

Recurso nº 58/2019

Resolución nº 66/2019

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

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.A. R.R. actuando en nombre y representación de la empresa UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L - MANUEL RIVAS BOQUETE S.L contra el acuerdo del Ayuntamiento de A Coruña de desistimiento de la contratación de un servicio de mantenimiento integral de las fuentes ornamentales, estanques y caídas de agua de su término municipal, expediente AS-65/2017, el 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 el Ayuntamiento de A Coruña se convocó la contratación de un servicio de mantenimiento integral de las fuentes ornamentales, estanques y caídas de agua de su término municipal, expediente AS-65/2017, con un valor estimado declarado de 1.400.000 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE y Perfil del contratante 21.09.2017, en el BOP de 28.09.2017 y en el DOG de 13.10.2017.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante).

Tercero.- Impugna la UTE recurrente el acuerdo del 08.02.2019, adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de A Coruña, de desistimiento de la contratación de un servicio de mantenimiento integral de las fuentes ornamentales, estanques y caídas de agua de su término municipal, expediente AS-65/2017. El referido acuerdo fue publicado en el Perfil del contratante el 21.02.2019.

Cuarto.- El 06.03.2019 la UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L-MANUEL RIVAS BOQUETE S.L interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces en la web de este Tribunal.

Quinto.- El 07.03.2019 se reclamó al Ayuntamiento de A Coruña el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el 13.03.2019.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 14.03.2019, sin que se hubieran recibido alegaciones.

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.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme a 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 Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Como recogemos, en las Resoluciones TACGal 20, 25, 29 y 129/2018, a las que nos remitimos, se expresó que el hecho de que la licitación esté sometida al TRLCSP, no significa que el recurso especial se tramite al amparo de esa ley. Concretamente se explica que de estar ante la impugnación de una actuación posterior a la entrada en

vigor de la LCSP 9/2017, lo cual sucedió el 08.03.2018, el recurso especial se tramitaría al amparo de esta última por mandato de su Disposición Transitoria Primera.4 LCSP.

Tercero.- El valor estimado de este contrato de servicios supera el umbral recogido en el artículo 44.1.la) LCSP.

Por otra parte, aunque un acuerdo de desistimiento de un procedimiento de contratación no está textualmente citado en el apartado 2 del artículo 44 (ni antes en el 40 TRLCSP), los Tribunales de recursos contractuales consideraron que eran susceptibles de este recurso especial, con cita a la normativa y jurisprudencia europea, por ser incardinable en la referencia a los acuerdos de adjudicación, lo que también se acoge por este TACGal.

Por citar una, Resolución 43/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y 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.”

Además de esa S. TJUE de 18.06.2002, asunto C-92/00, podemos citar también 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 las fechas descritas, el recurso estaría presentado en plazo.

Quinto.- Ahora bien, existe otro elemento que debe concurrir para que esa admisibilidad sea final, cual es la legitimación del recurrente, cifrada en el artículo 48 LCSP (y antes en el artículo 42 TRLCSP), en la afectación a los intereses legítimos del recurrente.

Aquí estamos ante la impugnación de un acuerdo dictado en el seno de un procedimiento de adjudicación, donde la legitimación está reconocida a quien participó en el mismo. Por ejemplo, la S. TJUE 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.”*

En el presente caso, unido a lo que acabamos de expresar, la pretensión ejercitada es la de que se anule el acuerdo de desistimiento, *“debiendo continuarse la tramitación del expediente de contratación por sus trámites legales”*, pretensión que sólo cabe esgrimir, como base de un interés legítimo, a quien era partícipe en esta licitación.

Lo que se observa es que el recurrente aquí es la UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L-MANUEL RIVAS BOQUETE S.L, estando designada como tal tanto en el encabezamiento del recurso como en el formulario telemático de presentación. De hecho, lo que se acompaña, es precisamente la escritura da UTE, de su constitución. De esta escritura resulta también que estamos ante una UTE constituida ya, y con un objeto específico, un contrato administrativo muy concreto: el adjudicado por el procedimiento AS-48/2010. No es necesario detenerse a explicar que aunque ese contrato pueda tener igual o parecido objeto que el del procedimiento que nos ocupa, aquel era el procedimiento AS-48/2010 y este es el AS-65/2017.

