

Recurso nº 58/2019**Resolución nº 66/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 25 de marzo de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. J.A. R.R. actuando en nome e representación da empresa UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L - MANUEL RIVAS BOQUETE S.L contra o acordo do Concello da Coruña de desistencia da contratación dun servizo de mantemento integral das fontes ornamentais, estanques e caídas de auga do seu termo municipal, expediente AS-65/2017, o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello da Coruña convocouse a contratación dun servizo de mantemento integral das fontes ornamentais, estanques e caídas de auga do seu termo municipal, expediente AS-65/2017, cun valor estimado declarado de 1.400.000 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE e Perfil do contratante 21.09.2017, no BOP de 28.09.2017 e no DOG de 13.10.2017.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).

Terceiro.- Impugna a UTE recorrente o acordo do 08.02.2019, adoptado pola Xunta de Goberno Local do Concello da Coruña, de desistencia da contratación dun servizo de mantemento integral das fontes ornamentais, estanques e caídas de auga do seu termo municipal, expediente AS-65/2017. O referido acordo foi publicado no Perfil do contratante o 21.02.2019.

Cuarto.- O 06.03.2019 a UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L-MANUEL RIVAS BOQUETE S.L interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal.

Quinto.- O 07.03.2019 reclamouse ao Concello da Coruña o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o 13.03.2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 14.03.2019, sen se recibiran alegacións.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual aprobado polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro.

Como recolleemos, nas Resolucións TACGal 20, 25, 29 e 129/2018, ás que nos remitimos, expresouse que o feito de que a licitación estea sometida ao TRLCSP, non significa que o recurso especial se tramite ao abeiro desa lei. Concretamente se explica que de estarmos perante a impugnación dunha actuación posterior á entrada

en vigor da LCSP 9/2017, o cal sucedeu o 08.03.2018, o recurso especial se tramitaría ao abeiro desta última por mandato da súa Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP.

Terceiro.- O valor estimado deste contrato de servizos supera o limiar recollido no artigo 44.1.a) LCSP.

Por outra banda, aínda que un acordo de desistencia dun procedemento de contratación non está textualmente citado no apartado 2 do artigo 44 (nin antes no 40 TRLCSP), os Tribunais de recursos contractuais consideraron que eran susceptibles deste recurso especial, con cita á normativa e xurisprudencia europea, por ser incardinable na referencia aos acordos de adxudicación, o que tamén se acolle por este TACGal.

Por citar unha, Resolución 43/2015 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León (TARCCyL):

“El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 17/2011, de 8 de junio de 2011, realiza un análisis de la legislación de contratos española a la luz de la Directiva 2007/66/CE, que modifica la Directiva 89/665/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, y de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que han ido consagrando un criterio amplio en cuanto a los actos susceptibles de recurso, en particular la Sentencia de 18 de junio de 2002 (TJCE/2002/202), dictada en el asunto C-92/00, que declara susceptible de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público. A la vista de ello, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid concluye que “la renuncia no puede insertarse dentro de la clasificación doctrinal del ordenamiento español de acto de trámite, pues junto a la resolución y el desistimiento es una de las formas de poner fin al procedimiento”; y que “aquellos actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación, bien con la selección de un licitador o bien con la no selección de ninguno, como pueden ser el desistimiento, la renuncia o la declaración de desierto de una licitación, a efectos del recurso especial en materia de contratación, deben considerarse incluidos dentro del supuesto del artículo 310.2.c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores” (actualmente, artículo 40.2.c) del TRLCSP).

Esta interpretación se ha acogido también por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 96/2012, de 16 de octubre de 2012.”

A maiores desa S. TXUE de 18.06.2002, asunto C-92/00, podemos citar tamén posterior de 11.12.2014, asunto C-440/13 que expresa:

“El Tribunal de Justicia también determinó que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 exige que el acuerdo del poder adjudicador por el que se revoca la licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o las normas nacionales que transponen el referido Derecho. Además, el Tribunal de Justicia consideró que, incluso en el caso de que las entidades adjudicadoras ostenten, en virtud de las normas nacionales aplicables, una amplia facultad discrecional en cuanto a la revocación de la licitación, con arreglo a la Directiva 89/665 los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder comprobar la compatibilidad de un acuerdo por el que se cancela una licitación con las normas pertinentes del Derecho de la Unión (véase la sentencia HI, EU:C:2002:379, apartados 55 y 62).”

