Recurso 543/2022
Resolución 11/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 23 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ECSA OBRA PÚBLICA Y CIVIL S.L.** contra el acuerdo de 2 de diciembre de 2022 de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación, así como contra el acuerdo de 9 de diciembre de 2022 de la mesa de contratación que propone la adjudicación, del contrato denominado «Obras del denominado Parque de la Loma en SG-ZV.02/19/20/21/22 en Bulevar "La Loma" de Fuengirola, enmarcado en la estrategia de desarrollo sostenible integrado (EDUSI) Fuengirola+ CIUDAD, cofinanciada al 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) a través de Programa Operativo Plurirregional de España (POPE) 2014-2020" (Expte. 111/2022-CONTR-7/2021/EDUSI)», convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 de octubre de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En esa misma fecha, se publicaron los pliegos de esta licitación. El valor estimado del contrato asciende a 3.129.440,12 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). 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.

Mediante acuerdo, de 2 de diciembre de 2022, la mesa de contratación acuerda excluir la proposición de la entidad recurrente del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento. El 9 de diciembre de 2022 la mesa de contratación propone la adjudicación.

SEGUNDO. El 27 de diciembre tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad recurrente (en adelante la recurrente), contra el citado acuerdo de exclusión de su oferta, y la propuesta de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso el día 28 de diciembre, 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 3 de enero de 2022.

El 9 de enero 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, no habiéndose recibido ninguna en plazo.

Se solicita en el escrito de recurso la adopción de medida cautelar de suspensión, si bien la rápida resolución del mismo hace que no sea necesario un pronunciamiento sobre la misma.

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, toda vez que el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) no ha manifestado que dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, 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.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a tres millones 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. Respecto de la propuesta de adjudicación no se trata de un acto de trámite cualificado a priori, lo cual se abordará posteriormente.

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, el recurso presentado el 27 de diciembre de 2022 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Alegaciones de las partes.

El acuerdo de la mesa de contratación de 2 de diciembre de 2022, acuerda excluir de la licitación a la entidad recurrente por introducir información (diagrama de Gantt que desvela el plazo previsto) en el sobre 2 (oferta técnica), siendo un aspecto de valoración automática a incluir en el sobre 3 (oferta económica). Por otro lado, y dado que es objeto de recurso el acuerdo de 9 de diciembre de 2022, a la vista de las exclusiones, se realiza una

nueva valoración de las ofertas económicas presentadas, concluyendo que ninguna de las ofertas presentadas incurre en presunción de anormalidad por lo que se acuerda dejar sin efecto los requerimientos que se habían realizado.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Señala que no procede la exclusión "*por no haberse violado el principio del secreto de las proposiciones ya que el plazo señalado en el Sobre no 2 es coincidente con el máximo previsto en los PCAP y lo es a los solos efectos de justificar y resumir la planificación de actividades exigida por el Pliego en el propio sobre n02, porque necesariamente, los medios personales se obtienen de un estudio exhaustivo de la duración y desarrollo temporal de las actividades del Proyecto (es decir, de una planificación) en el plazo previsto en el PCAPJ plazo con el que se corresponde la planificación presentada*".

Indica sobre la ruptura del secreto de las proposiciones, que los tribunales administrativos de contratos han matizado la rotundidad de la consecuencia de exclusión por violación del secreto de las proposiciones, de tal forma que es predominante la doctrina de dichos órganos que incide en que no ha de ser un criterio absoluto, sino que deberá operar en la medida en que tenga lugar la contaminación por conocimiento anticipado, de tal suerte que no puedan quedar garantizados los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato.

