Recurso 565/2021
Resolución 150/2022

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

Sevilla, 4 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADVANCED DIGITAL INSTRUMENTS, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación, de 3 de diciembre de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro, entrega e instalación, cuando proceda, de material específico para actualización de ciclos formativos de diversas familias profesionales en centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Educación y Deporte en el marco de la inversión territorial integrada de Cádiz" (Expte. 00198/ISE/2021/SC), respecto del lote 3, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la mencionada Consejería de Educación y Deporte, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de julio de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto y tramitación urgente del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 577.883,05 euros.

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.

El 3 de diciembre de 2021, el órgano de contratación dictó resolución por la que adjudica el contrato, respecto del lote 3, a favor de la entidad DISTRIBUCIONES GENERALES MRC, S.L. (en adelante MRC) Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante el 7 de diciembre de 2021.

SEGUNDO. El 22 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ADVANCED DIGITAL INSTRUMENTS, S.L. (en adelante ADAVANCED o la recurrente) contra la citada resolución, de 3 de diciembre de 2021, por la que el órgano de contratación adjudica el contrato, respecto del lote 3.

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 que fue

posteriormente recibida. El órgano de contratación solicita en su informe que se imponga a ADVANCED multa por temeridad o mala fe en la interposición del recurso en su cuantía máxima. A la vista de la mencionada petición, el 17 de febrero de 2022, se solicitó al órgano de contratación que aportara documentación en la que se valore el perjuicio ocasionado por el recurso o se calculen los potenciales beneficios obtenidos por ADVANCED con su interposición, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la citada LCSP. Dicha documentación fue recibida el 22 de febrero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

La competencia para conocer del recurso especial presentado corresponde a este Tribunal 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. No obstante, esta competencia viene referida a las pretensiones de nulidad o anulabilidad del procedimiento de preparación y adjudicación de los contratos por infracción de las normas que rigen la contratación o la modificación de los contratos cuando incide en el procedimiento de contratación. En este sentido también se han venido manifestando otros órganos de resolución del recurso especial como, por ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 97/2022, de 27 de enero.

En el presente supuesto la recurrente no hace alusión en su escrito a la infracción de precepto alguno de la LCSP, es más, ni tan siquiera es licitadora en el procedimiento de licitación. El recurso pivota fundamentalmente sobre el hecho de que ADVANCED es proveedora en exclusiva de determinados productos en la Unión Europea y argumenta que la entidad que ha resultado adjudicataria de la licitación no puede haber incluido en su oferta dichos productos sin haber infringido la mencionada exclusividad, refiriéndose al artículo 34 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Sobre lo anterior, se ha de indicar que las funciones de este Tribunal consisten en enjuiciar las actuaciones objeto de recurso, de conformidad con el artículo 44 de la LCSP, pero siempre dentro de los límites que establece la propia LCSP, puesto que la competencia de este Órgano es garantizar la plena observancia de la normativa reguladora de la contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente en la fase de preparación y adjudicación de los contratos.

Pues bien, la recurrente impugna la resolución de adjudicación a favor de la entidad MRC, e incluso solicita que se invalide la admisión por el órgano de contratación de su oferta, declarada inicialmente en valores anormales o desproporcionados, argumentando las siguientes cuestiones:
- Que la recurrente es la entidad que tiene registradas las marcas *«AD INSTRUMENTS y DEVISER»* en toda la Unión Europea. Indica que la instrumentación electrónica de las mencionadas marcas no puede ser comercializada en el mencionado territorio sin su autorización.
- Que la entidad adjudicataria del presente contrato, respecto del lote 3, incluye en su oferta instrumentación de las marcas indicadas a un precio inferior del que la recurrente -único comercializador en Europa- previamente les ofertó.
- Que los precios ofertados por MRC solo son posibles importando los productos a través de una compañía comercializadora desde Hong-Kong, lo que impediría futuros envíos de equipos averiados para su reparación, por lo que la empresa adjudicataria, según la recurrente, no podría dar la garantía de 24 meses exigida por el pliego de prescripciones técnicas.

- Por otro lado, la empresa recurrente manifiesta que únicamente la instrumentación que ella comercializa dispone de la certificación CE y que cualquier otro certificado que pudiera tener el suministro ofertado por la adjudicataria, corresponde a una falsificación o a una versión de la instrumentación que ya no se fabrica.

