

Recurso 96/2020

Resolución 234/2020

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

Sevilla, 9 de julio de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad denominada **ROSENBAUER ESPAÑOLA,S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, adoptado en la sesión celebrada el 10 de febrero de 2020 relativo al contrato denominado “Suministro de 6 vehículos Autobombas urbanas ligeras”(Expte. 944/2019), convocado por el Consorcio Provincial de Bomberos de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 22 de diciembre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 24 de diciembre de 2019 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, consta la publicación en el perfil de contratante de los pliegos que rigen la presente licitación el 24 de diciembre de 2019.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.569.226,39 euros, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, según consta en la



documentación que obra en el expediente de contratación.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. En sesión celebrada por la mesa de contratación el 28 de enero de 2020, tras el examen de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se declaran admitidas las siguientes empresas: FLOMEYCA S.A., IVECO ESPAÑA S.L., ROSENBAUER ESPAÑOLA, S.A.

Posteriormente tras la apertura de los archivos electrónicos C, “Documentación ponderable a través de juicios de valor” y remisión de la misma a los servicios técnicos para su valoración, se emite el 8 de febrero de 2020, informe de valoración técnica en el que se propone *“Excluir a las empresas IVECO ESPAÑA S.L. y ROSENBAUER ESPAÑOLA S.A. del presente Expediente de Contratación por no cumplir el Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

En sesión celebrada por la mesa de contratación el 10 de febrero de 2020, según consta en el acta de 12 de febrero de 2020 -que obra en el expediente remitido-, para “la apertura de los archivos electrónicos «B» y propuesta de adjudicación” la mesa asume el contenido del informe técnico de valoración citado y propone al órgano de contratación la adjudicación del presente contrato a la entidad FLOMEYCA S.A. por ser la oferta mejor valorada.

Mediante Decreto de 12 de febrero de 2020, el Presidente del Consorcio Provincial de Bomberos resuelve aprobar la clasificación de las proposiciones propuesta por la mesa de contratación y requerir la documentación previa a la adjudicación a la entidad FLOMEYCA S.A.

CUARTO. El 24 de febrero de 2020 -previo acceso a la documentación técnica presentada por los distintos licitadores en sede del órgano de contratación- tiene entrada en el Registro electrónico del Consorcio Provincial de Bomberos de Málaga, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ROSENBAUER ESPAÑOLA,S.A. (en adelante ROSENBAUER), contra el acuerdo adoptado por la mesa



de contratación en sesión celebrada el 10 de febrero de 2020, -recogida en el acta de 12 de febrero de 2020-, ya que de la documentación remitida se constata que es en dicha acta donde se recoge el acuerdo impugnado y no en la de 4 de febrero a la que se refiere por error la recurrente.

El Consorcio de Bomberos de Málaga ha remitido el recurso presentado, teniendo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal el 9 de marzo de 2020. Asimismo, consta la remisión por el órgano de contratación el 13 de marzo de 2020, del Decreto de 12 de marzo de 2020 del Presidente del Consorcio Provincial de Bomberos de Málaga (en adelante, CPB) de remisión, junto con el expediente de contratación y el informe al recurso.

QUINTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

En el supuesto examinado, el Consorcio de Bomberos de Málaga, ha enviado el escrito de recurso, el expediente de contratación y el informe sobre el recurso; por tanto, aun cuando no ha manifestado expresamente que carezca de órgano propio para resolver el recurso, la remisión de la documentación



relativa al mismo indicando que éste es enviado para su resolución, pone de manifiesto que no dispone de aquel, y ello determina que corresponda a este Tribunal la resolución del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. En principio, ostenta legitimación la 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 de lo que se analizará 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 valor estimado superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que contra el citado contrato cabe recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44.1.a) de la LCSP.

En cuanto al acto recurrido, si bien la recurrente en su recurso alude al acta de 12 de febrero de 2020, correspondiente al acuerdo de la mesa de contratación, adoptado en la sesión celebrada el 10 de febrero, no obstante atendiendo a su contenido y a la pretensión en él solicitada, procede analizar los motivos expuestos en el mismo al objeto de determinar el concreto acto impugnado.

Al respecto, la recurrente pone de manifiesto que es con ocasión del acta correspondiente a la citada sesión cuando tiene conocimiento de los motivos por los que se excluye su oferta, así como de la propuesta de adjudicación a la entidad FLOMEYCA, S.A -aunque por error indica adjudicación-, asimismo indica que tras la revisión de la documentación técnica ha podido constatar que los motivos invocados para su exclusión -referidos a distintos incumplimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) - no son objetivos, y ello por cuanto considera que:

- La redacción de los pliegos van dirigidos a la empresa propuesta adjudicataria con clara vulneración del principio de libre competencia.
- Que el motivo de exclusión relativo a la caja de cambios (punto 3.2.6), es también aplicable a la empresa Flomeyca -propuesta adjudicataria-.



- Respecto al resto de los motivos por los que resulta excluida, manifiesta que no constituyen un incumplimiento en sí mismo de los requisitos del PPT, sino que están referidos a una fabricación distinta que no vulnera ni merma la seguridad y la calidad de los vehículos, estando motivados los referidos incumplimientos por la redacción orientada del PPT.

A continuación rebate de forma pormenorizada los distintos incumplimientos imputados a su oferta.

