Recurso 27/2023
Resolución 31/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 27 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PLAZA SISTEMAS S.L.** contra la resolución de adjudicación de 13 de diciembre de 2022, del contrato denominado "Obras de reforma y ampliación del bloque quirúrgico del hospital San Juan de la Cruz de Úbeda mediante procedimiento abierto simplificado y presentación electrónica de ofertas, financiado con fondos REACT EU y marco 2021-2027" (Expte. P.A.S. 1057/2022_ CCA. 6JL+Q91), promovido por el Hospital Universitario Regional de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa a su vez adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de octubre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de obras indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 3.560.461,48 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratación en la misma fecha.

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 30 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un primer escrito de recurso, denominado de alzada, (en lugar del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente) contra la denegación de acceso por parte del órgano de contratación a determinada información del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento. Hasta entonces en el procedimiento solo constaba una propuesta de adjudicación.

El mismo dio lugar al expediente de recurso 552/2022, siendo resuelto el 13 de enero de 2023, mediante la Resolución de este Tribunal 15/2023, acordando su inadmisión, por no ser acto susceptible de impugnación, así como también por ser extemporáneo el recurso.

SEGUNDO. Se interpone nuevo recurso, según señala la recurrente, contra la resolución de adjudicación de 30 de noviembre de 2022. Observamos que la misma es de 13 de diciembre de 2022 . Siendo de fecha 30 de noviembre de 2022 la resolución de denegación de acceso parcial a parte del expediente, la cual ya ha sido objeto de recurso en el 552/2022 y que ha sido resuelto, como se ha indicado por la Resolución 15/2023.

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.

Solicita la suspensión del procedimiento, no siendo necesario pronunciarse sobre la medida cautelar dado el carácter automático de esta cuando se recurre la resolución de adjudicación ex art. 53 LCSP.

La Secretaría del Tribunal ha dado plazo de 5 días para alegaciones a las entidades interesadas sin que éstas las hayan presentado.

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.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación y contra la denegación de acceso al expediente, ejercitando como pretensión principal la exclusión de la oferta de la adjudicataria, solicitando la anulación de la adjudicación.

Teniendo en cuenta que la recurrente quedó en segundo lugar en el orden de clasificación de las proposiciones, consideramos que la eventual estimación del recurso, sin perjuicio de lo que se analizará más adelante, sí pudiera suponer un beneficio a la recurrente, concretándose en un interés legítimo y concreto, y por tanto, ostenta legitimación de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos".*

CUARTO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone según el "suplico" del recurso especial contra una resolución de 30 de noviembre de 2022, la cual es la fecha de desestimación parcial de su solicitud de acceso al expediente, como hemos citado en los antecedentes. Entender que es ésta la resolución recurrida daría lugar a considerar la inadmisión del recurso por extemporaneidad y por ser el acto recurrido no susceptible de impugnación mediante el recurso especial, en el sentido mencionado en la citada Resolución 15/2023.

Resuelta la adjudicación producida el día 13 de diciembre de 2022 y publicada el día 3 de enero, de 2023, debe interpretarse que la intención ha sido recurrir dicha resolución como se deduce de su recurso, y no aquélla que ya fue objeto de otro recurso y resuelta anteriormente.

El acto pues, deriva del procedimiento de un contrato de obra cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el contrato se refiere a uno de los tipos contemplados en el apartado 1.a) del artículo 44 de la LCSP, y el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al estar amparado en el supuesto contemplado en el apartado 2 c) del citado artículo 44 de la LCSP.

QUINTO. Sobre la petición de acceso al expediente conforme al art. 52 LCSP.

Por otra parte, pide la entidad recurrente tras esta resolución de adjudicación, el acceso al expediente sin haberlo solicitado al órgano de contratación tras la resolución de adjudicación.

