Recurso 571/2021
Resolución 105/2022

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

Sevilla, 11 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ÓBOLO, S.C.A. DE INTERÉS SOCIAL** contra la resolución de adjudicación del contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Fuengirola", (Expte. 025/2020-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de agosto de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. Los pliegos rectores de la presente licitación fueron publicados el 7 de agosto de 2020. Asimismo, el citado anuncio fue publicado con la misma fecha de 7 de agosto de 2020, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a 7.523.318,88 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento de licitación, el órgano de contratación dictó resolución por la que se adjudicaba el contrato a la entidad ÓBOLO, S.C.A. de Interés Social (en adelante, ÓBOLO). Contra la citada resolución de adjudicación, la entidad SACYR SOCIAL S.L. (SACYR, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación.

El recurso fue tramitado bajo el número 118/2021 y resuelto por este Tribunal en su Resolución 363/2021, de 8 de octubre, por la que estimó el recurso y se acordó respecto a la a la corrección de la infracción legal cometida, que debía llevarse a cabo: *"anulando la resolución de adjudicación del contrato, debiendo retrotraerse el procedimiento de licitación al momento inmediatamente anterior, con continuación del procedimiento hasta la adjudicación en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción".*

La mesa de contratación, en sesión de 19 de octubre de 2021, tras dar cuenta del contenido de la Resolución de este Tribunal y en cumplimiento del contenido de la misma, acuerda excluir a la mercantil ÓBOLO del procedimiento de adjudicación y proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la entidad SACYR, segunda clasificada en el orden de puntuación, y ello, previo requerimiento de la documentación relacionada en el anexo III del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Finalmente con fecha 7 de diciembre de 2021, de conformidad con la propuesta de la mesa, el órgano de contratación dicta resolución de adjudicación a favor de SACYR.

SEGUNDO. El 28 de diciembre de 2021, la entidad ÓBOLO, presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación del órgano de contratación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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, conforme a la documentación remitida, el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, habiendo además enviado a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, resulta competente para su conocimiento este Tribunal.

SEGUNDO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

TERCERO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, la adjudicación fue notificada a través del perfil de contratante a la recurrente con fecha 7 de diciembre de 2021. Así, el recurso presentado con fecha 28 de diciembre de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

CUARTO. Análisis de la legitimación ad causam de la recurrente.

Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial. Al efecto resulta de interés examinar las consecuencias del anterior

recurso, interpuesto por SACYR contra la adjudicación del contrato, sobre el escrito impugnatorio ahora examinado contra la nueva adjudicación del contrato.

Como hemos indicado en los antecedentes de hecho, la entidad SACYR impugnó la anterior adjudicación del contrato solicitando la exclusión del procedimiento de adjudicación de la mercantil adjudicataria ÓBOLO. El referido recurso, tras su oportuna tramitación, fue resuelto por este Tribunal, con fecha 8 de octubre de 2021, en sentido estimatorio. De esta forma, ha de tenerse en cuenta que el acto de exclusión de la mercantil hoy recurrente ha quedado firme en vía administrativa.

En el actual recurso, la mercantil ÓBOLO solicita que se *"anule la resolución de adjudicación y el procedimiento de contratación por ser nulo de pleno derecho, al haberse realizado una valoración de las ofertas vulnerando el derecho fundamental de igualdad, así como los principios esenciales que rigen en la contratación pública".* Con carácter subsidiario solicita, *"la exclusión de SACYR, por no cumplimentar correctamente la documentación requerida para la adjudicación del contrato*". Además, solicita se le *"otorgue un nuevo acceso al expediente de contratación de forma completa",* y ello dado que el órgano de contratación, según afirmaciones de la recurrente, ha atendido parcialmente su solicitud de acceso al expediente.
Por último, en el escrito de interposición consta que la recurrente ha "*interpuesto recurso contencioso administrativo el 29 de octubre de 2021 ante el Tribunal Superior de Justicia contra la Resolución del TARJCA 363/2021 de 8 de octubre de 2021".*

Pues bien, se ha de tener en cuenta que 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 acto impugnatorio beneficio alguno más allá que la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de un futuro procedimiento de contratación si el órgano de contratación, tras la previa declaración de desierto del actual procedimiento de adjudicación, decidiera convocar una nueva licitación, a la que la entidad ahora recurrente se presentase, circunstancias expresamente alegadas por la entidad ÓBOLO para fundamentar su interés legítimo. Al respecto este Tribunal considera que la hipótesis alegada desborda 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, 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.

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 vía administrativa como

consecuencia de la resolución estimatoria de este Tribunal del recurso interpuesto contra la primera adjudicación del contrato. De tal manera que, 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.

En tal sentido se viene pronunciando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en reiteradas Resoluciones entre la que cabe señalar la Resolución 149/2020, de 6 de febrero, en la que el citado Tribunal se pronuncia en un caso similar al que ahora nos ocupa en los siguientes términos: *«Constituye doctrina de este Tribunal, recientemente reflejada en la Resolución nº 1239/2019, que carece de legitimación para impugnar exclusivamente la adjudicación quien no puede ser en ningún caso adjudicataria del contrato por haber sido excluida. Y ello porque carece de interés legítimo.*
(...)
Como decimos, este Tribunal ha señalado en múltiples resoluciones, a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido (por todas Resoluciones n° 237/2011, de 13 de octubre, n° 22/2012, de 18 de enero, y n° 107/2012, de 11 de mayo de 2012), que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública.