- Por último, la recurrente se refiere a que es imposible que la empresa adjudicataria documentara los costes de transporte requeridos previamente en el trámite de justificación de su oferta -incursa inicialmente en valores anormales o desproporcionados- debido a que la empresa que fabrica el producto en China no ofertó el referido modelo a MRC, por lo que supone que si entregó documentación de estos costes habría sido mediante una falsificación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso solicita, en primer lugar, que el recurso sea inadmitido por carecer ADVANCED de legitimación para su interposición, en tanto que la entidad recurrente no ha participado como licitadora en el procedimiento. Asimismo, solicita el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación o la imposición de caución o garantía a la recurrente por valor del 5% del importe adjudicado -IVA excluido- que asciende a 4.590 euros, dado que el mismo es de tramitación urgente . Además, solicita como se ha indicado la imposición de multa a la recurrente.

Respecto de las cuestiones alegadas en el escrito de recurso, el órgano de contratación argumenta lo siguiente:
- Del análisis de la ficha técnica presentada por el licitador en la documentación previa a la adjudicación se verifica que el certificador de cableado presentado, que es el elemento objeto de disconformidad por parte de la recurrente, cumple con las características técnicas recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.
- En la documentación entregada por la empresa adjudicataria para justificar la baja desproporcionada de la propuesta económica presentada, al lote 3, se encuentran todas las evidencias documentales necesarias para que la comisión técnica haya considerado que el licitador podrá ejecutar satisfactoriamente la prestación. Alega, que no cabe ninguna consideración sobre las manifestaciones realizadas por la recurrente respecto de posibles falsificaciones de la documentación presentada, ya que la comisión técnica no podía presumir la falta de veracidad y/o legalidad de la oferta técnica de la empresa adjudicataria ni de su legitimidad para realizarla.
- Respecto de la certificación CE del producto de referencia, señala que no existe obligatoriedad de presentarla en sede de licitación y que su verificación se realizará en fase de ejecución y con carácter previo a la recepción favorable de los bienes.
- Por último, que la comisión no podía presumir la falta de veracidad y/o legalidad de la oferta técnica de la empresa adjudicataria ni de su legitimidad para realizarla, ni pudo pronunciarse sobre otros aspectos indicados por la recurrente y relacionados, bien con exclusividades, registros y comercialización de marcas, o bien sobre posibles relaciones contractuales y/o comerciales entre operadores de mercado.

En conclusión, argumenta el órgano de contratación que de la documentación técnica aportada por la empresa propuesta como adjudicataria en sede de licitación no se aprecia incumplimiento alguno respecto a los requisitos técnicos exigidos en la misma, ni tampoco se encuentra ningún elemento en la justificación de la proposición económica que pueda inducir a considerar que la prestación no pueda ser ejecutada satisfactoriamente.

De las cuestiones alegadas en el escrito de recurso, se colige que la recurrente utiliza la vía del recurso especial para defender sus intereses comerciales respecto de su condición de única comercializadora de determinados productos ofertados en el presente procedimiento, cuestión que como se ha venido argumentando excede de las competencias atribuidas a este Tribunal que debe garantizar la plena observancia de la normativa reguladora de la contratación púbica en nuestro ordenamiento jurídico y no la defensa de exclusividades, registros y comercialización de marcas que deberán ser ventiladas, en su caso, ante los órganos competentes en razón de la materia.

En consecuencia, se aprecia causa de inadmisión del presente recurso, por falta de competencia para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 apartado a) 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.

En cualquier caso y a mayor abundamiento, procede indicar que aunque se aceptara a meros efectos dialécticos que este Órgano es competente para la resolución del presente recurso -cosa que no se ha hecho- el mismo se habría inadmitido por falta de legitimación de la recurrente.

Sobre lo anterior, 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 , 172/2020 de 1 de junio y 262/2021, de 1 de julio) 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 este supuesto, como anteriormente se ha mencionado, la entidad recurrente defiende intereses que nada tienen que ver con resultar adjudicataria del contrato, ya que ni siquiera ha participado en el procedimiento de licitación. En consecuencia, también 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.

SEGUNDO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso.

En este supuesto el órgano de contratación en su informe manifiesta que: *«se solicita la imposición de multa en la cuantía máxima dada la temeridad manifiesta ante la evidente falta de legitimación de la recurrente que no ha participado como licitadora en el presente procedimiento presentando la correspondiente oferta, por lo que carece de la condición de interesada en el mismo y no tiene, en consecuencia, un interés legítimo que pueda verse directamente favorecido por la estimación de su pretensión.».*

A la vista de la solicitud del órgano de contratación, este Tribunal le requirió para que aportara documentación justificativa del perjuicio que se le ha ocasionado con la interposición del recurso o se calculen los potenciales

beneficios obtenidos por ADVANCED, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la citada LCSP.

