

**Recurso 278/2016****Resolución 320/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 15 de diciembre de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades que han licitado con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas **NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L.U, VAPORES SUARDÍAZ SUR-ATLÁNTICO, S.L., DAMAS, S.A. y LOS AMARILLOS, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 27 de octubre de 2016, por el que se declara su inadmisión al procedimiento de licitación en relación con el contrato denominado “Gestión de servicio público consistente en la explotación del servicio marítimo regular de viajeros perteneciente al Consorcio de Transportes de la Bahía de Cádiz, bajo la modalidad de gestión interesada y procedimiento abierto” (Expediente 43GSvp/15\_C), convocado por el Consorcio Metropolitano de Transportes de la Bahía de Cádiz, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 8 de junio de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante del Consorcio Metropolitano de Transportes de



la Bahía de Cádiz el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 16 de junio de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 145.

El valor estimado del contrato asciende a 11.054.339,68 euros.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** Con fecha 27 de octubre de 2016 la mesa de contratación acuerda inadmitir al procedimiento de adjudicación a las entidades que han licitado con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas NEX CONTINENTAL HOLDINS, S.L.U, VAPORES SUARDÍAZ SUR-ATLÁNTICO, S.L., DAMAS, S.A. y LOS AMARILLOS, S.L.. (entidades recurrentes), no constando en el expediente remitido a este Tribunal que dicho acuerdo fuese notificado a las referidas entidades, publicándose en el perfil de contratante el mismo 27 de octubre.

**CUARTO.** El 15 de noviembre de 2016 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades recurrentes contra el citado acuerdo de la mesa de contratación.

**QUINTO.** El 16 de noviembre de 2016, por la Secretaría del Tribunal se le dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicitó que comunicasen si disponían de órgano especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuesto en su ámbito y, en caso negativo, el informe al recurso, el expediente de contratación, las alegaciones en relación con la medida provisional de suspensión instada por las entidades recurrentes y el listado de



licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en este Tribunal los días 21 y 24 de noviembre de 2016.

**SEXTO.** Por la Secretaría del Tribunal, el 17 de noviembre de 2016, se solicita a las entidades recurrentes que aporten determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por las citadas entidades teniendo entrada en este Tribunal el 21 de noviembre de 2016.

**SÉPTIMO.** Con fecha 23 de noviembre de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentasen las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado la entidad SECORBUS, S.L. (en adelante SECORBUS).

**OCTAVO.** Por este Tribunal en Resolución de 28 de noviembre de 2016 se acuerda adoptar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

Al proceder la actuación impugnada de una Corporación Local es de aplicación el artículo 41.4 del TRLCSP que dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas*



*de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

*En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”*

En lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de dicha disposición estatal, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del mencionado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Consorcio Metropolitano de Transportes de la Bahía de Cádiz comunica en escrito recibido en el Registro de este Tribunal con fecha 21 de noviembre de 2016 que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

**SEGUNDO.** Ostentan legitimación las recurrentes para la interposición del recurso, dada su condición de empresas que han licitado con el compromiso de constituir una unión temporal, de acuerdo con los artículos 42 del TRLCSP y 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Este último precepto dispone que *“En el caso de que varias empresas concurran a*



*una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.*

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

Según la cláusula segunda del pliego de cláusulas administrativas particulares, se trata de un contrato de gestión de servicio público, cuyo objeto es la explotación de un servicio marítimo regular de viajeros, siendo su valor estimado 11.054.339,68 euros.

Al respecto, hay que indicar que a la fecha de publicación de la licitación -8 de junio de 2016- ya había vencido el plazo de transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, siendo de aplicación determinadas previsiones de la misma, aun no traspuesta. Pues bien, hemos de señalar que esta nueva directiva es de aplicación a la concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.

Por otro lado, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, de aplicación asimismo a la presente licitación al haber vencido su plazo de transposición, señala que la misma se aplica a los servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

Así pues, y con independencia de su calificación como contrato de servicios o de concesión de servicios, circunstancia que no es objeto de debate, estamos en presencia de un contrato sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, susceptible de recurso especial.



