

ACUERDO 21/2020 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PRESENTADO POR ACEINSA MOVILIDAD, S.A., EN EL EXPEDIENTE RELATIVO AL CONTRATO “SERVICIOS PARA LA EJECUCIÓN DE OPERACIONES DE CONSERVACIÓN DE LAS CARRETERAS DE LA ZONA SUR DE GRAN CANARIA, (EXPT. 042/14-(976/OP) -EXPT. TRIBUNAL 10/2020).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- -El 31 de julio de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº. 185 el anuncio de licitación del contrato de “Servicios para la ejecución de operaciones de conservación de las carreteras de la Zona Sur de Gran Canaria”, mediante procedimiento abierto, así como en el Perfil del Contratante del Cabildo de Gran Canaria, con n.º de expediente 42/2014.

SEGUNDO.- Mediante acuerdo del Consejo de Gobierno del Cabildo Insular de Gran Canaria de 25 de enero de 2016 se adjudicó a la entidad UTE DRAGADOS SA-RING CANARIAS SL el contrato señalado.

TERCERO.- Por sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 22 de octubre de 2019, se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad BITUMEX, S.A. contra el Acuerdo señalado y se anuló la adjudicación realizada, ordenando retrotraer el procedimiento de contratación para que la mesa de contratación efectuara una nueva valoración del sobre nº 2 con arreglo a lo establecido en la Cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

CUARTO.- En ejecución de dicha sentencia, el 4 de mayo de 2020, la Mesa Permanente de Contratación del Cabildo de Gran Canaria, acordó proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la empresa recurrente ACEINSA MOVILIDAD, S.A.

QUINTO.- El 9 de julio de 2020 desde el Servicio de Contratación dependiente de la Consejería de Hacienda del Cabildo de Gran Canaria se requirió a la recurrente para la aportación de determinada documentación, así como para la formalización de la garantía pertinente al resultar adjudicataria del contrato denominado “servicios para la ejecución de operaciones de las carreteras de la zona sur de Gran Canaria”.

QUINTO.- El 16 de julio de 2020 la entidad **ACEINSA MOVILIDAD, S.A.**, presentó el recurso especial en materia de contratación, si bien en el escrito no se especifica el o los actos concretos que se recurren y tampoco se pide la nulidad de ningún acuerdo en concreto, limitándose a solicitar que el órgano de contratación o servicio que corresponda acepte los motivos alegados por la recurrente, que se incorporen al

expediente los escritos presentados por la misma y que se deje sin efecto la advertencia de incoar expediente de prohibición de contratar.

SEXTO.- El Servicio Administrativo de Obras Públicas e Infraestructuras del Cabildo de Gran Canaria, -tramitador del expediente- emitió el informe el 22 de septiembre de 2020, que tuvo entrada en el registro del Tribunal el día 23 de septiembre de 2020.

SÉPTIMO.- El 23 de septiembre de 2020 fue remitido por el Servicio Administrativo de Obras Públicas e Infraestructuras del Cabildo de Gran Canaria el expediente administrativo junto a la relación de participantes en la licitación, habiéndose dado traslado del recurso a las entidades licitadoras, con el resultado que obra en el expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia del Tribunal

La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Reglamento Orgánico que lo regula y que fue publicado en el BOP nº. 24 en fecha de 24 de febrero de 2016 y en el BOC nº. 39 de 26 de febrero de 2016, habiendo sido designados sus miembros por el Consejo de Gobierno Insular en fecha de 25 de julio de 2016 y publicado en el BOP nº. 93 del 3 de agosto de 2016; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 41 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y de conformidad con el 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos que habilita a las Administraciones Locales para crear su propio Tribunal Administrativo.

SEGUNDO.- Acto recurrido

Tal y como se expondrá más adelante, debemos entender que el recurso especial ha sido interpuesto contra la actuación de la Mesa de contratación en relación con un contrato que, de conformidad con lo publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), tiene naturaleza de contrato de servicios, cuyo tipo de licitación es de 5.796.827,56 €, siendo por tanto, susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, 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 ello porque, si bien el recurrente no plantea el recurso contra un acto específico, del apartado XIV de los antecedentes puede deducirse que el acto recurrido es el dictado por la Mesa de contratación de 9 de julio de 2020 por el que se requiere a la adjudicataria recurrente para la aportación de la documentación acreditativa de estar al corriente del pago de Hacienda y Seguridad Social, así como la formalización de garantía como adjudicataria del contrato denominado “servicios para la ejecución de operaciones de las carreteras de la zona sur de Gran Canaria”, que es un acto de trámite que no puede ser considerado como cualificado, al no reunir las características que se contienen en el apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP:

“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

b) 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.”

El acto recurrido, en consecuencia, no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, en cuanto se trata de un acto por el que se requiere al adjudicatario la documentación necesaria para ultimar la misma. Y es claro que no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, sino que por el contrario facilita su continuación, sin que tampoco se haya producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos del recurrente.