El acceso al expediente, conforme al artículo 52 de la LCSP, al que hace referencia la recurrente en su escrito de recurso, en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter claramente instrumental, dirigido a obtener la información necesaria para completar el recurso inicial y combatir el acto impugnado. En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal entre otras en sus Resoluciones 36/2019, de 14 de febrero y 304/2019, de 24 de septiembre, siendo compartido este criterio por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 1168/2017, de 12 de diciembre y 487/2020, de 2 de abril.

En consecuencia, la solicitud de acceso al expediente en sede del Tribunal requiere de la previa solicitud ante el órgano de contratación, en el momento procedimental oportuno, esto es que sea realizada posteriormente al dictado de la resolución de adjudicación, de tal modo que la solicitud presentada y cuya denegación se contesta el 30 de noviembre de 2022, fue anterior al dictado de la resolución de adjudicación. Por lo que no procede dar acceso hasta que no se haya solicitado de la forma determinada en el precepto que acaba de citarse, es decir, no ha surgido aún el derecho de acceso al expediente en este Tribunal conforme a la LCSP.

Por ello, cumple manifestar que no puede darse acceso al expediente en este Tribunal dado que no se ha cumplido la premisa para ello por parte de la entidad recurrente.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

La entidad recurrente expresa que: "*La UTE FECADA, S.L., JOSÉ MARÍA MENDOZA DE LA PASCUA, S.A., Y JAFRISUR BARTOLOMÉ GONZÁLEZ CUESTA, S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS no presentó ninguna oferta a la licitación publicada en el perfil del contratante, como se desprende del Acta de la Mesa de Contratación de fecha 9 de noviembre de 2022".*

Además manifiesta que "*no procede pues la adjudicación de la obra a la UTE FECADA, S.L., JOSÉ MARÍA MENDOZA DE LA PASCUA, S.A., Y JAFRISUR BARTOLOMÉ GONZÁLEZ CUESTA, S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS".*

El órgano de contratación por otro lado en su informe al recurso argumenta lo siguiente:

"En dicho documento (Anexo IV del PCAP) *indican la participación en la unión temporal de empresas de cada una de sus integrantes, designan su representante y señalan el domicilio de aquélla a efectos de notificaciones.*

Igualmente, en dicho sobre electrónico incluyen la siguiente documentación:

1. Anexo I en el que, como persona licitadora, indican a la "UTE FECADA-MENDOZAJAFRISUR (…) Pendiente de Constitución". Dicho documento también indica el nombre y los dos apellidos de la persona representante de aquélla, a la sazón, administrador de FECADA, S.L.
2. Anexo II (DECLARACIÓN RESPONSABLE SOBRE CAPACIDAD PERSONA JURÍDICA) de cada una de las empresas que asumen el compromiso de concurrir conjunta y solidariamente a la contratación n y de constituirse en unión de empresas en caso de resultar adjudicataria de la contratación.
3. Anexo X (COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS PERSONALES) suscrito por don R.C.D. "en nombre y representación de la UTE FECADA-MENDOZAJAFRISUR".

Por otro lado, las empresas en unión temporal concurrentes a esta licitación, en el sobre electrónico nº 3 presentan, entre otros los siguientes documentos:

1. Anexo VII (OFERTA ECONÓMICA) firmado por la persona antes identificada "en nombre y representación de la UTE FECADA-MENDOZA-JAFRISUR".
2. Anexo VIII (REDUCCIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA) suscrito por la misma persona "en nombre y representación de la UTE FECADA-MENDOZAJAFRISUR".
3. ANEXO XI (ESPECIALES DE EJECUCIÓN PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y CUADRO RESUMEN), igualmente firmado por don *R.C.D.*en nombre y representación de la UTE FECADAMENDOZA-JAFRISUR