Alega en este sentido las resoluciones 261/2016, 494/2016, 729/2016, y 463/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el informe 30/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Estima que la introducción de un diagrama de Gantt "*en el Sobre no 2 no viola el principio del Secreto de las proposiciones. El diagrama de Gantt (planificación) introducida en el Sobre 2 NO vulnera el principio de secreto de las proposiciones, ya que NO necesariamente revela el plazo previsto de ejecución de las obras que se oferta en el Sobre 3, sino que se corresponde con una planificación de 6 meses de duración, coincidente con el plazo indicado y establecido por la Administración en el PCAP y con el plazo indicado en la memoria del Proyecto (se aporta extracto de la planificación de la memoria del Proyecto), y simplemente se desglosa la planificación por actividades para poder justificar y resumir "los medios personales necesarios para ejecutar el contrato" según los criterios de valoración previstos en el PCAP (…) porque necesariamente los medios personales se obtienen de un estudio exhaustivo de la duración y desarrollo temporal de las actividades del Proyecto (…) en el plazo previsto en el PCAP, plazo con el que se corresponde la planificación presentada y con el que se debe valorar el estudio de medios personales y materiales necesarios aportado en las páginas 13 y siguientes de la memoria técnica presentada en el Sobre 2 (se aporta extracto de la oferta técnica presentada) como conocimiento de la obra y de los condicionantes de ejecución y que no tiene porqué necesariamente coincidir, con el plazo finalmente ofertado presentado en el Sobre 3 con la correspondiente planificación justificativa del plazo ofertado".*

Por otro lado, señala que no está de acuerdo con los cálculos que determinarían que tras las exclusiones, no estarían en presunción de anormalidad determinadas ofertas, y en concreto con la que finalmente ha sido adjudicataria, como se deduce del expediente.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala en primer lugar que del recurso especial queda claro que la entidad recurrente reconoce haber introducido información relativa al plazo de ejecución, en concreto el diagrama de Gantt.

Manifiesta que el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), "*en el propio criterio de adjudicación, de valoración objetiva, "mejor plazo de ejecución", establece que "para su valoración, se deberá presentar acompañado de un programa de trabajo que permita distinguir y justificar las fases en que se divida la obra y sus respectivos plazos parciales en relación con el plazo total propuesto".*

Alega que la recurrente, en la oferta técnica, presenta el referido diagrama de Gantt, y además menciona el plazo de ejecución en más de 10 ocasiones. Señala que en la página 12 indica literalmente "*El Programa de Trabajo de la obra objeto del presente estudio…..".*

Viene a rebatir las alegaciones vertidas por la entidad recurrente alegando por qué no pueden prosperar los motivos del recurso especial, señalando que la previsión de la exclusión ya se encontraba en el propio pliego, invocando el art. 139.1 LCSP, así como argumenta su informe con resoluciones de este Tribunal explicando por qué en este caso sí procede la exclusión. Señala que además no es una cuestión accesoria la que se ha revelado en el sobre 2, sino que lo revelado es información propia a valorar en el sobre 3. Igualmente, argumenta que no cabe solución excepcional de admisión de la oferta dado que ello supondría una contravención a los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la anticipación de información del sobre 3 en el sobre 2.

Sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de valor, tiene este Tribunal una doctrina muy consolidada. Así cabe destacar entre las primeras su Resolución 137/2014, de 10 de junio. En ella, se reproduce parte del artículo 150.2 de la normativa contractual anterior, con una redacción idéntica al antepenúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP, así como los artículos 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009. Asimismo, con apoyo en la normativa contractual anterior, este Órgano se ha pronunciado al respecto entre otras en sus Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 204/2018, de 29 de junio, 275/2019, de 6 de septiembre y 315/2020, de 24 de septiembre. También ha sido profusa la doctrina de este Tribunal ya con la nueva LCSP, entre las que cabe destacar entre las más recientes las Resoluciones 180/2021, de 6 de mayo, 398/2021, de 21 de octubre y 277/2022, de 20 de mayo.

Siguiendo la citada doctrina, ha de partirse del antepenúltimo y penúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP que disponen que «*En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.*
La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.».

Asimismo, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009 establece que «*La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.» y el artículo 30.2 del citado Real Decreto prevé que «En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.».*

La finalidad perseguida por la regulación expuesta no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad de los órganos técnicos de la Administración en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, evitando que esta valoración pueda resultar influenciada por un conocimiento anticipado de determinados aspectos de la oferta que deben evaluarse en una fase posterior de la licitación mediante la aplicación de fórmulas.

Así las cosas, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación, en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de alguna licitadora, pueden implicar desigualdad en el trato de las mismas.

Así pues, el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras a hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

En este sentido, lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 146.2 de la LCSP.

