

Recurso 294/2021

Resolución 262/2021

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

Sevilla, 1 de julio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AGRICOLAIR S.L.** contra la resolución de 27 de mayo de 2021, de la Directora General de Medio Natural, Biodiversidad y Espacios Protegidos, por la que se adjudica el lote número 2 del contrato denominado “Servicio de apoyo a la lucha contra incendios forestales con helicópteros pesados para el lanzamiento de agua, aviones de carga en tierra y helicópteros para el transporte de siete combatientes y lanzamiento de agua para el periodo 2021 a 2022” (Expte. CONTR 2020 0000583454), convocado por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, este Tribunal en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de enero de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento, día en que los pliegos fueron puestos a disposición de las posibles personas interesadas.



Posteriormente, en fechas 1 y 26 de febrero de 2021 se han publicado sendas aclaraciones del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) en el perfil de contratante.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 44.844.000 euros

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. Con fecha 8 de marzo de 2021 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación, tramitado con el número 98/2021, interpuesto por la entidad AGRICOLAIR S.L. (en adelante, AGRICOLAIR), contra los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación. Dicho recurso fue resuelto por este Tribunal mediante la Resolución 128/2021, de 8 de abril de 2021. En ella se acuerda la inadmisión del recurso especial, motivada en el hecho de que el escrito de impugnación se presentó de manera extemporánea.

CUARTO. El día 11 de junio de 2021 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación, tramitado con el número 268/2021, interpuesto por AGRICOLAIR contra la resolución de adjudicación del lote número 3 del expediente de licitación objeto de recurso. Tal recurso fue resuelto por este Tribunal mediante la Resolución 242/2021, de 17 de junio de 2021. En ella se acuerda la inadmisión del escrito de recurso, motivada por la falta de legitimación de la entidad recurrente al no haber presentado oferta al mencionado lote.

QUINTO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, el 27 de mayo de 2021, el órgano de contratación, dictó resolución de adjudicación a favor de la entidad licitadora MARTÍNEZ RIDAO AVIACIÓN,



S. L., en relación con el lote 2. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el mismo 27 de mayo de 2021.

SEXTO. El 21 de junio de 2021, AGRICOLAIR presentó en el registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del lote número 2 anteriormente mencionada.

SÉPTIMO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 22 de junio de 2021, se dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se le solicitó el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, así como el listado de licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación solicitada tuvo entrada en el registro de este Tribunal con fecha de 23 de junio de 2021.

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. Con carácter previo al estudio de los demás requisitos de admisión del recurso y de los motivos en que este se sustenta, procede examinar la legitimación de la recurrente respecto a la resolución de adjudicación impugnada.

Para ello, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 48 de la LCSP, que dispone “ *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, 25/2020, de 30 de enero y 172/2020 de 1 de junio) 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. 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 procedería la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella.

En el presente supuesto, la recurrente impugna la resolución de adjudicación solicitando la anulabilidad del procedimiento, por entender que el poder adjudicador otorga ventaja a la adjudicataria, fundamentando su pretensión de acuerdo con la redacción del artículo 40 de la LCSP en no dividir el contrato en tantos lotes como número de aeronaves se licitan, conllevando esto una discriminación hacia las posibles empresas licitadoras en el procedimiento.

Al respecto, argumenta que los artículos 123, 124 y 126 de la LCSP, velan por que se proporcione a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no se generen obstáculos injustificados y sin fundamento técnico, a la apertura de la contratación pública a la competencia. Dichos preceptos se han transgredido, según la recurrente, por lo que la adjudicación sería fruto de un quebrantamiento del principio de igualdad, favoreciéndose a empresas a las que se le han adjudicado con anterioridad contratos de similar objeto.

En concreto, argumenta que la división en dos lotes, el 2 y el 3, es una herramienta para producir la discriminación de determinadas licitadoras y en consecuencia este hecho vicia la adjudicación del lote número 2. Motiva este hecho con referencia a una posible falta de eficacia en la prestación del servicio



objeto de recurso, por ello no concibe AGRICOLAIR la razón por la que pueda haber dos lotes de tres aviones y no seis de uno porque todos los aviones son destinados a bases independientes con un avión en cada una de ellas y separadas en más de 150 kilómetros unas de otras. Ni una acción coordinada, ni una posible “multiasistencia” pueden explicar la decisión de agrupar en dos lotes, seis aviones, tres en cada uno de ellos.

En adición, aduce la recurrente la existencia de especificaciones discriminatorias en los pliegos. En concreto, señala que para concurrir al lote objeto de recurso, el pliego de prescripciones técnicas exige la prestación del servicio mediante aviones de 3000 litros o superior, así como compuerta computarizadas para descargas múltiples. Asimismo se requiere capacidad para despegar con combustible para 2 horas y que la nave pueda volar a una velocidad de 270 Km/hora.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe al recurso, manifiesta que no se ha limitado en ningún caso la concurrencia, por cuanto la división en lotes responde a un criterio técnico en función de las misiones a realizar por las aeronaves. Igualmente, esgrime que la decisión de dividir el contrato en lotes y su número, es competencia discrecional del propio órgano de contratación de acuerdo con sus necesidades y funcionalidades. La división, aduce el órgano de contratación, no puede conllevar hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes pudiera suponer el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

Asimismo, pone de relieve que la entidad recurrente carece de legitimación porque no ha presentado oferta a ninguno de los lotes del expediente de la presente licitación, y por ende tampoco al lote 2. Además hace referencia a la interposición del recurso especial número 98/2021 anteriormente mencionado por parte de AGRICOLAIR, reseñando que el mismo fue inadmitido por su presentación fuera de plazo. Como consecuencia de ello, el órgano de contratación insiste en que la recurrente ni presentó oferta pudiendo hacerlo, ni recurrió los pliegos en plazo, pudiendo igualmente hacerlo. Seguidamente, invoca el órgano en su informe, la Resolución 242/2021, de 17 de junio de 2021, para reforzar su posición respecto a la ausencia de legitimación de AGRICOLAIR.



Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, procede en primer lugar poner de manifiesto que no habiendo presentado oferta la recurrente, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, ninguna legitimación ostenta para impugnar la adjudicación, ya que en modo alguno puede resultar adjudicataria del presente contrato, estando como ya se ha expuesto, el interés legítimo para impugnar la adjudicación ligado a la posibilidad cierta y real de obtener la misma en caso de una eventual estimación del recurso.

Con todo, en el presente supuesto con la estimación de sus pretensiones -anteriormente expuestas- la recurrente no obtendría beneficio alguno mas allá de la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de una futura licitación si el órgano de contratación la convocara, con la aprobación de unos nuevos pliegos, excediéndose en cualquier caso 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.

En consecuencia, se aprecia causa de inadmisión del presente recurso, por falta de legitimación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 apartado b) de la LCSP, lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del mismo y entrar a conocer los motivos de fondo en que el este se ampara, ni pronunciarse sobre la solicitud de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación.

No obstante, a mayor abundamiento, procede señalar que de los motivos de impugnación alegados se desprende que aunque formalmente la recurrente combate la adjudicación del contrato, lo cierto es que sustantivamente en ningún momento esgrime argumentos contra este acto, sino que se limita a cuestionar la decisión de dividir el contrato en un número de lotes determinado que considera supone una limitación injustificada del objeto del contrato en aras a falsear la competencia privando a las licitadoras de poder presentar una oferta y poder resultar adjudicatarias del mismo, lo que constituye un recurso indirecto contra los pliegos transcurrido el plazo legalmente establecido para ello.

Sobre la admisión del recurso indirecto contra los pliegos, se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la resolución 316/2020, de 24 de septiembre, estableciendo como única excepción a la regla de la inimpugnabilidad de los pliegos cuando estos devienen firmes, que el vicio o irregularidad afectante a los documentos contractuales no hubiera podido detectarse en el momento de la



aprobación de estos por una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de diferentes cláusulas de los pliegos, circunstancia que no acontece en el presente supuesto donde la entidad recurrente ni siquiera es licitadora en el procedimiento toda vez que no ha presentado oferta al mismo.

TERCERO. Procede en este momento abordar la apreciación de posible temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

Sobre el particular, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 7/2019, de 17 de enero, o la 346/2019, de 24 de octubre, entre otras), 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.

Asimismo, como señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional :

«Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también



está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».

En este supuesto, como ya se ha señalado en los antecedentes de esta resolución, AGRICOLAIR presentó recurso contra la adjudicación del lote 3 careciendo de legitimación al no haber presentado oferta a ninguno de los lotes que conforman en el expediente objeto de recurso. Este recurso fue inadmitido por este Tribunal mediante Resolución 242/2021, de 17 de junio de 2021, siendo la misma notificada el día 21 de junio de 2021 a las catorce horas y dos minutos, constando la recepción por parte de AGRICOLAIR a las catorce horas y veintitrés minutos.

Así las cosas, la recurrente, conociendo la inadmisión acordada por no presentar oferta a ninguno de los lotes, interpone recurso con fecha 21 de junio de 2021 contra la adjudicación del lote 2, teniendo entrada en el registro de este Tribunal a las dieciocho horas y dieciocho minutos.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse "*cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita*", o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, "*La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el*



que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación".

En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que «(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos».

En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la empresa recurrente multa habida cuenta que ha interpuesto el recurso y ocasionado la suspensión automática del procedimiento, respecto del lote 2, con conocimiento de que una pretensión idéntica en el mismo expediente de contratación respecto a otro lote distinto había sido inadmitida por este Tribunal, lo que evidencia manifiesto abuso y deslealtad en el ejercicio de la acción. No obstante, como quiera que este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación y restantes licitadores en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, procede imponer la multa en la cuantía mínima de 1.000 euros.

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 **AGRICOLAIR S.L.**, contra la resolución de 27 de mayo de 2021, de la Directora General de Medio Natural, Biodiversidad y Espacios Protegidos, por la que se adjudica el lote número 2 del contrato denominado "Servicio de apoyo a la lucha contra incendios forestales con helicópteros pesados para el lanzamiento de agua, aviones de carga en tierra y helicópteros para el transporte de siete combatientes y lanzamiento de agua para el periodo 2021 a 2022" (Expte. CONTR 0000583454), convocado por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, por 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. Imponer a la recurrente una multa de 1.000 euros en atención a la mala fe apreciada en la interposición del recurso y al perjuicio ocasionado a la entidad adjudicataria, de conformidad con lo estipulado 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.

