

RE 31/2023

Acuerdo 31/2023, de 30 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por “JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ IBÁÑEZ” frente a los acuerdos de la Mesa de contratación adoptados en su reunión de fecha 28 de febrero de 2023 en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Redacción de estudio geotécnico, proyectos básico y de ejecución, EBSS, con separatas por fases, estudio de gestión de residuos, proyecto de urbanización y de actividad, tramitación ante organismos y empresas privadas de suministros, para instalación y puesta en funcionamiento de residencia de la tercera edad, junto con emisión de informes o asesoramiento», promovido por el Ayuntamiento de Calatorao.

Ponente: Esperanza Ríos Marín

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 de diciembre de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), el anuncio y los pliegos del procedimiento de licitación a que alude el encabezamiento de este acuerdo. Según figura en el citado anuncio, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 24 de diciembre de 2022.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 204 115 euros, IVA excluido.

Segundo.- Por lo que a este Acuerdo interesa, la Mesa de contratación, en su reunión mantenida el día 23 de enero de 2023, procedió a la apertura de los archivos electrónicos “B” –proposición económica y demás criterios cuantificables automáticamente- cuyo resultado, tal como figura en el acta levantada al efecto, fue el siguiente:

«Licitador	Puntuación Criterio 1 Precio	Puntuación Criterio 2 Mejora de plazos	Puntuación Criterio 3 Especialización técnicos	Puntuación Criterio 4 Reducción plazo ejecución	Puntuación Criterio 5 Ampliación plazo garantía	Total Puntuación criterios automáticos
CAÑO- BONILLA- GONZALEZ	153.086,35 € 25,76 puntos	2 tipos reuniones: frecuencia semanal 25 puntos	12 técnicos expertos en rehabilitación, estructuras y passive- haus 12 puntos	8 meses 10 puntos	1 año 5 puntos	77,76 puntos
SICILIA Y ASOCIADOS ARQUITECTUR A, SLP	115.000 € 45 puntos	2 tipos reuniones: frecuencia semanal 25 puntos	8 técnicos expertos en rehabilitación, estructuras y passive-haus 8 puntos	8 meses 10 puntos	1 año 5 puntos	93 puntos

(...)

Respecto de si concurre oferta desproporcionada o anormalmente baja, conforme a lo indicado en el PCAP, el artículo 85 del RGLCAP (Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre), fija los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas. Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos: (...) 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta (...)”

Oferta más elevada: 153.086,35 euros; 20 %: 30.617,27 euros. Diferencia 122.469,08 euros.

En la medida que la mejor oferta asciende a 115.000 euros, nos encontramos con que la mejor oferta es inferior en más de 20 unidades porcentuales (30.617,27 euros), respecto de la oferta más elevada (153.086,35 euros), por lo que la mesa considera que procede conceder a los licitadores afectados un plazo de 5 días hábiles para que puedan presentar una justificación adecuada de las circunstancias que les permiten ejecutar dicha oferta en esas condiciones, con los criterios que se señalan al respecto en el artículo 149.4 de 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.

Recibidas las justificaciones, la Mesa solicitará un informe técnico (arquitecto municipal), que analice detalladamente las motivaciones que haya argumentado el licitador para poder mantener su oferta.

En todo caso, se rechazarán las ofertas si se comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.

A la vista de las justificaciones de los contratistas cuya oferta haya sido clasificada como desproporcionada y del informe técnico municipal que las analice, la Mesa de Contratación, propondrá al órgano de contratación motivadamente la admisión de la oferta o su exclusión.»

Tercero.- El día 7 de febrero de 2023 se recibió en este Tribunal administrativo, a través del registro electrónico del Gobierno de Aragón, un escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don JOAQUIN LIARTE CAMACHO, en su propio nombre, en el que impugnaba su exclusión,

interesando la anulación de la misma y su readmisión al procedimiento de licitación. El recurso recibido fue resuelto por este Tribunal mediante nuestro Acuerdo 17/2023, de 23 de febrero, en sentido desestimatorio.