Señala al respecto que: *"De dicha documentación se desprende la indiscutible voluntad de las empresas identificadas al comienzo del apartado cuarto de este escrito, de concurrir conjunta y solidariamente a la contratación, agrupadas en una unión temporal de empresas. Sin embargo, ocurre que aquéllas han padecido un error, meramente formal, en el momento de realizar la presentación de su oferta en la aplicación SiREC. Así, en lugar de asociarse a la licitación como UTE, como correspondía, lo han hecho de forma individual (ver apartado 6.1 – páginas 30 a 37- del Manual de SiREC-Portal de Licitación, versión 01.05, de 7 de octubre de 2021, publicado en la página web de la Junta de Andalucía -Licitación electrónica-, enlace https://juntadeandalucia.es/export/drupaljda/SiREC_PDL_Manual_Usuario_v1.5.pdf) resultando de ello que formalmente, en SiREC, la oferta aparezca presentada por FECADA, S.L. (esto es lo que puede verse el documento denominado "Justificante_435385 presentación oferta.pdf" incluido en sobre electrónico nº 1 de la adjudicataria del contrato) lo que no se corresponde con la real voluntad de aquellas sociedades mercantiles, que es, como antes se ha dicho, la de concurrir conjunta y solidariamente a la contratación, agrupadas en una unión temporal de empresas.*

Error aquél se ha trasladado, tanto a la Mesa de contratación y al acta a la que hace referencia PLAZA SISTEMAS en su recurso, como a la publicación de la adjudicación en el Perfil de contratista del Servicio Andaluz de Salud.

Apreciada pues que hay una contradicción entre los aspectos formales y materiales de la proposición de la adjudicataria, es necesario proceder a su resolución. Y ello, necesariamente debe realizarse acudiendo a los principios de antiformalismo y de proporcionalidad, de declarada vigencia en materia de contratación administrativa, según entiende tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la propia doctrina del Tribunal llamado a conocer del presente recurso (por todas, la Resolución 207/2022, de 25 de marzo). Dichos principios, aplicados al presente caso, exigen, primero, que prevalezca la verdadera voluntad, realmente expresada en la documentación aportada por la adjudicataria en sus sobres electrónicos, a la que se ha hecho anteriormente alusión, sobre la meramente aparente y formal que resulta de la forma en la que su proposición ha sido presentada en la aplicación SiREC ; y, segundo, derivado de lo anterior, que se estime que la oferta fue realizada por FECADA, S.L., JOSÉ MARÍA MENDOZA DE LA PASCUA, S.A. y JAFRISUR BARTOLOMÉ GONZÁLEZ CUESTA, S.L., de forma conjunta y solidaria, agrupadas en una unión temporal de empresas y no por FECADA, S.L. Por lo expuesto, procede la desestimación del recurso".

SÉPTIMO. Sobre el fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Examinada la documentación observamos la existencia del Anexo IV de fecha 30 de octubre de 2022, es indubitado, dados los términos de otros documentos presentados en el sobre electrónico nº 1, que se presentaron como tal U.T.E., aunque no presentasen tal compromiso.

El pliego de cláusulas administrativas particulares indica lo siguiente:

"6.7.2.1.- Apertura de los Sobres Electrónicos nº 1: "Documentación administrativa y documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor", calificación de la documentación administrativa y examen de criterios subjetivos. Concluido el plazo de presentación de ofertas, la Mesa de Contratación procederá a la apertura de la documentación administrativa presentada por los licitadores en tiempo y forma en el Sobre Electrónico nº1." Tras la apertura del Sobre Electrónico n º 1, la Mesa examinará la documentación recibida y comprobará que la persona licitadora ha presentado la misma de conformidad con lo previsto en el pliego. Si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables, lo comunicará a través de medios electrónicos a través de SIREC-Portal de Licitación Electrónica y lo hará público a través del perfil de contratante del órgano de contratación, concediéndose un plazo de tres días naturales para que las personas licitadoras los corrijan o subsanen presentando la documentación que proceda a través del SiREC-Portal de Licitación Electrónica, ante la propia Mesa de Contratación, bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora si en el plazo concedido no procede a la subsanación de dicha documentación. Posteriormente se reunirá la Mesa de Contratación y procederá a determinar las personas licitadoras que han sido admitidas y rechazadas, con indicación, en su caso, de las causas del rechazo.
Se excluirá del procedimiento de licitación a aquellos licitadores que incorporen en el Sobre Electrónico nº 1 la documentación que deba ser objeto de evaluación posterior y que tuviera que estar en el Sobre Electrónico nº 2.
Una vez calificada la documentación y subsanados, en su caso, en un plazo de tres días naturales, los defectos u omisiones de la documentación presentada, la Mesa de Contratación procederá a determinar las empresas admitidas a la licitación, las rechazadas y las causas de su rechazo.
Las ofertas que correspondan a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento y los Sobres Electrónicos nº 2 que las contengan no podrán ser abiertos. (…)"

