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos la pretensión subsidiaria del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir la pretensión principal y desestimar la subsidiaria del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U.** contra el acuerdo, de 23 de mayo de 2022, de la Junta de Gobierno Local por el que se adjudica el contrato denominado «Servicio de ayuda a

domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena» (Expte. 2019/19471X), convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga).

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.

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 personas 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.