Por tanto, el contrato objeto de licitación es un contrato sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.b) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*b) Cuando [el recurso] 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.”*

En el presente supuesto, el acuerdo de exclusión impugnado, de 27 de octubre de 2016, no consta en el expediente remitido a este Tribunal que le fuese notificado a las entidades recurrentes, publicándose en el perfil de contratante el mismo 27 de octubre. Si embargo, aun cuando se tome dicho día como *“dies a quo”*, al haberse presentado el escrito de interposición el 15 de noviembre de 2016 en el Registro de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

Con carácter previo, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido del acuerdo, de 27 de octubre de 2016, por el que la mesa de contratación no admite la proposición de la unión temporal a constituir por las empresas ahora recurrentes. Al respecto en el mismo se establece lo siguiente:



*«Que en aplicación del artículo 84 del citado Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que recoge expresamente “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada”.*

*Y de conformidad con lo estipulado en el Anexo III de los Pliego que rigen esta licitación: (...).*

*Esta mesa acuerda que la oferta presentada por la empresa UTE INTEGRADA POR NEX CONTINENTAL HOLDINGS SLU, VAPORES SUARDÍAZ SUR ATLÁNTICO, DAMAS S.A. Y LOS AMARILLOS S.L., presenta error en relación al Beneficio Industrial de la estructura de costes, ofertado para la línea B-065 Cádiz – Rota, (6,19% respecto al resto de partidas), que excede el valor máximo indicado en el Pliego de la licitación (5%), suponiendo este error una causa de inadmisión, según lo establecido en el anexo III de los Pliegos aprobados para regir la licitación.»*

Por otra parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en el Anexo III, de criterios objetivos de adjudicación y baremo de valoración, apartado proposición económica, en lo que aquí interesa, dispone que:

*“Las tarifas que oferten los licitadores en su sobre 3-A Proposición Económica deberán cumplir las siguientes condiciones:*

- No será admitida la oferta de un licitador si se indica como importe correspondiente a Gastos Generales y de Gestión, y Otros, en la línea B-042 Cádiz – El Puerto de Santa María, y/o en la línea B-065 Cádiz – Rota, un valor superior al 1% de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste, excluyendo la partida de Beneficio Industrial.*
- No será admitida la oferta de un licitador si se indica como importe de la partida correspondiente a Beneficio Industrial en la línea B-042 Cádiz – El Puerto de Santa María, o en la línea B-065 Cádiz – Rota, un valor superior al 5% de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste.*



(...)”.

Por su parte, las entidades recurrentes en su recurso se oponen a su exclusión solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, disponga la revocación del acuerdo, de 27 de octubre de 2016, de la mesa de contratación de no admisión de su proposición al procedimiento de licitación del contrato de servicios indicado en el encabezamiento, así como la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de la proposición económica formulada por ella y de la calificación de la solvencia aportada por SECORBUS en la medida en que el acuerdo objeto del recurso ha decidido directa o indirectamente la adjudicación del contrato a su favor como único licitador clasificado.

Combate su exclusión en base a los siguientes argumentos:

Afirma que el párrafo del Anexo III del PCAP relativo a los gastos generales y de gestión, y otros -transcrito anteriormente- hace uso al mismo tiempo de las conjunciones copulativa y disyuntiva "y/o" respecto de las líneas marítimas aludidas para señalar que el importe correspondiente a “Gastos Generales y de Gestión y Otros” en la línea B-042 y/o en la línea B-065 no puede superar un porcentaje determinado so pena de inadmisión de la oferta. A su parecer, es el propio pliego el que con el uso simultáneo de ambas conjunciones enfatiza la interpretación de que ambas líneas deben cumplir con la condición descrita y no solo una; es decir, es el pliego el que está atribuyendo un uso distinto a cada conjunción (acumulativo para el caso de la "y" y excluyente para el caso de la "o") para cubrir así que las dos líneas y no solo una de ellas se ven afectadas por esta condición.

Por el contrario -señalan las recurrentes- la redacción del segundo párrafo del Anexo III del PCAP relativo al beneficio industrial -transcrito asimismo anteriormente-, es notoriamente diferente, en el sentido de que el pliego ha elegido exclusivamente una de las dos conjunciones, en este caso la disyuntiva, para señalar que los importes relativos a la partida correspondiente al “Beneficio Industrial” en una línea o en la otra no pueden exceder del porcentaje que se indica. A su juicio, siguiendo el sentido



que el párrafo anterior dio a la conjunción "o", resulta congruente y lógico entender que en este caso el órgano de contratación vuelve a dar a esa "o" el mismo sentido excluyente que le dio en el supuesto anterior.