Cuarto.- Dadas as datas descritas, o recurso estaría presentado prazo.

Quinto.- Agora ben, existe outro elemento que debe concorrer para que esa admisibilidade sexa final, cal é a lexitimación do recorrente, cifrada no artigo 48 LCSP (e antes no artigo 42 TRLCSP), na afectación aos intereses lexítimos do recorrente.

Aquí estamos perante a impugnación dun acordo ditado no seno dun procedemento de adxudicación, onde a lexitimación está recoñecida a quen participou no mesmo. Por exemplo, a S. TXUE de 12.02.2004, asunto C-230/02, explica: *“En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.”*

No presente caso, unido ao que acabamos de expresar, á pretensión exercitada é a de que se anule o acordo de desistencia *“debiendo continuarse la tramitación del expediente de contratación por sus trámites legales”*, pretensión que só cabe esgrimir, como base dun interese lexítimo, a quen era partícipe nesta licitación.

O que se observa é que o recorrente aquí é a UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L-MANUEL RIVAS BOQUETE S.L, estando designada como tal tanto no encabezamento do recurso como no formulario telemático de presentación. De feito, o que se acompaña, é precisamente a escritura da UTE, da súa constitución. Desta escritura resulta tamén que estamos perante unha UTE constituída xa, e cun obxecto específico, un contrato administrativo moi concreto: o adxudicado polo procedemento AS-48/2010. Non é necesario deterse a explicar que aínda que ese contrato poida ter igual ou parecido obxecto que o do procedemento que nos ocupa, aquel era o procedemento AS-48/2010 e este é o AS-65/2017.

Sendo entón o recorrente a UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L-MANUEL RIVAS BOQUETE S.L – como expresamos, así consta no texto do recurso, no formulario telemático de presentación, e incluso no uso neste da sinatura electrónica, de representación da UTE- confirmamos, do listado de licitadores remitido co expediente, que esta non se presentou ao procedemento AS-65/2017. Polo tanto, non ten, como tal, lexitimación para recorrer o acordo de desistencia adoptado no mesmo, e solicitar a súa revogación e continuación dese procedemento, pois a adxudicación do mesmo non pode recaer nesa UTE, como é obvio, de forma que procede a inadmisión do recurso.

Que un dos partícipes desa UTE sexa licitador neste procedemento actual, non pode facer superar o que é unha cuestión de orde público tramitacional, pois esa empresa participante non é xuridicamente a mesma que a UTE. Unha vez máis, visto a concreta pretensión exercitada, baste con apreciar que a adxudicación non podería nunca recaer nesta Unión Temporal. Só a maiores, lembrar que esa UTE non foi constituída con carácter xeral, senón para un contrato, o derivado dun procedemento diferente (o do expediente AS-48/2010), e que segundo a escritura de constitución, a súa duración vai ligada ao tempo que dure esa contratación, polo que de continuar e culminar o proceso actual, como solicita o suplico do recurso, o que implicaría é o esgotamento da súa existencia e a súa extinción en definitiva, o cal é outro elemento que impide apreciar o seu interese lexítimo e lexitimación.

Sexto.- En todo caso, e aos meros efectos de tentar esgotar as cuestións formuladas, podemos aportar, a maiores, as seguintes consideracións. Debemos partir de que a decisión de desistencia fundaméntase nos erros existentes na documentación posta a disposición dos licitadores e correspondente aos traballadores a subrogar, que fora facilitada no seu momento pola agora recorrente.

En primeiro lugar, o recurso reconece o erro nesa información: *“Efectivamente existe un error en la documentación del cuadro de personal entregado, en lo referente a la técnico adscrita a jornada parcial del contrato...”*. Ese erro sería, observamos, sobre a categoría con maior custe anual onde o seu erro pode implicar que esa partida para tal categoría se reduza considerablemente, e, todo isto en relación a un listado de persoal reducido de 8 postos.