En conclusión, resulta claro que la recurrente se encuentra excluida del procedimiento de contratación mediante una resolución del órgano de contratación que ha sido confirmada por nuestra Resolución 1073/2019. Por tanto, como licitadora excluida ha quedado apartada del procedimiento de contratación, carece de legitimación para recurrir en el presente procedimiento puesto que no acredita la existencia de un interés legítimo al no poder experimentar ningún beneficio concreto y tangible como consecuencia de la posible estimación del presente recurso.

Además de la consideración y regla general expuesta se hace preciso analizar si efectivamente, la eventual estimación del presente recurso reportaría a SLI alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta, y que por tal razón le confiriera encontrarse legitimado para recurrir. Y es en este punto donde debemos llegar a la conclusión de que la resolución de este recurso, en caso de ser estimatoria, nunca le podría reportar un beneficio cierto a la recurrente, pues ninguna ventaja patrimonial o de otro tipo le correspondería, ya que la anulación del acuerdo de adjudicación en favor de INDRA, unido a la exclusión ya acordada de las otras dos licitadoras que resultaron invitadas, determinaría que el procedimiento de adjudicación se declarase desierto, y con ello se pudiese volver a producir una licitación nueva en idénticos términos de la que pudiera ser licitadora . Y a tal respecto, dado que la legislación de contratos estatal no obliga, una vez declarado desierto el procedimiento de adjudicación, a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos que el anterior, ni siquiera a convocarlo, toda vez que la entidad u órgano convocante puede acudir a otros medios distintos del contrato para prestar el servicio, o acudir a un contrato de distintas características del convocado, la recurrente no obtendría por la declaración de quedar desierto el presente procedimiento de adjudicación, un derecho a que se convocase otro procedimiento en términos iguales al declarado desierto. Por ello, de la anulación de la resolución recurrida el recurrente no obtendría una ventaja adicional a la de cualquier otro ciudadano interesado en concurrir a una eventual licitación, lo que no representa un interés más intenso que el que se derivaría de una acción pública, que como hemos afirmado anteriormente no se reconoce en materia de contratación.»

Asimismo ha de tenerse en cuenta, que la falta de legitimación de la entidad excluida del procedimiento de licitación mediante resolución administrativa firme para impugnar la resolución de adjudicación del mismo, no constituye una merma de los principios de tutela judicial efectiva y pro actione. Y ello dado que, en un supuesto, como el que nos ocupa, en el que la recurrente manifiesta haber impugnado judicialmente la resolución estimatoria contra la adjudicación y que conllevó su exclusión de la licitación, puede obtener una sentencia favorable a sus intereses que determine, en última instancia, una eventual adjudicación del contrato a su favor. Pero es que, además, la admisión de su legitimación para la interposición del presente recurso especial contra la adjudicación, basada en el hecho de no haber dejado firme su exclusión, no va a determinarle ningún beneficio efectivo, como ya se ha señalado con anterioridad, pues una eventual estimación del recurso especial contra dicha adjudicación no le permitirá obtener la adjudicación -al hallarse excluida, aunque no lo sea de manera firme en vía judicial-.

Tal es el criterio sobre la legitimación del licitador excluido mediante resolución definitiva en vía administrativa para la interposición de un recurso contra la adjudicación, recogido en nuestras Resoluciones 562/2021 y 563/2021, ambas de 30 de diciembre, e igualmente en la anteriormente citada resolución del TACRC, que al efecto concluye en los siguientes términos: «*Pues bien, en nada perturba esta alegación a la falta de legitimación del recurrente toda vez que la interposición del recurso contencioso administrativo a que alude, y su eventual estimación, determinaría la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión de SLI, y ello determinaría que el acuerdo de adjudicación que ahora se recurre quedaría anulado por tener que dictarse un nuevo requerimiento del artículo 150 a la oferta económicamente más ventajosa, que por mor de la inclusión de SLI en el procedimiento de adjudicación (por anulación del acuerdo de exclusión) se dirigiría a SLI al resultar la oferta más ventaja (pues no tiene noticia este Tribunal de que KN-BSS haya reaccionado frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación). Por tanto, el recurso contencioso administrativo, cuyo devenir pudiera tener -en caso de ser estimado- incidencia en la validez del acto de adjudicación aquí recurrido, no sirve en modo alguno para justificar la legitimación negada a SLI en esta sede, pues la suerte que siga tal recurso contencioso administrativo puede tener incidencia en el Acuerdo de adjudicación ahora recurrido, pero el resultado estimatorio o desestimatorio del recurso especial en materia de contratación que ahora nos ocupa no tendría incidencia alguna en el recurso contencioso administrativo interpuesto por SLI. De modo que los intereses legítimos de SLI en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco, Lote VII, ya se ven satisfechos y canalizados mediante la impugnación de su concreta exclusión. Lo que confirma que a SLI ninguna ventaja le reporta el ejercicio del presente recurso, ni ninguna legitimación adicional le genera el hecho de que haya recurrido ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo el acuerdo de exclusión confirmado por la resolución de este Tribunal nº 1073/2019"».*

Lo expuesto conduce a que en el presente supuesto, siendo la recurrente una licitadora excluida mediante resolución definitiva en vía administrativa, no cuenta con legitimación para la interposición de un recurso contra la posterior adjudicación, y ello, por cuanto se ha argumentado en el cuerpo de la presente resolución.

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

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por entidad **ÓBOLO, S.C.A. DE INTERÉS SOCIAL** contra la resolución de adjudicación del contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Fuengirola", (Expte. 025/2020-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), por falta de legitimación de la recurrente.

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

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.

NOTIFÍQUESE 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.