Finalmente, concluye su escrito solicitando literalmente que *“el procedimiento se declare desierto y salga de nuevo a Licitación con una redacción tal, que no vulnere la libre concurrencia”*.

Del análisis conjunto del contenido del recurso y de la pretensión solicitada –la declaración de desierto del procedimiento- se evidencia que la recurrente no ataca la exclusión de su oferta, sino la indebida admisión de la entidad FLOMEYCA, S.A propuesta adjudicataria, constituyendo las distintas irregularidades invocadas con motivo de su exclusión un mero instrumento para evidenciar que la oferta de la entidad propuesta adjudicataria también incumple el pliego, circunstancia esta puesta de manifiesto de forma expresa al indicar en su escrito que *“Los motivos de exclusión acerca de la Caja de cambios es también aplicable a la empresa propuesta como adjudicataria”*.

Respecto a la indebida admisión de la oferta de FLOMEYCA, S.A. dicho acto es susceptible de recurso especial de conformidad con el artículo 44.2 b) de la LCSP.

No obstante, la admisión del recurso frente al mismo habrá de analizarse a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad y particularmente de la legitimación. En este sentido, este Órgano en su reciente Resolución 227/2020 de 2 de julio, con cita de su Resolución 132/2019, de 26 de abril, indicaba que *«(...) este Tribunal (Resolución 280/2018, de 10 de octubre) ha señalado que la procedencia del recurso especial contra el acto de admisión de ofertas o de licitadores “habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la in admisión del recurso”*.

En el sentido expuesto, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15 (Marina del Mediterráneo AL y otros contra Agencia Pública de Puertos de



Andalucía), que, analizando la procedencia del recurso interpuesto por un licitador contra el acto de admisión de otro, afirma que “(...) incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”. También en términos parecidos se pronuncian otros Tribunales de Recursos Contractuales, como el de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 131/2018, de 25 de abril y 157/2018, de 22 de mayo.

Y es que siendo el recurso especial un mecanismo ágil y eficaz que permite corregir decisiones de los poderes adjudicadores en un momento del procedimiento en que todavía es posible la corrección de la infracción (artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, conocida como Directiva de recursos), se corre el peligro de que este instrumento ágil pueda perder su virtualidad y entorpecer o ralentizar el curso de los procedimientos de adjudicación si, en cualquier momento de la licitación, cualesquiera decisiones de los poderes adjudicadores pudieran ser impugnadas por cualesquiera licitadores, sin analizar antes la concurrencia en estos últimos de un interés legítimo en el sentido que viene reconociendo nuestra jurisprudencia de interés cierto y concreto, no meramente potencial o hipotético.

En este punto, no debe olvidarse que el interés de todo licitador que participa en un procedimiento de adjudicación es resultar adjudicatario, pero dicho interés solo adquiere entidad suficiente para fundamentar la legitimación en un recurso -en este caso, el recurso especial- cuando la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la levitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. En este sentido, es abundante y constante la doctrina del Tribunal Supremo (viga. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002) conforme a la cual el interés legítimo “presupone que la resolución administrativa [el acto impugnado] pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.».

Pues bien, en el presente supuesto, la recurrente con ocasión del recurso interpuesto no combate la exclusión de su oferta, lo que supone que consiente y acepta la misma, reconociendo implícitamente que su oferta incumple el pliego.



Lo anterior determina que la finalidad perseguida por la recurrente con la interposición del presente recurso no es la admisión de su oferta a la presente licitación para poder obtener la adjudicación del contrato sino la exclusión de la entidad propuesta adjudicataria –única licitadora admitida tras la apertura de la documentación técnica- y consiguiente declaración de desierto del procedimiento.

Al respecto, procede traer a colación la Resolución 197/2020, de 4 de junio, de este tribunal al disponer que *“Sobre lo anterior y como este Tribunal ha venido pronunciando (v.g. Resolución 439/2019, de 27 de diciembre, 44/2020, de 11 de febrero, 91/2020 y 95/2020 ambas de 13 de marzo), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sostiene que en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, las entidades licitadoras tienen un interés legítimo en que se excluya la oferta de las otras para obtener el contrato, con independencia del número de entidades participantes en el procedimiento y del número de ellas que haya interpuesto recurso.(...)”*

(...) 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 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”.

Aplicando todo lo anterior al presente supuesto, se debe concluir que en tanto que la entidad ROSENBAUER fue excluida del procedimiento de contratación y dado que no combatió tal decisión en el recurso interpuesto con el objetivo de ser admitida a la licitación, aquella decisión ha devenido firme y consentida, quedando la entidad recurrente ajena al presente procedimiento de licitación, por lo que ningún beneficio puede obtener ya en el seno del mismo con la impugnación de la admisión de la empresa propuesta adjudicataria, lo que conlleva que carezca de legitimación para la interposición del presente recurso.

La concurrencia de la causa de inadmisión expuesta impiden entrar a conocer el resto de requisitos de admisión, así como los motivos de fondo en que el recurso se sustenta.



ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad denominada **ROSENBAUER ESPAÑOLA,S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, adoptado en la sesión celebrada el 10 de febrero de 2020 relativo al contrato denominado “Suministro de 6 vehículos Autobombas urbanas ligeras”(Expte. 944/2019), convocado por el Consorcio Provincial de Bomberos de Málaga, por concurrir falta de legitimación de la entidad recurrente para la interposición del recurso.

SEGUNDO. 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.

TERCERO. 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.