Por outro lado, tamén se atisba que un dos licitadores puido concorrer coñecendo os datos correctos, pois era partícipe desá UTE que executaba o anterior contrato.

A maiores, houbo un informe –publicado na mesma data no Perfil do contratante– ao que se remite o acordo de desistencia, polo que outra apreciación é que existe unha motivación neste das causas da decisión, onde se desvirtúa que os aumentos de prazo para presentar as ofertas desactivaran a problemática apreciada:

“La empresa ha remitido 3 relaciones distintas de personal a subrogar:

1º.- La 1ª el 10 de agosto de 2017 revisada por el responsable del contrato de acuerdo a la cual se inicia la contratación y se abre el plazo de presentación de ofertas por contratación.

2º.- La 2ª del 26 de octubre de 2017 y a raíz de varias consultas formuladas por posibles licitadores al responsable del contrato sobre los datos facilitados por la adjudicataria actual, éste le requiere nueva relación de personal a subrogar que es presentada por la empresa con fecha 26 de octubre de 2017 que no coincide con la del 10 de agosto, ni en los costes salariales, ni en las fecha de antigüedad de los trabajadores ni siquiera en la categoría del personal a subrogar.

3º.- Finalmente, dadas las graves contradicciones de la segunda relación de personal a subrogar en relación con la 1ª presentada el 10 de agosto, con fecha 27 de octubre de 2017 se le requiere mediante escrito información veraz a la empresa por tercera vez concediéndole un plazo de 3 horas. Relación que presenta el 30 de octubre de 2017 que tampoco coincide en todos los datos con la presentada anteriormente, en relación a los complementos personales ni con el prorrateo del coste anual neto de la relación anterior.

4º.- A la vista de esta comunicación de la empresa se da traslado de informe al departamento de contratación que reabre el plazo de presentación de ofertas por no

resultar veraz la información anterior –el plazo terminaba el 30 de octubre y se reabrió nuevamente, terminando el mismo el 12 de diciembre de 2017-.

5º.-Finalmente, y tras esta denuncia realizada por CCOO el 15 de febrero, se ha detectado otra falta de veracidad en la documentación que sirvió de base para la licitación en curso en el expediente de contratación AS-65/2017 y que afecta a la relación del personal a subrogar ya que se ha puesto en la relación del personal a subrogar a la Técnico asignada al contrato a jornada completa cuando realmente lo está en media jornada.

Este extremo ha sido confirmado por el responsable del contrato en informe de fecha 28 de mayo de 2018 en el que se pone de manifiesto y se concluye lo siguiente:

“Estando la licitación pendiente de adjudicación, se coteja información mensual presentada por la empresa e información publicada en el perfil, observándose la existencia de un error en el certificado antes comentado de fecha 30 de octubre, emitido por la mantenedora. En concreto, el error se refiere a la asignación del técnico medio que se cuantifica en 8 horas, jornada completa, cuando debería cuantificarse en cuatro, media jornada.

En consecuencia, de acuerdo a la petición recibida, se considera que la relación de personal adscrito al contrato aportada por la empresa mantenedora no resulta veraz ya que incluye un error en la relación de personal a subrogar

(...)

La técnica adscrita al contrato en la relación de personal a subrogar debería figurar como trabajadora a media jornada para que los posibles licitadores presentaran sus ofertas en relación a los costes laborales de acuerdo a la realidad del contrato, no obstante figura a jornada completa.

(...)

2º.- De acuerdo con el error detectado a raíz de la denuncia de CCOO se trata de un error en la información facilitada o falta de veracidad de la misma lo que puede suponer un vicio del consentimiento contractual porque impide a los licitadores calcular correctamente el importe de su oferta económica (realizando un estudio de los costes laborales a tener en cuenta) pudiendo ofertar un precio más bajo del ofrecido y así obtener una puntuación económica diferente, entendiendo, además,

que ha podido disuadir por un mayor coste de personal a posibles licitadores que no se han presentado a la licitación pudiendo conculcar el principio de concurrencia.”