Según el parecer de las entidades recurrentes, nos encontramos así ante dos supuestos de inadmisión diferentes -uno referido a los gastos y otro a los beneficios- que además están redactados de forma distinta y que, en consecuencia, le llevaron de forma lógica a interpretar que tienen un alcance y extensión distinta. De lo contrario, si el órgano de contratación quería que ambos criterios de exclusión tuvieran un resultado idéntico, lo coherente habría sido que ambos hubieran estado redactados de forma idéntica, es decir, usando en ambos casos la fórmula "y/o" o bien usando en ambos casos una sola de las conjunciones, sea "y" o sea "o".

En el caso de los “Gastos Generales y de Gestión y Otros”, el importe señalado en su oferta -afirman las recurrentes- es un valor igual al 1 % de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste tanto en el caso de la línea B-402, como en el caso de la línea B-065; sin embargo, en el supuesto del “Beneficio Industrial” y dado que en esta ocasión el pliego únicamente hace uso de la conjunción "o" que une elementos sintácticos mediante disyunción (acción y efecto de separar y desunir), interpretó -y afirma ratificarse en esa interpretación en el presente recurso-, que solo se exige el cumplimiento de la condición respecto de una de las dos líneas y, por lo tanto, presentó una oferta en la que el valor del beneficio industrial de una de las dos líneas indicadas (en este caso la línea B-402) es inferior al 5 %, si bien dicho valor total, en el conjunto de ambas líneas, es igual al 5% exigido.

A su parecer, la diferente redacción de uno y otro párrafo puede sin duda tener su origen en un simple error de redacción del órgano de contratación que, no obstante aun cuando las redacta de forma diferente, pudiera haber pretendido que tuvieran idéntico significado y alcance. Ahora bien -puntualiza el recurso-, de dicho presunto error no pueden derivarse perjuicios, además de la máxima gravedad, para aquel licitador que, haciendo una interpretación lógica de ambas condiciones y tras



observar que aun perteneciendo al mismo anexo y subapartado están redactadas de forma diferente, refleja esta misma diferencia en su oferta.

Concluyen las recurrentes que la exclusión, dada su extrema gravedad y la ablación que supone de los principios básicos de la contratación pública, debe ser siempre la *ultima ratio* en los procedimientos de licitación. A su entender, nunca debió acordarse en el presente procedimiento en el que, existiendo una razonable duda interpretativa inducida por la propia redacción del pliego, debió efectuarse una interpretación de los condicionamientos que resultara lógica con su distinta redacción y respetuosa tanto con el principio de buena fe del licitador (que observa esa discrepancia, y que confía en la claridad del clausulado del pliego) como con la mayor concurrencia posible en la licitación en el marco de la interpretación lógica efectuada por ellas.

En última instancia, matizan las recurrentes, en el supuesto de considerar que la interpretación efectuada por el órgano de contratación era la que debía prevalecer en cualquier caso, dada la oscuridad o ambigüedad del PCAP debió arbitrarse un procedimiento que permitiera la subsanación de la oferta por dicho licitador a fin de no ocasionar perjuicios a quien no intervino en la redacción de los pliegos y efectuó una interpretación lógica y coherente con la literalidad de la redacción de dos cláusulas que tienen redacciones distintas.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que no hay error en la redacción de ambos párrafos del mencionado Anexo III del PCAP. En el primero de ellos, señala el informe al recurso que desde el punto de vista de la lógica aritmética, si se considera el término "y/o", el resultado es idéntico a si se hubiera considerado solo el término "o", dado que el considerar la condición "y", es decir que en ambas líneas B-042 y B-065 se supere el valor del 1%, se está cumpliendo también si en la línea B-042 ó en la línea B-065 se supera el 1%.

En el segundo de los párrafos señala el órgano de contratación que el término "o" utilizado por los pliegos, lo es claramente para advertir a los licitadores interesados



que, al presentar su oferta económica, en ningún caso la partida correspondiente al beneficio industrial puede superar el porcentaje del 5% de la suma del resto de partidas que conforman la estructura de costes de cada una de las líneas marítimas.

