Recurso 78/2022
Resolución 169/2022

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

Sevilla, 11 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FONMAY, S.L.**, contra la resolución de adjudicación de 9 de febrero de 2022, del expediente de contratación denominado "Acuerdo marco de servicios para el Mantenimiento Preventivo, Correctivo y Tecnológico de Instalaciones de la Universidad de Sevilla", lotes 1, 3 y 5, (Expte. 21/AMINSTALACIONES), convocado por la Universidad de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de junio de 2021 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 2 de julio de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 12.980.000,00 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 Acta de 23 de diciembre de 2021 de la mesa de contratación, se publica el 17 de enero en la plataforma de contratación. Contra el mismo se interpuso recurso, el cual ha sido resuelto desestimatoriamente por este Tribunal el 11 de marzo con la resolución 151/2022 (recurso 44/2022).

Mediante resolución, de 9 de febrero de 2022, el órgano de contratación adjudica el contrato citado.

SEGUNDO. El 8 de marzo de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra la citada resolución.

Por la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Posteriormente la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

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.

El acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato promovido por la Universidad de Sevilla. La competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto se ha venido residenciando en el convenio formalizado el 14 de enero de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Sevilla, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del 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, el convenio citado es anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo régimen jurídico de los convenios administrativos definiendo como tales "*los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común*"; previendo su disposición adicional octava el régimen de adaptación y plazo de vigencia de los convenios existentes a su entrada en vigor.

Al convenio suscrito con la Universidad de Sevillla, le es aplicable el régimen de adaptación del segundo párrafo del apartado 1 de la disposición adicional citada.

SEGUNDO. Legitimación.

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.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone formalmente contra la resolución de adjudicación de 9 de febrero de 2022 de un Acuerdo marco 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 de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición del recurso.

El recurso presentado el 8 de marzo de 2022 se interpuso dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP, dado que la resolución de adjudicación de 9 de febrero de 2022 se publicó el día 14 del citado mes, como se expone en el recurso.

QUINTO. Consideraciones del Tribunal.

Antes de analizar el fondo de la controversia suscitada, hemos de examinar las consecuencias del anterior recurso contra la exclusión de la oferta de la recurrente y de su posterior resolución por este Tribunal sobre el escrito impugnatorio ahora examinado, el cual, pese a dirigirse formalmente contra la adjudicación solo vuelve a combatir sustantivamente la admisión de las licitadoras; y ello, aun cuando a la fecha de interposición de este segundo recurso, el primero no se hubiese resuelto aún por este Tribunal.

La cuestión no es nueva y ha sido abordada en varias resoluciones de este Tribunal. Así, en la Resolución 197/2016, de 9 de septiembre, o la 141/2021, de 15 de abril, manifestábamos:

«*Como señaló la Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía del Estado -cuyo criterio comparte este Tribunal- dos son las posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de contratación: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado consistente en la exclusión adoptada por la Mesa de contratación (artículo 40.2 b) del TRLCSP) y el recurso especial contra el acto de adjudicación donde se expongan las razones de aquella exclusión. Ahora bien, estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de modo que, una vez interpuesto recurso contra el acto de trámite cualificado de exclusión, no es posible recurrir posteriormente el acto de adjudicación para volver a discutir la exclusión.*

Asimismo, este Tribunal ha resuelto ya varios supuestos como el ahora analizado. De este modo, en las Resoluciones 120/2014, de 15 de mayo y 92/2015, de 3 de marzo, se mantenía que "(...) si el recurrente interpuso recurso especial contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa como acto de trámite cualificado, no puede volver a reproducir su pretensión en un nuevo recurso contra la adjudicación pues, bajo la impugnación formal de un acto distinto -la adjudicación-, se está atacando nuevamente el mismo acto -el acuerdo de exclusión-.

Asimismo, este Tribunal ya dictó resolución desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo de exclusión, por lo que no cabe interponer un nuevo recurso -el ahora analizado- esgrimiendo los mismos motivos y argumentos jurídicos que ya fueron enjuiciados en aquella resolución, pues ésta tiene en relación con el recurso actual el efecto de cosa juzgada.

Los efectos de la cosa juzgada de una resolución anterior en un posterior procedimiento de recurso contra el mismo acto ya han sido analizados por este Tribunal en resoluciones anteriores, como las Resoluciones 10/2012, de 3 de febrero y 76/2012, de 1 de agosto."

