

Recurso 295/2019

Resolución 44/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 11 de febrero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HERBECON SYSTEMS, S.L.** contra la Resolución de 2 de julio de 2019 del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro, instalación y puesta en marcha de puestos de trabajo para oficinas de asistencia técnica en materia de registro, para los Ayuntamientos y ELA´s de la provincia de Sevilla, menores de 20.000 habitantes. PLAN SUPERA VI. (Expte. 2018/001301-PCA), convocado por la Diputación Provincial de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de febrero de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el 14 de febrero de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato asciende a 223.139,32 euros y entre las empresas que presentaron sus



proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el 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 y por 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, con fecha 2 de julio de 2019 el órgano de contratación resuelve la adjudicación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la entidad TEKNOSERVICE, S.L. (en adelante, TEKNOSERVICE).

La citada resolución de adjudicación ha sido publicada en el perfil de contratante el 2 de julio de 2019, no constando en el expediente de contratación remitido su notificación a la entidad recurrente.

CUARTO. El 23 de julio de 2019, la entidad HERBECON SYSTEMS, S.L., (en adelante, HERBECON) presenta en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial contra la resolución de adjudicación de 2 de julio de 2019.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 24 de julio de 2019, se requiere al órgano de contratación para que aporte el expediente de contratación, informe sobre el recurso, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 1 de agosto de 2019, a excepción del listado de licitadores que previa petición realizada el 19 de agosto de 2019, fue remitida el 22 de agosto de 2019.

SEXTO. Mediante escritos de 29 de agosto de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo concedido para ello la entidad TEKNOSERVICE, solicitando en su escrito la imposición de multa a la entidad recurrente.



SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso no se ha podido cumplir el plazo para resolver dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por la Diputación Provincial de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, del convenio, a tal efecto, formalizado el 26 de septiembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Sevilla, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta en principio legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio del análisis que se efectuará más adelante.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos 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 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso



es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, la resolución de adjudicación impugnada fue publicada en el perfil de contratante el 2 de julio de 2019, no constado en el expediente de contratación remitido su notificación individual a la recurrente; no obstante en cualquier caso habiendo sido dictada la adjudicación en idéntica fecha, el escrito de recurso presentado el 23 de julio de 2019, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

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 el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación de 2 de julio de 2019, solicitando que, con estimación del mismo, se acuerde su nulidad, alegando para ello, en síntesis, que pese a las reiteradas peticiones realizadas al órgano de contratación, solicitando el acceso a distinta información correspondiente a la oferta presentada por la adjudicataria TEKNOSERVICE, estas no han sido atendidas, originándole la consiguiente indefensión, impidiéndole según indica *“contar con la preceptiva información suficiente para interponer su recurso basado en fundadas razones contra las causas que, supuestamente, han fundamentado la adjudicación de TEKNOSERVICE S.L y por consiguiente, contra la adjudicación adoptada”*.

En concreto y según se indica en su escrito de recurso, solicita el acceso al informe técnico resultante del test BapCo Sysmark 2014 SE realizado en las muestras suministradas de los equipos ofertados por TEKNOSERVICE para la comprobación in situ de los valores de rendimiento indicados en su oferta, así como del documento original de medición entregado por los licitadores y el informe técnico de valoración de las ofertas, todo ello según manifiesta, al objeto de poder contrastar el cumplimiento por la oferta de la adjudicataria de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas.

Asimismo, la recurrente refiere que lejos de facilitarle la información solicitada el 2 de julio de 2019 a las 14:20:13 ha recibido un email procedente de “licitaciones electrónicas” de la Diputación de Sevilla, comunicándole su exclusión del presente procedimiento de contratación, el cual anexa a su escrito de recurso.



De lo expuesto, se evidencia que la finalidad perseguida por la recurrente con la interposición del presente recurso es combatir la adjudicación del presente contrato a TEKNOSERVICE, sin que esgrima ningún motivo para combatir la exclusión de su oferta del presente procedimiento, siendo esta conocida por la recurrente, de acuerdo con lo expuesto en su propio escrito de recurso.

En consecuencia, en tanto que la entidad HERBECON es conocedora de su exclusión del presente procedimiento de contratación, no constando a este Tribunal que la misma haya sido impugnada y no habiendo combatido tal decisión en el presente recurso contra la adjudicación, aquella ha adquirido carácter definitivo, de modo que ningún beneficio puede obtener ya en el seno del procedimiento cuya adjudicación impugna.

Al respecto, con ocasión de un supuesto similar se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 439/2019, de 27 de diciembre, al disponer que *“Sin embargo, en la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, asunto C355/15, se dispuso que es admisible que una licitadora que ha sido excluida de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando la licitadora excluida y la adjudicataria del contrato son las únicas que han presentado ofertas y aquella licitadora sostiene que la oferta de la adjudicataria también debería haber sido rechazada.*

En concreto en el apartado 33 y siguientes de la citada Sentencia de 21 de diciembre de 2016 se establecía:

«33 De ello se infiere que el principio jurisprudencial sentado en las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), y de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), no es aplicable a la situación procesal y contenciosa controvertida en el litigio principal.

34 Procede observar, por añadidura, que, como resulta de los artículos 1, apartado 3, y 2 bis de la Directiva 89/665, ésta garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino



también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada.

35 En estas circunstancias, no cabe interpretar el artículo 1, apartado 3, de la mencionada Directiva en el sentido de que se opone a que a un licitador como el consorcio se le niegue el acceso al recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, en tanto en cuanto deba considerarse a dicho consorcio un licitador definitivamente excluido en el sentido del artículo 2 bis, apartado 2, párrafo segundo, de la misma Directiva.

36 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.».

Igualmente, la doctrina del Tribunal Supremo (valga por todas las Sentencias de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 12 y 18 de abril de 2012) señala que una vez que la recurrente fue excluida del procedimiento de contratación y consintió dicha exclusión, se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carece de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo”.

Por lo expuesto, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, al constar la falta de legitimación de la recurrente para impugnar la adjudicación al haberse aquietado a la exclusión de su oferta y no combatirla, procede inadmitir el recurso por tal causa, lo que impide entrar a conocer los motivos de fondo en que se ampara.

Procede, pues, la inadmisión del recurso interpuesto por ausencia de interés legítimo.

SEXTO. Por último, procede analizar la solicitud de imposición de multa de acuerdo con el artículo 58.2 de la LCSP, realizada por la entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones al recurso interpuesto, al entender que la recurrente era conocedora de la inconsistencia de sus argumentos, así como de la



imposibilidad de que sus pretensiones fueran estimadas, considerando además que la propia actuación de la recurrente pone de relieve su inexcusable desconocimiento de los pliegos.

Pues bien, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 15/2019, de 22 de enero, 226/2019, de 9 de julio y 410/2019, de 3 de diciembre), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

No obstante, en el supuesto examinado, de lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, que determina que el recurso deba ser inadmitido, no cabe asumir que el proceder de la recurrente obedezca a una actuación deliberada y consciente constitutiva de mala fe o temeridad en el sentido expresado por el Tribunal Supremo en la sentencia citada, determinante de la imposición de la multa solicitada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso interpuesto por la entidad **HERBECON SYSTEMS, S.L.** contra la Resolución de 2 de julio de 2019 del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro, instalación y puesta en marcha de puestos de trabajo para oficinas de asistencia técnica en materia de registro, para los Ayuntamientos y ELA’s de la provincia de Sevilla, menores de 20.000 habitantes. PLAN SUPERA VI, (Expte. 2018/001301-PCA) convocado por la Diputación Provincial de Sevilla, al concurrir falta de legitimación para su interposición.



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