En cuanto al fondo de la controversia, como premisa, partimos del hecho de que, sobre la oscuridad y contradicción del contenido del pliego y su interpretación, hasta el momento de la exclusión, la entidad ahora recurrente ni ninguna otra ha formulado ninguna manifestación en este sentido, esto es, no ha interpuesto recurso contra el contenido de los pliegos, ni parece haber formulado consulta al respecto de los mismos durante la licitación, ex artículo 138.3 de la LCSP.

En este sentido, el contenido de los pliegos es explícito en cuanto a los documentos e información que debe aportar la licitadora como oferta, el archivo en el que debe introducirlos, y las consecuencias de no respetar las normas de presentación.

En primer lugar, el PCAP contiene, respecto de las consecuencias de la contaminación de los sobres, de conformidad con el tenor de la LCSP, artículo 139.2 LCSP, que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las mismas.[1]

El anexo I, en el apartado “Oferta técnica” (sobre 2), se establece que*:*

1 En el mismo sentido el art. 26 del R.D. 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 la información a incluir en este sobre no podrá introducirse o referirse contenido sobre los aspectos de la prestación relacionados en los criterios de valoración automática a incluir en el sobre 3, o que pueda facilitar o sugerir su conocimiento, por ser ambos sobres y sus contenidos de valoración separada e independiente".

En la misma línea, en la cláusula 16, in fine, se indica que "*No se aceptarán aquellas proposiciones que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente todo aquello que la Administración estime fundamental para la oferta. La confusión o error en la documentación a incluir en los sobres, supondrá el rechazo de la proposición correspondiente".*

En este sentido, los pliegos son la ley del contrato, estableciendo el artículo 139.1 de la LCSP:

"Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y a la documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (….) ".

Por otro lado, y a pesar de las claras consecuencias establecidas en el pliego sobre la anticipación de información, contestando a las alegaciones al respecto, realizadas por la entidad recurrente, sobre la relativización de los efectos en cuanto al error en la presentación de documentos en sobre distinto al determinado en el PCAP, cumple manifestar que habrá de examinarse si verdaderamente lo anticipado es relevante o no. En el documento que remite la recurrente en el sobre 2 de su oferta, denominado "C.1.1. Conocimiento de la Obra_F" señala:

- En el apartado C.1.1.2. relativo a la "descripción de las principales actuaciones. Condicionantes técnicos para su ejecución", que "*en este apartado se describirán las principales actuaciones contempladas en Proyecto, indicándose además los condicionantes técnicos que su ejecución presenta, presentándose en primer lugar la planificación de los trabajos elaborada por ECSA, la cual se muestra en forma de Diagrama de Gantt en la página siguiente...".*

En este apartado en cuanto al Diagrama de Gannt señala que: "*Los principios básicos para elaborar el Diagrama de Gantt se basan en el método del camino crítico, que analiza las tareas y sus tiempos de ejecución, procediendo a continuación a la ordenación de las tareas buscando el camino crítico, es decir, el camino más largo donde todo retraso de una tarea comporte el mismo retraso en el plazo de ejecución".*

- En el "*apartado C.1.1.3. Condicionantes externos. Medios previstos para disminuir su impacto*", señala que

"Con esto, ECSA ha planteado, tal y como hemos indicado anteriormente, como fecha orientativa para el comienzo de las obras el lunes 02 de enero de 2023, y como fecha de finalización de los trabajos el viernes 30 de junio de 2023. En cualquier caso, es importante señalar que la fecha de inicio planteada no es vinculante, y se ha definido teniendo en consideración la fecha de presentación de las ofertas, y los plazos habituales para la realización de los procedimientos previos a la adjudicación, así como las diligencias de contratación necesarias, siendo la fecha de inicio contractual de las obras la correspondiente al día siguiente al de la Firma del Acta de Comprobación del Replanteo. Por tanto, si de la adjudicación y firma del contrato resulta de otra fecha de inicio, el Programa de Trabajos sería adaptado a la misma".
(…)
"Para la determinación de las duraciones y confeccionar el Programa de Trabajos se ha considerado la jornada laboral de 8 horas, es decir, 40 horas semanales. El calendario seleccionado para la elaboración del programa de trabajos es como el que se muestra en la figura adjunta, contando como días libres los fines de semana.