Son varias as Resolucions dos Tribunais Administrativos de recursos contractuais, concretamente do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC), que validaron acordos de desistencias baseadas en defectos na información sobre o persoal a subrogar:

Resolución TACRC 745/2014: “De ello debe concluirse que, para la adopción de los acuerdos de desistimiento en términos que respeten lo dispuesto en el precepto que acabamos de transcribir, deben cumplirse dos condiciones: que no se haya procedido a la adjudicación del contrato, la primera, y, la segunda, que exista una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.”

No ha habido adjudicación del contrato y la ambigüedad y oscuridad de las cláusulas relativas a la presentación de la oferta económica impiden su aplicación efectiva, pues, en efecto, no se habían tenido en consideración la repercusión de los costes de personal procedentes de las subrogaciones impuestas por la debida aplicación del Convenio Colectivo de Galicia, lo que nos debe llevar a la conclusión de considerar justificada la decisión de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de desistir de la licitación.”

Resolución TACRC 1029/2015: “El artículo 155.4º del TRLCSP determina que el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. Por lo tanto, teniendo el Tribunal una función revisora de los actos recurridos, la presente resolución se limita a examinar si la justificación en la que se ampara el órgano de contratación para acudir al desistimiento es o no una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato. Como se expone en el informe del órgano de contratación, con cita de resoluciones de este Tribunal, e informe de la Abogacía General del Estado, la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego, por ser esta ajena al procedimiento contractual. (...) Lo que procede determinar es si la omisión de la relación de los trabajadores en el anexo al pliego, relación anunciada en la cláusula 24.6 del PCAP, pero omitida, es susceptible de causar, en los términos exigidos por el artículo 155.4 del TRLCSP, una infracción no subsanable y relevante de las reglas de preparación y adjudicación del contrato. (...) Esta duda hace razonable concluir que la inclusión de la lista de los trabajadores a los que pudiera extenderse la subrogación en un contrato de esta entidad económica es un elemento de gran importancia para la formulación de las ofertas (...)

la no aportación con los Pliegos que rigieron la licitación de la información relativa a la relación y condiciones laborales de los trabajadores que estaban prestando el servicio ha supuesto que los licitadores no hayan podido tener en cuenta este extremo en la elaboración de sus ofertas. Esta circunstancia afecta al principio de concurrencia, y constituye una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, concurriendo por lo tanto los requisitos establecidos en el artículo 155.4 del TRLCSP.”

Finalmente, sobre a falta de audiencia previa ao acordo de desistencia, cita o informe do órgano de contratación que a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, no seu informe 6/2016, en pregunta deste mesmo Concello, explicaba:

“ B. Sobre a necesidade de dar audiencia previa aos licitadores participantes no procedemento:

Sobre este punto interesa indicar o criterio que seguiu a Audiencia Nacional na Sentencia 5/2016, de 21 de decembro do 2015, (Rec. 615/2013) que se ben vai referida á renuncia dun contrato, é de aplicación ao desistimento no que se refire ás esixencias procedimentais do acordo que o adopta. A sentenza, no seu Fundamento de dereito quinto sinala: “Do ditado do artigo 155 do Real Decreto-lexislativo, finalmente, non se extrae que a renuncia esixa audiencia previa aos interesados, pois o que o precepto sinala é que cando o órgano de contratación renuncie a celebrar o contrato, notificarao aos candidatos ou licitadores, como así sucedeu, informando tamén no seu caso á Comisión Europea. E igual sucede coas actuacións ás que alude o recorrente -informe económico de fiscalización que aconselle a renuncia á celebración do contrato-, pois non se invoca norma algunha respecto diso, limitándose o aludido artigo a dispoñer que o órgano de contratación deberá xustificar as razóns de interese público en que fundamenta a súa decisión.”

Polo tanto, nese ánimo de esgotar a cuestión, tampouco se aprecian no recurso elementos para entender como contraria a dereito a decisión adoptada.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Inadmitir** o recurso interposto pola UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L-MANUEL RIVAS BOQUETE S.L contra o acordo do Concello da Coruña de desistencia

da contratación dun servizo de mantemento integral das fontes ornamentais, estanques e caídas de auga do seu termo municipal, expediente AS-65/2017.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.