Cabe traer a colación la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TCRC) de 28 de diciembre de 2018 - Recurso nº 1212/2018, Resolución nº 1203/2018 – que se refiere a este asunto en los siguientes términos:

“En consecuencia, el legislador sólo consideró recurrible, en lo que ahora interesa, el acto de adjudicación –en cuanto declaración administrativa que decide de forma definitiva la persona física o jurídica a la que se encarga la ejecución del contrato licitado–, y determinados actos de trámite cualificados entre los que no cabe entender incluida la formalización, pues la misma no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, sino que documenta lo en ella acordado, dando lugar a la perfección del contrato (artículo 36.1 de la LCSP). Por su parte, el vigente artículo 44.2 de la LCSP amplía la relación de actos susceptibles de recurso especial en materia de

contratación, pero mantiene, en lo que aquí interesa, el recurso contra los acuerdos de adjudicación (sin mencionar los acuerdos o documentos de formalización del contrato), al disponer que: “2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. b) 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. c) Los acuerdos de adjudicación. d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. f) Los acuerdos de rescate de concesiones”.

En definitiva, es el acuerdo de adjudicación (y no el posterior documento de formalización del contrato) el acto definitivo de resolución de la licitación que la Ley ha considerado susceptible de recurso especial en materia de contratación, previendo el legislador que la subsiguiente formalización (por la que se documenta lo ya resuelto en el acuerdo de adjudicación) no pueda adoptarse hasta transcurridos quince días hábiles desde la remisión de la resolución de adjudicación a los licitadores (artículo 153.3 de la LCSP), y ello precisamente porque tal es el plazo legalmente previsto para la eventual interposición de eventuales recursos especiales contra el acuerdo de adjudicación. Por ese mismo motivo el artículo 39.1.d) de la LCSP califica como causa de nulidad de derecho administrativo la inobservancia, por el órgano de contratación, del plazo establecido para la formalización (si se dan las circunstancias indicadas en dicho precepto) pues, se insiste, sólo la adjudicación es susceptible de recurso especial, y hasta que no transcurra el plazo para la interposición de dicho recurso no cabe proceder a la formalización, contra la que no se contempla la interposición de recurso”.

TERCERO.-Legitimación

El artículo 42 del TRLCSP establece que: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse

toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Por lo demás y en cuanto a su legitimación *ad procesum*, el artículo 24 del RD 814/2015 que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -RTACRC-, de aplicación a todos los Tribunales Administrativos al tener carácter básico según la Disposición Final Primera, exige que *“La interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto.”*

Está legitimado el recurrente para interponer el presente recurso, ya que consta en la aportación de poder que se considera suficiente a efectos de la interposición del presente recurso.

CUARTO.- Interposición del recurso

El recurso especial en materia de contratación ha de interponerse en el plazo de 15 días que al efecto establece el artículo 50 de la Ley 9/2017, disponiendo el momento a partir del cual puede interponerse el recurso:

“c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”

El órgano de contratación notificó el requerimiento en fecha de 9 de julio de 2020 y habiéndose presentado el recurso especial en fecha de 16 de julio de 2020, se considera presentado en plazo el presente recurso.

QUINTO.- Motivos del recurso

Si bien el presente recurso debe ser inadmitido al haber sido interpuesto contra un acto no recurrible, conviene entrar, aun sucintamente, en los motivos recogidos en el mismo.

a) Sobre la falta de entrega de la lista completa y actualizada del personal y sus costes laborales.

El recurrente alega en el escrito presentado, que la falta de cumplimiento del requerimiento efectuado por la Mesa de contratación previo a la formalización de la adjudicación, se debía a la carencia de la lista completa y actualizada del personal y sus costes laborales de la empresa a subrogar, al entender que determinaba la imposibilidad de conocer la viabilidad económica de la ejecución del contrato, así como a la inexistencia de informe jurídico en relación a las sentencias que anularon la adjudicación del contrato.

Sin embargo, resulta evidente que la falta de aportación de la lista del personal y sus costes no impidió -ni puede impedir- al recurrente cumplir con la obligación requerida por la Mesa de contratación, ya que la misma se refería a la mera aportación de la documentación acreditativa de estar al corriente del pago a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, así como a la formalización de la pertinente garantía. Requerimientos estos que no guardan relación alguna con el personal o sus costes.

En el mismo sentido, tampoco la falta de informe jurídico sobre la ejecución de las sentencias parece que pudiera ser un obstáculo para el cumplimiento de los requerimientos formulados, toda vez que se limitan a dar cumplimiento a obligaciones de carácter legal. Y más aún cuando el recurrente tuvo acceso a las sentencias, dado que así constan en el expediente administrativo.

