

Recurso 135/2020

Resolución 360/2020

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

Sevilla, 29 de octubre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ABBOLUTE COMUNICACIÓN, S.L.** contra la resolución de 27 de febrero de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “*Servicios de la promoción de la igualdad de género en el sector TIC Andaluz. Lote 1: OFICINA TÉCNICA WOMAN DIGITAL*” (Expte. CONTR 2019 0000038157), promovido por la entonces Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 27 de marzo de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El mencionado anuncio fue publicado el mismo día en el Diario Oficial de la Unión Europea nº2019/S 061-141803.



El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 284.154,01 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. 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 citada Ley y por 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 citada LCSP

TERCERO. Mediante resolución, de 27 de febrero de 2020, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad se adjudica el contrato citado a favor de la entidad COMUNICACIONES Y PRODUCCIONES DEL SUR, S.L..

CUARTO. El 9 de junio de 2020 tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ABBSOLUTE COMUNICACIÓN, S.L. , contra la citada resolución de adjudicación.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 9 de junio de 2020, dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole el informe sobre el mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación fue remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal.

SEXTO. Con fecha 19 de agosto de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo señalado las presentadas por la entidad COMUNICACIONES Y PRODUCCIONES DEL SUR, S.L.



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.

SEGUNDO. Desde un punto de vista formal, 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 del análisis que se efectúa a continuación.

Antes de analizar el resto de los requisitos de admisión así como el fondo de la cuestión, procede examinar detenidamente la legitimación ad causam de la recurrente respecto a la resolución de adjudicación impugnada.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 27 de febrero de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo, *“se resuelva declarar inadmisile la oferta de COMUNICACIONES Y PRODUCCIONES DEL SUR, S.L., por incumplimiento de los artículos 66.1 y 140.4 de la LCSP”*.

Sin embargo, previamente, la oferta de la recurrente había sido excluida del procedimiento de licitación por acuerdo de la mesa de contratación en la sesión del día 18 de diciembre de 2019, celebrada, para entre otros asuntos, analizar la documentación que ésta había aportado tras el requerimiento de subsanación de la documentación que había presentado como entidad propuesta adjudicataria del contrato.

En el acta de la sesión de la mesa de contratación antes citada se hizo constar que *“ La empresa presenta una copia simple de escritura de elevación a público de Acuerdos Sociales sobre ampliación de objeto social fechado a 12 de diciembre de 2019, es decir, perfeccionado una vez finalizado la fecha final de presentación de ofertas, que fue el 28 de mayo de 2019.*

Por consiguiente, se deduce, que dentro del objeto social de la empresa, a la fecha final del plazo de presentación de ofertas, no se contemplan las prestaciones que son objeto de la licitación del presente Lote 1, contraviniendo el artículo 66.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo tenor literal establece “Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuya prestaciones estén comprendidas dentro de



los fines, objeto o ámbito de la actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios” y además, el artículo 140.4 de la misma norma legal preceptúa que “Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”.

En consecuencia, la mesa de contratación acuerda *“considerar inadmisibles las subsanaciones efectuadas por la empresa ABBSOLUTE COMUNICACIÓN, S.L. y proponer al órgano de contratación la adjudicación del Lote 1 a la proposición de la empresa, COMUNICACIONES Y PRODUCCIONES DEL SUR, S.L., que ocupaba el siguiente lugar en la clasificación de las ofertas efectuada en la sesión de la Mesa del pasado 13 de noviembre, cuyo acta fue objeto de publicación en el perfil de contratante de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía”.*

Así, queda claro que la oferta de la ahora recurrente fue excluida de la licitación, sin que dicha exclusión haya sido atacada con ocasión del presente recurso contra la adjudicación, pues su pretensión es que se inadmitiese la oferta de la adjudicataria, que entiende debió ser excluida por las mismas razones que fueron esgrimidas para inadmitir la suya. Por tanto, ha de considerarse que el acto de exclusión de la adjudicataria ha de entenderse consentido y firme.

Teniendo en cuenta lo anterior, la eventual estimación del presente recurso, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría respecto a este beneficio alguno más allá que la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de un futuro procedimiento de contratación si el órgano de contratación lo convocara, desbordando así el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual, cuando dispone que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...).”*

En diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre y 25/2020, de 30 de enero) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del



Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto, en el que la exclusión de la recurrente ha devenido firme. En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella.

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.

Así, 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 a 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 la sentencia (Sala 3ª, Sección 7ª de lo Contencioso), de 18 de abril de 2012, dictada en el recurso de casación 5139/2011 (Roj STS 2379/2012) concretamente, en el fundamento de derecho segundo señala que *“Evidentemente, resulta de todo lo expuesto que el Tribunal de instancia no llevó a cabo una adecuada aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida en las resoluciones de referencia, puesto que en el presente caso no albergaba la sociedad demandante suficiente legitimación para recurrir en vía contencioso administrativa y debiera haber sido inadmitido el escrito de interposición presentado por parte del citado Tribunal, sin que en ningún caso pudieran estimarse las pretensiones de la misma tal como ser verificó. Una vez que el recurrente fue excluido del procedimiento de contratación y consintió dicha exclusión, se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carecía de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo.”.*



En consecuencia, se aprecia causa de inadmisión del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP , lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ABBSSOLUTE COMUNICACIÓN, S.L.** contra la Resolución de 27 de febrero de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado *“Servicios de la promoción de la igualdad de género en el sector TIC Andaluz. Lote 1: OFICINA TÉCNICA WOMAN DIGITAL ”* (Expte. CONTR 2019 0000038157), promovido por la entonces Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, por falta de interés legítimo para recurrir.

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.

