

Recurso nº 141/2018

Resolución nº 126/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 13 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. G.C.A.. actuando en nombre y representación de FCC MEDIO AMBIENTE, S.A contra el acuerdo de la mesa de contratación del 18.10.2018 en la contratación de un servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en los municipios de Cambados y Vilanova de Arousa, expediente 2018/RSSU de la Mancomunidad de O Salnés, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Mancomunidad de O Salnés se convocó la licitación de la contratación de la prestación del servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en los Ayuntamientos de Cambados y Vilanova de Arousa, con un valor estimado total declarado en el anuncio en el DOUE de 3.588.559,45 euros. Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 28.4.2018, y consta publicado en el Perfil del contratante y en la Plataforma de contratación del sector público.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en la adelante, LCSP). Concretamente se define como contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada.

Tercero.- El 30.11.2018 FCC MEDIO AMBIENTE, S.A. (FCC, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación contra lo acordado en la mesa de contratación de 18.10.2018, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

Cuarto.- Con fecha 03.12.2018 se reclamó a la Mancomunidad del Salnés el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 12.12.2018.

Quinto.- El 10.12.2018 el TACGal acuerda la medida cautelar de suspensión de la licitación.

Sexto.- Recibido el expediente administrativo, y al estar en un supuesto del artículo 55 LCSP, procedió dictar la presente Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El contrato que nos ocupa es un contrato de servicios de valor estimado de 3.588.559,45 euros, por lo que el recurso es admisible al amparo del artículo 44.1.a) LCSP, sin perjuicio de lo que ahora expresaremos sobre si la actuación impugnada en su seno es susceptible de tal recurso especial.

Cuarto.- Antes de valorar otras cuestiones, procede significar que el recurrente recurre específicamente lo acordado en la mesa de contratación de 18.10.2018, en

base a los argumentos que en el mismo se recogen, con la pretensión final de *“instar al órgano de contratación a la admisión de dicha oferta..”*.

Pues bien, si observamos el acta de esa mesa de 18.10.2018 su literalidad es clara de que sólo está realizando una proposición, concretamente de exclusión de ofertas y de adjudicación, pero que no está acordando, de por sí, ni una cosa ni la otra, sino que eleva tales propuestas al órgano de contratación. Tampoco se ofrecía en ese momento el recurso especial, con coherencia a lo que estamos diciendo precisamente. El informe del órgano de contratación refiere que existe por esto una causa de inadmisibilidad.

Observamos así, como en todo momento se alude a que estamos ante una propuesta. En el perfil del contratante esta acta está titulada como *“Propuesta de exclusión de ofertas y clasificación proposiciones”* y, si entramos en el documento en sí, este se titula *“5ª ACTA MESA DE CONTRATACIÓN: PROPUESTA DE EXCLUSIÓN DE OFERTAS Y CLASIFICACIÓN PROPOSICIONES: 18 DE OCTUBRE DE 2018”*. Por último, su parte final también es diáfana en que sólo está proponiendo la exclusión:

“La MESA DE CONTRATACIÓN, POR UNANIMIDAD, ACUERDA:

PRIMERO.- Proponer al órgano de contratación la exclusión de las propuestas formuladas por las empresas:

- FCC MEDIO AMBIENTE, S.A- SOGESEL: por establecer un 4% en concepto de gastos generales y un 6% en concepto de beneficio industrial, mientras que tanto la cláusula 5.9.3.c) del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y la cláusula 18.3.1 y el Anexo 1 (modelo proposición económica) del Pliego de Prescripciones Técnicas, determinan un 6% en concepto de gastos generales y un 4% en concepto de beneficio industrial.

- ASCAM EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A: por establecer un 3% en concepto de gastos generales, mientras que tanto la cláusula 5.9.3.c) del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, la cláusula 18.3.1 y Anexo 1 (modelo proposición económica) del Pliego de Prescripciones Técnicas, determinan un 6% en concepto de gastos generales.”

El propio recurso tiene referencias a que estamos ante una propuesta - reproduce literalmente esta última parte del acta y, por ejemplo, recoge *“En la misma fecha también (10 de noviembre) se publica la 5ª acta de la mesa de contratación realizada el 18 de octubre, con*

la propuesta de exclusión de las ofertas y la clasificación de las proposiciones...”- y que la decisión será del órgano de contratación, pues ya vimos que su suplico alude a que se inste “al órgano de contratación a la admisión de dicha oferta..”.

En todo caso, lo relevante es que se está a impugnar no la decisión de exclusión, sino la propuesta de exclusión, lo cual no da acceso al recurso especial.

Situados como debemos en el artículo 44.2.b) LCSP 9/2017, hay que recordar que es impugnabile lo resuelto por las mesas de contratación cuando son estas las que acuerdan la exclusión, no cuando ese acuerdo recae en otra instancia decisoria y la mesa sólo traslada una propuesta. Aquí estábamos ante una mera propuesta de la mesa, siendo la impugnación del acuerdo del órgano de contratación la que abre el recurso especial.

Esto no puede ser superado por una concepción antiformalista de este recurso que llegue a que suplamos lo que debe corresponder a un recurrente, como es la impugnación del concreto acto donde se decide lo que se pretende revocar.

En el mismo sentido, sin ánimo de ser exhaustivos, Resolución 556/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, o también su Resolución 1230/2017, que, por reproducir alguna, recoge:

“Sin embargo, este recurso se interpone contra la propuesta de exclusión de la recurrente efectuada la Mesa de Contratación de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana para la licitación del contrato de suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de grabación de salas de vistas de los Tribunales y Juzgados del Principado de Asturias, contenida en su acta de fecha de 17 de octubre de 2017, y publicada en el perfil del contratante con fecha de 19 de octubre de 2017. Y tal y como resulta del contenido literal de dicha acta, en ella no se acuerda la exclusión de la recurrente, sino que se acuerda la “propuesta de su exclusión” al órgano de contratación, por no haber demostrado que su oferta de 25 de agosto de 2017 contaba con las funcionalidades previstas en las cláusulas 10, 11 y 26 del PCAP, ni con la prescripción II.1.B.a) del PPT. De modo que, el objeto de este recurso consiste en la impugnación de la mera propuesta de exclusión acordada por la Mesa, esto es, en la impugnación de un acto que, por no reunir las características previstas en el ut supra transcrito artículo 40.2.b) TRLCSP, no puede considerarse como acto de trámite cualificado y susceptible de impugnación. Pudiendo citarse en esta misma línea, por todas, la resolución de este Tribunal número 721/2017, de 11 de agosto de 2017.”

También la Resolución 196/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias.

Polo tanto, al amparo del artículo 55 LCSP debemos declarar la inadmisibilidad recogida en el apartado c) del mismo referida a la *“interposición del recurso contra actos no susceptibles de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44”*.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Inadmitir** el recurso interpuesto por FCC MEDIO AMBIENTE, S.A. contra el acuerdo de la mesa de contratación del 18.10.2018 en la contratación de un servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en los municipios de Cambados y Vilanova de Arousa, expediente 2018/RSSU de la Mancomunidad de O Salnés.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.