El procedimiento de contratación es *ius cogens*, por tanto, no dispensable para las partes, que tienen la obligación de cumplirlo. El recurrente no puede disculpar el deber de aportar la documentación exigida para la formalización del contrato de adjudicación, por la falta de aportación por la empresa a subrogar de los costes laborales o por la falta de un informe jurídico, pues ello supone dejar a su voluntad el cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles. En cualquier caso, la falta de conocimiento de los costes laborales actualizados no ha impedido a la recurrente conocer la viabilidad de la ejecución del contrato, pues así lo revela el recurrente aportando un informe técnico en tal sentido.

Por otro lado, el incumplimiento del requerimiento instado por la Mesa de contratación tiene aparejadas consecuencias legales muy onerosas para el licitador, por cuanto supone la renuncia a su oferta y la posibilidad de que se incoe un expediente de prohibición de contratar. El art. 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ya citada, dispone que una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del art. 140.1 si no se hubiera aportado con anterioridad; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del

contrato; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Y añade que:

“De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71. En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

Y como indica el informe del órgano de contratación de fecha 23 de septiembre de 2020, si el recurrente entiende que no podrá cumplir con el contrato, y a efectos de impedir que se inicie expediente de prohibición de contratar, siempre puede acudir a la renuncia que ampara el artículo 161 del entonces vigente del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, recogido en el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que dispone:

*“1. Cuando el único criterio a considerar para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones. 2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el artículo 152.3. 4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores **tendrán derecho** a retirar su proposición.”*

Habiéndose producido la apertura de sobres en el año 2014, la empresa podría, por aplicación del citado artículo, retirar su proposición.

b) Sobre si el desconocimiento de los costes laborales impide conocer la viabilidad de la ejecución del contrato

El recurrente plantea también en su recurso que el desconocimiento de los costes laborales impide conocer la viabilidad de la ejecución del contrato. Sin embargo, la cuestión que plantea la recurrente es de futuro o hipotética.

La recurrente pretende presentar argumentos sobre la viabilidad de la ejecución del contrato cuando aún no es adjudicataria del mismo y lo cierto es que solo cuando adquiera tal condición, podrá plantear dicha viabilidad, sin que sea procedente un pronunciamiento anticipado de este Tribunal.

Y de hecho, se pretende por esta vía que el Tribunal se pronuncie sobre una cuestión que ajena al conocimiento del mismo según lo establecido en el artículo 44.2.de la LCSP, que dispone lo siguiente:

“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) 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.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.”

A la vista de tales preceptos, es claro que las cuestiones relativas a la ejecución del contrato, no constituyen elementos que este Tribunal pueda tener en cuenta a la hora de anular actos preparatorios o la futura adjudicación de un contrato.

Y en ese sentido se ha venido pronunciando el TCRC entre otras en la Resolución 610/2020 de 19 de mayo de 2020, en que dispone lo siguiente:

“Así lo ha declarado ya este Tribunal en otras ocasiones, pudiendo recoger aquí lo que razonábamos en nuestra Resolución núm. 885/2014:

*"Primero. Se recurre la resolución de rectificación de otra anterior resolución del mismo órgano de contratación , el Servicio Murciano de Salud, por la que se autoriza la prórroga del contrato para el mantenimiento de ascensores de determinados centros por parte de la entidad actualmente adjudicataria de dicho contrato , así como de la prórroga del mismo, cuestiones éstas que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40.2 del TRLCSP aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (EDL 2011/252769) no pueden en ningún caso ser objeto del recurso especial en materia de contratación, pues los actos recurribles ante este Tribunal de Recursos Contractuales son únicamente los enumerados en los apartados a), b) y c) del artículo 40.2 de dicho Real Decreto, **actos referidos a los anuncios de licitación, Pliegos de***

Condiciones y documentos contractuales , actos de trámite cualificados y adjudicación de los contratos , es decir, actos todos ellos relativos al procedimiento de preparación y adjudicación de los contratos , sin que puedan entenderse incluidos dentro de los mismos los relativos a la ejecución, desarrollo, modificación o extinción de los contratos, como son los acuerdos de prórroga, lo que implica la obligada inadmisión del recurso interpuesto, de acuerdo también con la reiterada doctrina de este Tribunal en resoluciones como la 31/2013, 456 y 395/2013, entre otras.”

Por lo expuesto, visto los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir a trámite el recurso especial interpuesto por la entidad **ACEINSA MOVILIDAD. S.A.**, contra requerimiento formulado desde el Servicio de Contratación dependiente de la Consejería de Hacienda del Cabildo de Gran Canaria de 9 de julio de 2020 por el que se solicita la aportación de determinada documentación, así como la formalización de la garantía como adjudicataria del contrato denominado “Servicios para la ejecución de operaciones de conservación de las carreteras de la zona sur de Gran Canaria” por las razones expuestas en el presente acuerdo.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.