El propio pliego expresa la subsanabilidad de esta documentación.

Por otro lado, el art. 140 de la LCSP, regula la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, que conforman la conocida como *"documentación administrativa"* a presentar por el licitador, y que comprende la presentación de una declaración responsable, y en aquellos casos en que varios empresarios concurran agrupados en una unión temporal, la declaración responsable deberá aportarse por cada empresa participante en la que figurará la información requerida en el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el art. 141 de esta Ley, y, adicionalmente, el compromiso de constituir la unión temporal de empresas -UTE- por parte de los empresarios que sean parte de la misma de conformidad con lo exigido en el art. 69.3 LCSP.

Por su parte, el art. 81.1 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -RGLCAP-, declara que *"a los efectos de la calificación de la documentación presentada, previa la constitución de la mesa de contratación, el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley"* (se entiende ahora el art. 140 LCSP 2017), añadiendo el art. 81.2 RGLCAP que "*si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados.*"

Es decir, se traslada, en cuanto a esta documentación, un principio antiformalista en la interpretación de los defectos que sean subsanables en la documentación administrativa a presentar por los licitadores, en sobre aparte a la proposición económica, teniendo en cuenta que el principio de libre concurrencia prohíbe limitar ésta bajo el pretexto de una interpretación que conduzca a una conclusión absurda por ser contraria al sistema legal que rige la contratación administrativa.

La Administración no debe vulnerar, por tanto, la libre concurrencia de licitadores por la apreciación de estrictos criterios formales que impidan admitir proposiciones debido a defectos que son subsanables fácilmente, de manera que ha de sopesarse en estos supuestos la aplicación de tres principios como son el de libertad de concurrencia, el de igualdad y el de seguridad jurídica (Informe 4/2018, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid).

En este caso, deducimos que las empresas que pretenden concurrir en UTE han presentado todas ellas la documentación administrativa, de donde podía desprenderse claramente, nombres y circunstancias de los empresarios integrados en la UTE, así como su participación y compromiso de constituirse en UTE, a pesar de omitir el Anexo IV, que es donde se prevé en el PCAP. Dichas empresas presentaron las declaraciones responsables exigibles a cada una, por separado, pero existían alusiones a dicha U.T.E. en ellas, de tal modo que aunque no se hubiera acompañado la declaración formal por la que se comprometen a constituirse en UTE, se extrae que su voluntad era ésta, y ello determina que esa falta de forma debe calificarse como un requisito subsanable. El hecho de no solicitarse subsanación en su momento procedimental oportuno por la mesa, no implica en este caso que dicha omisión posteriormente no pueda ser objeto de subsanación.

Por todo ello, el recurso, debe desestimarse.

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 **PLAZA SISTEMAS S.L** contra la resolución de adjudicación de 13 de diciembre de 2022 del procedimiento de licitación

del contrato denominado “Obras de reforma y ampliación del bloque quirúrgico del hospital San Juan de la Cruz de Úbeda mediante procedimiento abierto simplificado y presentación electrónica de ofertas, financiado con fondos REACT EU y marco 2021-2027” (Expte. P.A.S. 1057/2022_ CCA. 6JL+Q91), promovido por el Hospital Universitario Regional de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, Agencia administrativa a su Vez Adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. 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.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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.