Los días laborables serán los que se correspondan con el calendario obtenido teniendo en cuenta el Convenio General del Sector de la Construcción. Se adjunta junto a estas líneas el calendario laboral del municipio de Fuengirola, aprobado para el año 2023, donde se marcan los festivos nacionales (rojo), los festivos autonómicos (verde) y los festivos locales (azul)."

Observado el Anexo I del PCAP, este requería como criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor una mejor memoria técnica la cual se valoraría:

"- ***Conocimiento de la obra y análisis de sus condicionantes. Valorable de 0 a 20 puntos.*** *Se presentará una memoria mediante la cual el licitador demostrará el conocimiento de la obra a ejecutar y de sus posibles condicionantes. La memoria debe contener, al menos, información acerca de los siguientes aspectos, con la siguiente valoración:*

-La concepción global de la obra (evitando copiar la Memoria del Proyecto) y la descripción de las principales actuaciones, de los procesos constructivos propuestos y de los propios condicionantes en su ejecución.
Hasta 6 puntos.
-El análisis de los condicionantes externos que puedan afectar al desarrollo de los trabajos, especificando los medios previstos para disminuir su impacto y repercusión en el avance de la obra. Hasta 6 puntos.
-Un resumen de los medios personales y materiales que se estimen necesarios para ejecutar el contrato. Hasta 4 puntos.
Hasta 4 puntos.
-Relación de fuente de suministros de materiales, indicando origen y proveedores, instalaciones y zonas de acopio.
Hasta 4 puntos.

-Conocimiento de la zona de actuación y medidas que contribuyan a reducir el impacto de la obra en el entorno en el que se ubica. *Valorable de 0 a 20 puntos.*
-Análisis de la zona y conocimiento de las infraestructuras afectadas. Hasta 5 puntos.
-Estudio de movilidad del tránsito peatonal. Se aportarán planos en los que se especifique las zonas con acceso prohibido y los desvíos alternativos, la señalización orientativa provisional y el balizamiento requerido. Hasta 5 puntos.
-Se propondrán las medidas para minimizar el impacto que la obra pueda generar en la zona de actuación y en su entorno. Hasta 10 puntos.
En ningún caso estas medidas podrán suponer coste adicional para la Administración".

Lo que era valorable en el sobre 3 era el menor plazo de ejecución, computándose fácilmente por días naturales, de tal modo que es fácilmente deducible cuando en el sobre 2 se señalan unos hipotéticos días de comienzo y de fin de obra.

Es decir, se adelanta la fecha de finalización claramente.

Compartimos las argumentaciones del órgano de contratación en cuanto a que no parecen aplicables al caso los pronunciamientos reflejados en su recurso. El Acuerdo 61/2017, del Tribunal de Aragón por estar referido a criterios automáticos, ni el Informe 30/11 de la Junta Consultiva de Contratación de Estado, al tratarse de documentación aportada no sujeta a valoración.

La Resolución 261/2016 del TACRC, señalaba la escasa incidencia del criterio "contaminado" al estar valorado con tan solo 3 puntos. En nuestro caso es cierto que la puntuación del criterio asciende a 30 puntos, esto es, casi un tercio de la puntuación total. En dicho caso no existían tampoco las indicaciones en el PCAP acerca de la exclusión automática. La Resolución 729/2016 del TACRC, señala que lo importante es que se garanticen los principios de invariabilidad de la oferta y de igualdad de trato, lo que exige a su vez que:

> *"a) El error cometido no permita albergar duda alguna sobre la verdadera voluntad de la licitadora.*
> *b) Ese error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva."*

En este sentido, no podemos afirmar que lo contrario haya ocurrido, ~~en este sentido,~~ la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre no es otra que la de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación de las licitadoras. El adelanto exhaustivo de las fechas hipotéticas de inicio y fin no dejan a lugar a dudas sobre ello.[2]

Así pues, es un dato incuestionable que la entidad ahora recurrente ha anticipado en el sobre 2 (documentación sobre los criterios sujetos a juicio de valor) datos e información relativa a un criterio de evaluación automática que solo debía figurar en el sobre 3, impidiendo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 146.2 de la LCSP. De este modo, ha proporcionado con el sobre 2 datos de la oferta que debían permanecer secretos hasta la apertura del sobre 3, propiciando la quiebra de las garantías de imparcialidad y objetividad que deben presidir en el proceso de valoración de las proposiciones. El hecho de dar a conocer tales datos anticipadamente puede influir en el juicio de valor que debe realizar el órgano evaluador, sin que haya que probar que tal influencia se ha producido, pues basta la posibilidad de que así sea para entender que se han mermado las garantías de objetividad e imparcialidad.