A juicio del órgano de contratación, y al contrario de lo argumentado por las recurrentes en su recurso, no hay ningún error de redacción en el pliego, ni posibilidad alguna de interpretación distinta del texto.

Concluye el órgano de contratación que queda claramente indicado en el Anexo III del PCAP que la no admisión de la oferta de un licitador se producirá si se indica como importe de la partida correspondiente a “Beneficio Industrial” en una de las dos líneas marítimas, un valor superior al 5% de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste. Por tanto, al presentar las entidades ahora recurrentes en su oferta para la línea B-065 Cádiz-Rota, un valor del 6,2% en la partida de beneficio industrial respecto al resto de partidas de la estructura de costes de la línea, que es superior al 5% límite, se está produciendo la condición considerada en el citado anterior Anexo III para no ser admitida la oferta económica presentada.

SECORBUS, como entidad interesada, se pronuncia en términos similares al órgano de contratación puntualizando que no hay más que atender a la literalidad del párrafo objeto de controversia para comprender que está prohibido que el beneficio industrial exceda del 5% en una u otra línea.

**SEXTO.** Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia.

Al respecto, como se ha expuesto anteriormente, las entidades recurrentes fueron excluidas porque en su oferta económica para la línea B-065 Cádiz – Rota, la partida correspondiente al beneficio industrial era superior al 5% de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste, lo que contravenía lo dispuesto en el Anexo III del PCAP cuyo tenor en lo que aquí interesa, y como asimismo se ha expresado en el fundamento anterior, es que las tarifas que oferten los licitadores en



su sobre 3-A “Proposición Económica” deberán cumplir, entre otras, la siguiente condición: *“No será admitida la oferta de un licitador si se indica como importe de la partida correspondiente a Beneficio Industrial en la línea B-042 Cádiz – El Puerto de Santa María, o en la línea B-065 Cádiz – Rota, un valor superior al 5% de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste”*.

No ofrece dudas a este Tribunal la redacción del citado párrafo del Anexo III del PCAP, pues queda claro que si en la oferta económica de un licitador la partida correspondiente al beneficio industrial supera el 5% de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste, en la línea B-042 Cádiz – El Puerto de Santa María o en la línea B-065 Cádiz – Rota, dicha oferta no será admitida a la licitación. El párrafo es claro y no admite otra interpretación, siendo causa de inadmisión el superar dicho valor en una u en otra línea y no en el conjunto de las dos como pretenden las recurrentes.

Así pues, la cuestión relativa a la inadmisión de aquellas ofertas en las que la partida correspondiente al beneficio industrial supere el 5% de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste, en una u otra línea -B-042 ó B-065-, queda regulada en los pliegos que rigen el procedimiento, los cuales una vez que devienen firmes al no haber sido impugnados, constituyen la ley del contrato, y por tanto han de respetarse los requisitos y el procedimiento fijados en los mismos si, como es el caso del expediente de referencia, fueron libremente aceptados por los licitadores, entre los que figura las entidades ahora recurrentes, que no los impugnaron.

Por las recurrentes se aceptó el contenido del PCAP, y aún así, ofertó en la partida correspondiente al beneficio industrial un porcentaje superior al 5% -de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste- en una de las dos líneas, en concreto en la línea B-065 Cádiz – Rota.

Las entidades recurrentes conocían el contenido de los pliegos y aceptaron las condiciones de participación en el procedimiento, entre las cuales figuraba la obligación de que la partida correspondiente al beneficio industrial no supere el 5%



de la suma del resto de partidas que conforman su estructura de coste, en una u otra línea marítima, y recogiendo expresamente que su incumplimiento sería causa de inadmisión de la oferta (segundo párrafo del apartado “Proposición económica” del Anexo III del PCAP).

No pueden admitirse las alegaciones de las recurrentes relativas a que partiendo de la redacción del párrafo referido a los gastos -anterior al párrafo relativa al beneficio industrial-, interpretó que en el caso de este último solo se exige el cumplimiento de la condición respecto de una de las dos líneas, pues el párrafo relativo al beneficio industrial es claro e indubitado y el hecho de que ambos párrafos tengan redacción diferente -”y/o” frente a “o”-, no supone que ello constituya un error que genere dudas de interpretación, ni que la diferente redacción de ambos párrafos permita interpretar, como pretende el recurso, que se permite que en una de las dos líneas marítimas el beneficio industrial sea superior al 5% siempre que no se supere en el conjunto de las dos.