Cuarto.- La Mesa de contratación, en su reunión mantenida el día 28 de febrero de 2023, a la vista del informe elaborado por el técnico municipal en el que analizaba la justificación ofrecida por la mercantil “SICILIA Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L.P.” respecto a su proposición clasificada inicialmente como desproporcionada, acordó proponer al órgano de contratación de una parte, la admisión de la misma, y de otra, la adjudicación a su favor al haber obtenido la puntuación más alta.

El acta levantada al efecto se publicó en la PCSP el mismo día 28 de febrero de 2023.

Quinto.- El día 15 de marzo de 2023 se recibió en este Tribunal administrativo, a través del registro electrónico del Gobierno de Aragón, un escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ IBÁÑEZ en su propio nombre, como licitador integrante en la “UTE CAÑO-BONILLA-GONZÁLEZ”, frente a los acuerdos adoptados por la Mesa de contratación referidos en el antecedente anterior.

El recurso, en síntesis, manifiesta su desacuerdo con la admisión de la oferta propuesta como adjudicataria, defendiendo que la justificación ofrecida para demostrar su viabilidad es insuficiente y no contempla todos los costes necesarios para la ejecución del servicio. Asimismo, considera que dicha oferta debió haber sido excluida del procedimiento de licitación.

Interesa de este Tribunal, la anulación de los acuerdos adoptados por la Mesa de contratación y solicita la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento, en tanto se resuelva el recurso interpuesto.

Sexto.- El mismo día 15 de marzo de 2023, este Tribunal administrativo, dando traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, requirió del mismo, el expediente de contratación y el informe a que alude el artículo 56.2 de 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).

La documentación requerida se ha recibido los días 20 y 22 de marzo del ejercicio corriente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ IBÁÑEZ para interponer el recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).

TERCERO.- Procede analizar si el recurso ha sido interpuesto frente a un acto de los incluidos en el artículo 44.2 de la LCSP, al que remite el artículo 17.2.a) de la LMMCSA, el cual delimita cuáles son los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, en concreto:

«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».*

El recurso interpuesto tiene por objeto el acuerdo de la Mesa de contratación por el que tras valorar el informe sobre las alegaciones presentadas por la empresa "SICILIA Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L.P." para justificar que su oferta no incurre en valores anormales o desproporcionados, eleva al

órgano de contratación propuesta de aceptación de la oferta al amparo del artículo 149.6 de la LCSP. Y ello porque no es competencia de la Mesa de contratación el acordar la admisión o exclusión, como resulta del artículo antes citado y del artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que le atribuye una competencia de propuesta, de tal forma que la misma es un acto de trámite no cualificado, porque será el acuerdo del órgano de contratación aceptando, a su vez, la propuesta de la Mesa de contratación -de la que puede apartarse de forma motivada-, el que decida el procedimiento. Así, el acuerdo de adjudicación a favor del licitador cuya oferta se ha tenido por justificada será el acuerdo frente al que el licitador no adjudicatario podrá interponer recurso.

Cabe en este punto citar la Resolución 329/2020, de 5 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que declara: *«En efecto, nos encontramos ante un acto de trámite “no cualificado”, en el que no se dan los requisitos que exige el artículo 44.2.b) de la LCSP, conforme al cual pueden ser objeto del recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación “siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”, considerándose que concurren las anteriores circunstancias 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 de la LCSP”. Este Tribunal viene manteniendo de manera constante –por todas, Resolución 131/2020, dictada en un supuesto muy similar al que nos ocupa, y que cita Resoluciones anteriores (Resoluciones 517/2019, 552/2019, 1369/2019...)-, que el acto de la*