En definitiva, en el presente caso, la mera inclusión en el sobre 2 de información que revele la puntuación a obtener en la valoración de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, a incluir en el sobre 3, en esta licitación vulnera el carácter secreto de la oferta, y las garantías de imparcialidad y objetividad en la valoración de las ofertas que preservan los preceptos legales y reglamentarios antes invocados, teniendo en cuenta que la apertura del sobre 3 ha de tener lugar tras conocer la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor, y en acto público, en el que se hacen efectivos, entre otros, los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, igualdad de trato de las licitadoras e integridad, a los que ha de ajustarse la contratación del sector público.

Por todo lo expuesto, debe ser desestimado el primer motivo del recurso.

2. Sobre la segunda cuestión, que estima que tras la aplicación del artículo 85.4 RGLCAP, la oferta de la UTE adjudicataria habría estado incursa en presunción de anormalidad.

Se advierte por el Tribunal, que la procedencia de la exclusión de la entidad recurrente, (lo recurrido en segundo lugar), nunca acarrearía, en caso de prosperar, la adjudicación del contrato a favor de la misma, sino tan solo la eventual exclusión de la licitadora o la retroacción del procedimiento. Ello, unido a que la recurrente, tal como se confirma tras la desestimación del anterior motivo del recurso, ha resultado excluida del procedimiento de licitación, determina la falta de legitimación sobrevenida de la entidad recurrente para impugnar la admisión de la otra oferta, pues, de la eventual estimación de este motivo de recurso, nunca podría resultar adjudicataria del contrato en este caso.

2 Resoluciones 324/2022, de 20 de junio y 392/2022, de 21 de julio de este Tribunal.

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, 172/2020, de 1 de junio y 254/2021, de 24 de junio) 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.

Con base en esta doctrina, no es posible reconocer legitimación para interponer el recurso especial a efectos de solicitar la retroacción del procedimiento (para que sea solicitada a la adjudicataria la justificación de la viabilidad de la oferta de otra empresa) a una entidad licitadora que ya ha sido excluida, pues ningún beneficio podría obtener en caso de prosperar su impugnación más allá de la pura satisfacción moral de ver satisfecha su pretensión.

Por otro lado, y a mayor abundamiento la propuesta de adjudicación, no es susceptible de recurso especial conforme a lo previsto en el artículo 44.2 de la LCSP, porque 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, aún en el caso de no haber sido excluida tendría que haber esperado 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».*

Pues bien, una vez concluido que los actos de trámite dictados durante la tramitación del procedimiento de adjudicación solo podrán ser impugnados de manera autónoma e independiente cuando concurran los requisitos previstos en el citado artículo 44.2 b) de la LCSP. En consecuencia, respecto de la propuesta de adjudicación se aprecia causa de inadmisión por falta de legitimación activa de la recurrente, ya que la misma ha resultado excluida válidamente en un momento anterior del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ECSA OBRA PÚBLICA Y CIVIL S.L.** contra el acuerdo de 2 de diciembre de 2022 de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación, del contrato denominado "Obras del denominado Parque de la Loma en SG-ZV.02/19/20/21/22 en Bulevar "La Loma" de Fuengirola, enmarcado en la estrategia de desarrollo sostenible integrado (EDUSI) Fuengirola+ CIUDAD, cofinanciada al 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) a través de Programa Operativo Plurirregional de España (POPE) 2014-2020" (Expte. 111/2022-CONTR-7/2021/EDUSI)», convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga).

SEGUNDO. Inadmitir el recurso contra el acuerdo de la mesa de contratación de 9 de diciembre de 2022, que propone la adjudicación por falta de legitimación activa.

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.