No existe, pues, la oscuridad o ambigüedad del PCAP alegada en el recurso, ni es posible subsanar su oferta como propone, pues la redacción de la misma es clara y de aceptarse su alegato, ello supondría la modificación de su oferta.

En definitiva, el principio de igualdad de trato supone que los licitadores deben poder conocer con claridad los requisitos y trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de un licitador aquellos requisitos establecidos para todos los licitadores. Si el licitador no cumplimenta adecuadamente su oferta económica en lo relativo al porcentaje del beneficio industrial en la forma prevista en el pliego, ello determinará tal y como se establece en el mismo la exclusión del procedimiento.

En este sentido se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), que afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de*



*licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80). Así pues, el hecho de que el órgano de contratación se aparte de los documentos de licitación aceptando ofertas que no correspondan al objeto del contrato tal y como éste se define en dichos documentos es inconciliable con los principios de transparencia y de igualdad de trato (sentencia de 13 de septiembre de 2011, Dredging International y Ondernemingen Jan de Nul/EMSA, T-8/09, EU:T:2011:461, apartado 70)”.*

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el presente alegato y confirmar la exclusión del procedimiento de adjudicación de la oferta de la unión temporal a constituir por las empresas ahora recurrentes.

**SÉPTIMO.** En la segunda parte del recurso, se cuestiona la solvencia económica, financiera y técnica o profesional aportada por la empresa SECORBUS, en la medida en que, a su juicio, el acuerdo de la mesa de contratación, de 27 de octubre de 2016, objeto del recurso ha decidido directa o indirectamente la adjudicación del contrato a su favor como único licitador clasificado.

Instan las recurrentes a este Tribunal a conocer del asunto de la solvencia de SECORBUS pues, a su juicio, de no ser estimado el recurso, en cuanto a la inadmisión de su oferta, no habría un momento posterior en el que pudiera hacer valer los argumentos sobre ausencia de solvencia de la citada empresa.



Pues bien, aun cuando las entidades recurrentes cuestionan en su recurso la solvencia de la empresa SECORBUS, lo que realmente están combatiendo es el acuerdo de admisión de la oferta de otro licitador realizada por la mesa de contratación, cuando todavía no se ha producido la adjudicación por el órgano de contratación.

Así pues, procede analizar si los actos de la mesa de contratación consistentes en la admisión de las ofertas presentadas son o no susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Sobre el particular este Tribunal ya se ha pronunciado, entre otras, en su Resolución 23/2012, de 16 de marzo. En la misma con cita en doctrina reiterada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (confirmada recientemente, entre otras, en las Resoluciones 539/2016, de 8 de julio y 930/2016, de 11 de noviembre), se afirma que la aceptación de una proposición no decide directa ni indirectamente la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, porque las recurrentes pueden, en todo caso, recurrir la adjudicación. Es decir, la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, aun cuando pudiera quedar un solo licitador, y además, en caso de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión.

Por consiguiente, se ha de concluir que el acto realmente impugnado por las entidades recurrentes, consistente en la admisión de la oferta presentada por la entidad SECORBUS, no es uno de los actos de trámite cualificados susceptibles de recurso especial conforme a lo establecido en el artículo 40.2 b) del TRLCSP, debiendo, pues, inadmitirse el recurso respecto de dicho acto, sin perjuicio de que, eventualmente, pudiera interponerse recurso contra el acto de adjudicación del contrato.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades que han licitado con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas **NEX CONTINENTAL HOLDINS, S.L.U, VAPORES SUARDÍAZ SUR-ATLÁNTICO, S.L., DAMAS, S.A. y LOS AMARILLOS, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 27 de octubre de 2016, por el que se declara su inadmisión al procedimiento de licitación en relación con el contrato denominado “Gestión de servicio público consistente en la explotación del servicio marítimo regular de viajeros perteneciente al Consorcio de Transportes de la Bahía de Cádiz, bajo la modalidad de gestión interesada y procedimiento abierto” (Expediente 43GSvp/15\_C), convocado por el Consorcio Metropolitano de Transportes de la Bahía de Cádiz.

Inadmitir el recurso interpuesto contra la admisión de la oferta de SECORBUS, S.L por no ser el acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 28 de noviembre de 2016.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998,



de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

