

Recurso 293/2020

Resolución 427/2020

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

Sevilla, 3 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** contra la resolución, de 11 de septiembre de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de comunicaciones de voz y datos del Ayuntamiento de Fuengirola” convocado por el citado Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), (Expte. 010/2019-CONTR), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de abril 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 fue también publicado el 18 de abril de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato asciende a 754.000 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

(LCSP). Igualmente, le 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 (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 29 de noviembre de 2019 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a favor de VODAFONE ESPAÑA, S.A. (VODAFONE, en adelante). Contra la citada resolución, el 23 de diciembre de 2019, se presentó recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A. (en adelante, ORANGE).

CUARTO. Este Tribunal dictó Resolución 252/2020, de fecha 16 de julio de 2020, sobre el referido asunto, en la que se acordó estimar el recurso y, en consecuencia, anular el acto de adjudicación con retroacción de las actuaciones a fin de que se procediese a la exclusión de la oferta adjudicataria con continuación del procedimiento y, en su caso, adjudicación del contrato a quien proceda.

QUINTO. Reanudada la tramitación del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación, con fecha 11 de septiembre de 2020, dicta nueva resolución de adjudicación del contrato a favor de la entidad ORANGE.

SEXTO. Contra la citada resolución, el 30 de septiembre de 2020, se presentó en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VODAFONE.

SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 1 de octubre 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 con fecha 14 de octubre de 2020.

OCTAVO. Mediante escritos de 4 de noviembre de 2020 se dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiéndose presentado en plazo las



formuladas por ORANGE.

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 Ayuntamiento de Fuengirola ha remitido el expediente de contratación y, si bien no ha declarado de manera expresa que carezca de órgano propio para resolver el recurso, en su informe sobre el mismo se dirige a este Tribunal calificándolo como competente para dictar resolución. Ello, unido a la mencionada remisión de la documentación relativa al recurso, pone de manifiesto que no dispone de tal órgano propio, lo que 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. 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 en el fundamento de derecho quinto.

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.

Es objeto de impugnación la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente al amparo del artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que «*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*



d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.»

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que «*Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.»

En el supuesto analizado, la resolución impugnada fue remitida a la entidad recurrente con fecha 14 de septiembre de 2020, sin que conste en el expediente la fecha de recepción de la notificación. No obstante, aún computando el plazo desde la fecha en que se dictó el acto de adjudicación, el recurso presentado el 30 de septiembre de 2020 en el Registro de este Tribunal se ha interpuesto en plazo legal.

QUINTO. Procede, en el presente supuesto, examinar la legitimación ad causam de la recurrente respecto a la resolución de adjudicación impugnada. A tal efecto y en lo que aquí interesa, se han de analizar las pretensiones que contra la misma se contienen en el escrito de recurso.

VODAFONE solicita la nulidad de la resolución de adjudicación del contrato, y la exclusión de la oferta de ORANGE del procedimiento de adjudicación, fundamentando sus pretensiones en el hecho de que la referida empresa ha incumplido las previsiones de los apartados 15 y 17 del pliego de prescripciones técnicas (PPT). A tal efecto argumenta, que justamente y por idénticos motivos, la hoy recurrente, resultó excluida del procedimiento de adjudicación, y ello tras la Resolución de este Tribunal 252/2020, de 16 de julio, en la que literalmente se afirmaba: *“es innegable que los apartados 15 y 17 del PPT exigen especificar en la proposición una serie de precios y costes para el caso de que, durante la vida del contrato, se dé la circunstancia allí descrita y de ese modo poder “facturar aparte” los elementos y servicios adicionales”*. Por lo que, argumenta la recurrente, no excluir la oferta de ORANGE, habiendo incurrido en los mismos incumplimientos que ocasionaron su exclusión, supondría aplicar diferentes criterios de admisión a los licitadores en un mismo procedimiento de adjudicación y por consiguiente



vulneraría los principios que deben regir la contratación pública como son los de igualdad de trato y no discriminación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso, tras tomar en consideración el informe técnico emitido al respecto por el Departamento Municipal de Informática, concluye lo siguiente:

“informar favorablemente a la estimación del recurso interpuesto por dicha entidad frente al último acuerdo de adjudicación del contrato recaída en ORANGE, al estimar que la oferta de esta última entidad incurre en los mismos defectos que VODAFONE, procediendo también en consecuencia la exclusión de su oferta en coherencia con lo dictaminado por el Tribunal”.

Por tanto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación del contrato, solicitando la exclusión de ORANGE. Ahora bien, en esa misma resolución el órgano de contratación, acordó la exclusión de la entidad recurrente; y ello en cumplimiento de la citada Resolución 252/2020 de 16 de julio, sin que conste a este Tribunal que ésta haya sido judicialmente impugnada, ni haya manifestación alguna al respecto en el escrito de recurso; por tanto, el acto de exclusión de la proposición de VODAFONE del referido procedimiento de adjudicación ha de entenderse consentido y firme.

Pues bien, en diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero y 360/2020, de 29 de octubre) 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.

Teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el presente supuesto, se constata que la eventual estimación del 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 éste beneficio alguno, teniendo en cuenta además que en principio habría dejado firme su exclusión al no constar impugnación alguna en vía judicial. VODAFONE, en



su escrito de recurso, fundamenta su legitimación, para solicitar la exclusión de ORANGE, en el interés de que la adjudicación, finalmente, sea declarada desierta. Pues bien, el interés alegado por la referida mercantil, resulta insuficiente para recurrir el acto de adjudicación, dado que se trata de un interés basado en la hipotética posibilidad de que, tras la declaración de desierto, la recurrente pudiera resultar adjudicataria de un futuro procedimiento de contratación, y ello, en el supuesto de que el órgano de contratación lo convocara; desbordándose 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 (...)”*

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 hayan 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 se 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.”.*

Aplicando todo lo anterior al presente caso, se debe concluir 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.

Este criterio relativo a la falta de legitimación en los términos expuestos ha sido confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia 2784/2019, de 3 de julio, n.º de recurso 990/2016:

“Y de aquí deriva precisamente la falta de legitimación por ausencia de interés legítimo de la recurrente para impugnar los actos de adjudicación, en tanto como se ha dicho había quedado excluida previamente del procedimiento de contratación; aunque inicialmente lo ostentara al ser una de las licitadoras, pero no tras su exclusión.”

Por lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, que regula los supuestos de inadmisión del recurso especial y que prevé que: *«El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos”:*

(...)

b) La falta de legitimación de la recurrente (...) »; procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por falta de interés legítimo de la recurrente para su interposición, lo cual impide a este Tribunal entrar a conocer del motivo de fondo que el mismo plantea, y en consecuencia pronunciarse sobre el escrito de allanamiento presentado por el órgano de contratación en relación con el mismo.

Todo ello sin perjuicio de las actuaciones procedimentales que el órgano de contratación pueda eventualmente llevar a cabo, en el ámbito de la normativa sobre contratación pública, a fin de evitar la formalización de un contrato que pudiese no ajustarse a los requisitos exigidos en el PPT.

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 **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** contra la resolución, de 11 de septiembre de 2020, del órgano de



contratación por la que adjudica el contrato denominado “Servicio de comunicaciones de voz y datos del Ayuntamiento de Fuengirola” convocado por el citado Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), (Expte. 010/2019-CONTR), por falta de interés legítimo para recurrir.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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.