Siendo entonces el recurrente la UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L-MANUEL RIVAS BOQUETE S.L – como expresamos, así consta en el texto del recurso, en el formulario telemático de presentación, e incluso en el uso de este en la firma electrónica, de representación de la UTE- confirmamos, del listado de licitadores remitido con el expediente, que esta no se presentó al procedimiento AS-65/2017. Por lo tanto, no tiene, como tal, legitimación para recurrir el acuerdo de desistimiento adoptado en el mismo, y solicitar su revocación y continuación de ese procedimiento, pues la adjudicación del mismo no puede recaer en esa UTE, como es obvio, de forma que procede la inadmisión del recurso.

Que uno de los partícipes de esa UTE sea licitador en este procedimiento actual, no puede hacer superar lo que es una cuestión de orden público tramitacional, pues esa empresa participante no es jurídicamente la misma que la UTE. Una vez más, vista la concreta pretensión ejercitada, baste con apreciar que la adjudicación no podría nunca recaer en esta Unión Temporal. Además, recordar que esa UTE no fue constituida con carácter general, sino para un contrato, el derivado de un procedimiento diferente (el del expediente AS-48/2010), y que según la escritura de constitución, su duración va ligada al tiempo que dure esa contratación, por lo que de continuar y culminar el proceso actual, como solicita el suplico del recurso, lo que implicaría es el agotamiento de su existencia y su extinción en definitiva, lo cual es otro elemento que impide apreciar su interés legítimo y legitimación.

Sexto.- En todo caso, y a los meros efectos de intentar agotar las cuestiones formuladas, podemos aportar, además, las siguientes consideraciones. Debemos partir de que la decisión de desistimiento se fundamenta en los errores existentes en la documentación puesta a disposición de los licitadores y correspondiente a los trabajadores a subrogar, que había sido facilitada en su momento por la ahora recurrente.

En primer lugar, el recurso reconoce el error en esa 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 error sería, observamos, sobre la categoría con mayor coste anual donde su error puede implicar que esa partida para tal categoría se reduzca considerablemente, y, todo esto en relación a un listado de personal reducido de 8 puestos.

Por otro lado, también se atisba que uno de los licitadores pudo concurrir conociendo los datos correctos, pues era partícipe de esa UTE que ejecutaba el anterior contrato.

Además, hubo un informe –publicado en la misma fecha en el Perfil del contratante- al que se remite el acuerdo de desistimiento, por lo que otra apreciación es que existe una motivación en este de las causas de la decisión, donde se desvirtúa que los aumentos de plazo para presentar las ofertas desactivaran la 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 las Resoluciones de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, concretamente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que validaron acuerdos de desistimiento basadas en defectos en la información sobre el personal 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 la falta de audiencia previa al acuerdo de desistimiento, cita el informe del órgano de contratación que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, en su informe 6/2016, en pregunta de este mismo Ayuntamiento, explicaba:

“ B. Sobre la necesidad de dar audiencia previa a los licitadores participantes en el procedimiento:

Sobre este punto interesa indicar el criterio que siguió la Audiencia Nacional en la Sentencia 5/2016, de 21 de diciembre del 2015, (Rec. 615/2013) que si bien va referida a la renuncia de un contrato, es de aplicación al desistimiento en lo que se refiere a las exigencias procedimentales del acuerdo que lo adopta. La sentencia, en su Fundamento de derecho quinto señala: “Del dictado del artículo 155 del Real Decreto-legislativo, finalmente, no se extrae que la renuncia exija audiencia previa a los interesados, pues lo que el precepto señala es que cuando el órgano de contratación renuncie a celebrar el contrato, lo notificará a los candidatos o licitadores, como así sucedió, informando también en su caso a la Comisión Europea. E igual sucede con las actuaciones a las que alude el recurrente -informe económico de fiscalización que aconseje la renuncia a la celebración del contrato-, pues no se invoca norma alguna al respecto, limitándose el aludido artículo a disponer que el órgano de contratación deberá justificar las razones de interés público en que fundamenta su decisión.”

Por lo tanto, en ese ánimo de agotar la cuestión, tampoco se aprecian en el recurso elementos para entender como contraria a derecho la decisión adoptada.

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 la UTE FUENTES ANGEL ROADE S.L-MANUEL RIVAS BOQUETE S.L contra el acuerdo del Ayuntamiento de A Coruña de desistimiento de la contratación de un servicio de mantenimiento integral de las fuentes ornamentales, estanques y caídas de agua de su término municipal, expediente AS-65/2017.

2. 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.