El órgano de contratación manifiesta sobre esta cuestión que *«debe tenerse en cuenta que la presente contratación que fue tramitada de urgencia tiene por objeto facilitar los recursos didácticos imprescindibles que permitan al alumnado adquirir las competencias y destrezas suficientes para incorporarse al mundo laboral en el sector correspondiente.*
En este sentido, la incidencia de la pandemia de COVID-19 ha motivado no solo que se haya retrasado la adquisición de los recursos didácticos para afrontar la formación práctica en las tareas específicas de cada sector profesional por la suspensión de la tramitación administrativa en su momento (R. D. 463/2020, de 14 de marzo), sino que ha distorsionado gravemente las necesidades ya registradas al suspenderse las prácticas en el centro educativo en el caso del primer y segundo curso y/o la formación en centro de trabajo (FCT) durante la segunda parte del pasado año académico. En este sentido, la Administración se ha visto obligada a reevaluar dichas necesidades y adecuarlas al nuevo escenario en el que ha habido de considerarse además el distanciamiento social en el ámbito educativo. Así pues, habida cuenta de que esta parte práctica de la formación es no solo indispensable, sino que es de hecho la piedra angular de dicha formación y que por las circunstancias derivadas directa e indirectamente de la pandemia el alumnado actualmente escolarizado en enseñanzas profesionales de centros públicos no ha tenido acceso a ella, es imperioso que por tratarse de una necesidad inaplazable se pongan a disposición del alumnado estos recursos materiales específicos por lo que teniendo en cuenta la repercusión directa que conllevaría la suspensión de la tramitación del procedimiento objeto del recurso, no cabe sino recordar que la medida cautelar de suspensión del referido expediente incide y produce un perjuicio claro sobre los alumnos afectados ya que se les privaría de su derecho constitucional a la educación, estimándose por esta parte desproporcionadas las posibles repercusiones entre lo solicitado y las consecuencias derivadas de la medida esbozada, de privación del citado derecho constitucional. En relación con lo anterior, se debe señalar que como consecuencia de la adopción de esta medida cautelar se produciría una dilación en la adjudicación del contrato objeto del recurso y del comienzo de la ejecución del mismo lo que conllevaría a una imposibilidad manifiesta de escolarizar adecuadamente a este alumnado y se estaría vulnerando de este modo el derecho constitucional a la educación».

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma»,* en este sentido 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 el supuesto analizado en la presente resolución, el recurso interpuesto se utiliza para defender determinadas cuestiones que quedan fuera de las competencias atribuidas a este Órgano. No obstante, ello no resulta suficiente para considerar temeraria o incursa en mala fe la conducta de la recurrente al formalizar la impugnación. El Tribunal ha inadmitido los motivos del recurso, pero no puede concluir que este en su conjunto revele claramente la sola intención de obtener el provecho o ventaja derivada de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación. Por otro lado, el órgano de contratación no ha cuantificado el perjuicio que se le ha ocasionado a pesar de que le fue solicitado de forma expresa que lo determinara, por lo que este Tribunal carece de datos al respecto. Ello unido a que el mencionado daño se ha podido ver reducido con la rápida resolución del recurso, desde que el órgano de contratación remitió, el 22 de febrero de 2022, la documentación necesaria para la resolución del mismo, lleva a concluir a este Tribunal que en el presente supuesto la actuación de la recurrente no ha implicado absoluta deslealtad y ejercicio abusivo del derecho a recurrir.

Por consiguiente, el Tribunal no aprecia temeridad ni mala fe determinantes de la imposición de multa.

TERCERO. - Sobre el cumplimiento por este Tribunal de la obligación derivada del artículo 132.3 de la LCSP.

A la vista de las alegaciones de la recurrente este Tribunal considera que, sin prejuzgar su contenido, se denuncian determinadas actuaciones que podrían haber limitado la competencia en el procedimiento de contratación. Sobre esta cuestión establece el artículo 132 de la LCSP denominado: *«principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia»,* en su apartado tercero lo siguiente: *«Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación».*

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADVANCED DIGITAL INSTRUMENTS, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación, de 3 de diciembre de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro, entrega e instalación, cuando proceda, de material específico para actualización de ciclos formativos de diversas familias profesionales en centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Educación y Deporte en el marco de la inversión territorial integrada de Cádiz" (Expte. 00198/ISE/2021/SC), respecto del lote 3, promovido por la Agencia Pública Andaluza

de Educación, entidad adscrita a la mencionada Consejería de Educación y Deporte, por falta de competencia de este órgano para su resolución.

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, respecto del lote 3.

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. Dar traslado del recurso especial en materia de contratación, así como de la documentación que compone el mismo, a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.

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.