Mesa por el cual se propone la adjudicación del contrato en favor de determinada empresa al Órgano de contratación –o bien este mismo acto conteniendo a su vez la propuesta de exclusión de determinado licitador-, no es susceptible de impugnación conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP, por tratarse de un “acto de trámite no cualificado, no resolutorio, pues el órgano de contratación podría separarse de la propuesta”, siendo así que, si la exclusión y la adjudicación se resuelven finalmente por el Órgano de contratación según lo propuesto por la Mesa de contratación, se podrá interponer el recurso especial contra dicho acuerdo. Debe tenerse en cuenta especialmente que el artículo 149 de la LCSP, después de explicar en el apartado 4º cómo debe actuar la Mesa de contratación (o, en su defecto – es decir, en aquellos casos en que no se constituye Mesa de contratación en una licitación-el Órgano de contratación) cuando se identifica en la licitación una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad –formulación de requerimiento al licitador en cuestión para justificación de la viabilidad de la oferta, y solicitud de asesoramiento técnico al servicio correspondiente-, en su apartado 6º ordena a la Mesa de contratación (en su defecto, al Órgano de contratación) la evaluación de la información y documentación aportada por el licitador y, después de efectuar el análisis oportuno, la elevación “de forma motivada” al Órgano de contratación de la “correspondiente propuesta de aceptación o rechazo” [de la oferta incursa en presunción de anormalidad], atribuyéndose expresamente al Órgano de contratación, a la vista de la justificación efectuada por el licitador y del informe técnico evacuado al efecto, la decisión de excluir a la empresa en cuestión si considera que la oferta no puede ser cumplida, y acordar la adjudicación en favor de la siguiente mejor oferta en el orden de clasificación (“[...Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes

propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150 [...]”. Por tanto, es claro que, específicamente en el caso de la justificación de ofertas anormalmente bajas regulado en el artículo 149 de la LCSP, la Mesa de contratación no tiene potestad decisoria acerca de la exclusión de la empresa incurso en presunción de anormalidad -como tampoco la tiene acerca de la adjudicación del contrato-, sino que a dicho órgano de asistencia únicamente corresponde proponer al Órgano de contratación la exclusión de la empresa cuando considere motivadamente que ésta no ha justificado debidamente la viabilidad de su proposición –así como la adjudicación del contrato a la mejor oferta, excluida la oferta “anormal”-, siendo el Órgano de contratación, que no está vinculado por la propuesta de la Mesa de contratación (en efecto, puede separarse de su criterio, si así lo motiva debidamente) el competente para adoptar dicha decisión. En consecuencia, la actuación impugnada, por tratarse, insistimos, de un acto de trámite no cualificado, no resolutorio (no decide sobre la adjudicación –tampoco sobre la exclusión de la licitadora que no ha justificado la viabilidad de su oferta, al corresponder la decisión al Órgano de contratación-, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos), no es susceptible de ser impugnado autónomamente a través del recurso especial en materia de contratación.” »

De cuanto antecede debe concluirse que procede inadmitir el recurso presentado puesto que éste, se refiere a un acto que no resulta susceptible del recurso especial en materia de contratación.

Apreciada la inadmisibilidad del recurso no procede el examen de los motivos de fondo planteados. Y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, que viene reiteradamente pronunciándose en el sentido de que solo puede discutirse la cuestión de fondo después de que, examinadas las causas o motivos de inadmisión opuestas, se constate la concurrencia de los requisitos de procedibilidad.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por “JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ IBÁÑEZ” frente a los acuerdos de la Mesa de contratación adoptados en su reunión de fecha 28 de febrero de 2023 en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Redacción de estudio geotécnico, proyectos básico y de ejecución, EBSS, con separatas por fases, estudio de gestión de residuos, proyecto de urbanización y de actividad, tramitación ante organismos y empresas privadas de suministros, para instalación y puesta en funcionamiento de residencia de la tercera edad, junto con emisión de informes o asesoramiento», promovido por el Ayuntamiento de Calatorao, al haberse interpuesto frente a una actuación no susceptible de recurso especial.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.