Este criterio también es asumido por otros Tribunales de Recursos Contractuales. Así, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid lo recoge en su Resolución 21/2013, de 6 de febrero, al señalar que *"Debe tenerse en cuenta que la Resolución anterior tiene, en relación con el actual recurso sometido al conocimiento de este Tribunal, el efecto de cosa juzgada al ser de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa «que entra a resolver el fondo de la controversia, estimando o desestimando las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión». En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos «de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)».".*

Por otro lado, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 110/2015, de 30 de enero, ante un supuesto como el ahora analizado en la presente resolución, viene a sostener que "*Se produce por tanto un efecto similar a la cosa juzgada judicial que, como reconoce nuestra resolución 945/2014, generan nuestras resoluciones, que vedaría ahora un nuevo examen por el Tribunal".*

A mayor abundamiento, aparte del efecto de la cosa juzgada, y como ya señalaba el Tribunal Administrativo Central en su Resolución 107/2012, de 11 de mayo, la desestimación del recurso se impone "*por mor del principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado entonces en el artículo 319 de la Ley de Contratos del Sector Público y hoy en el artículo 49 del Texto Refundido)".*

En efecto, y por lo que se refiere al supuesto analizado en la presente resolución, si pudiera enjuiciarse de nuevo la adecuación a derecho del acto de exclusión con motivo de la adjudicación del contrato, se estaría implícitamente admitiendo una revisión de la resolución ya dictada por este Tribunal cuando resolvió el recurso contra la exclusión, resolución que ya es irrevocable en vía administrativa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LCSP al proclamar que "*Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11 letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.

3. No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.

Los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso".

A la vista de lo expuesto, resulta obvio que la Resolución 151/2022, de 11 de marzo, de este Tribunal, en cuanto ha desestimado un recurso previo contra la misma decisión y por los mismos motivos que en el recurso ahora analizado, produce efectos de cosa juzgada en este nuevo procedimiento y es irrevocable en vía administrativa, lo cual impide analizar otra vez pretensiones que ya fueron definitivamente resueltas y desestimadas en aquélla.

En el supuesto aquí analizado, como se ha expuesto en los antecedentes, la entidad recurrente interpuso dos recursos especiales contra la admisión de otras licitadoras: el primero, contra el acto de trámite cualificado, el acta de 23 de diciembre de 2021 de la mesa de contratación y el segundo, contra la adjudicación; si bien en ambos casos, combate sustantivamente el mismo acto, es decir, la admisión de las ofertas de las licitadoras respecto de los que considera que debieron quedar excluidos. De hecho, su pretensión en el recurso contra la adjudicación es para que se *"dicte Resolución por la que excluya las proposiciones de las empresas: Instalaciones y Mantenimiento de Gestiones Energéticas S.A, CLECE S.A, IRENMEX DESARROLLO INDUSTRIALES S.L, SOLUCIONES ENERGÉTICAS DEL SUR, J.A.N.A. y EMURTEL en su participación en los lote 1, lote 2 y lote 5, así como todas aquellas ofertas (clasificadas en dichos lotes)*", es decir, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento en que tuvo lugar la admisión, para que ordene su exclusión en el procedimiento de adjudicación por estimar que ha sido indebidamente admitida.

Así las cosas, si la recurrente decidió emprender la vía del recurso especial contra la propuesta de la mesa, la admisión de las ofertas mejor clasificadas que la suya, como acto de trámite cualificado al amparo del artículo 44.2 b) de la LCSP, ahora no puede reiterar su impugnación en otro posterior contra la adjudicación pues, bajo la apariencia formal de estar combatiendo actos diferentes, sustantivamente está impugnando el mismo acto que ya fue recurrido; aun cuando este se hallara pendiente de resolución por parte de este Tribunal a la fecha de interposición del segundo recurso.

Como ya señalara la Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía del Estado, las dos posibilidades de recurso frente a los actos de exclusión de licitadores o de ofertas -contra el acto de trámite cualificado y contra el acto de adjudicación donde se expongan las razones de aquella exclusión- no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario. Por tanto, elegida la primera vía, no es posible recurrir posteriormente la adjudicación para volver a discutir la exclusión, como acontece en el caso examinado.

Asimismo, se da la circunstancia de que, previamente al dictado de esta resolución, este Tribunal ha desestimado el primer recurso contra la admisión de dichas ofertas en su Resolución 151/2022; resolución que necesariamente produce efectos de cosa juzgada en el presente procedimiento, sin perjuicio del eventual recurso jurisdiccional que la recurrente pueda interponer contra aquella de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la LCSP.

No puede, pues, este Tribunal volver a pronunciarse sobre la validez del mismo acto y por las mismas razones que ya ha enjuiciado y resuelto, so pena de incurrir en una revisión de su propia decisión vedada por el propio artículo 59 de la LCSP. Por lo tanto, resulta obvio que la Resolución 151/2022, de este Tribunal, en cuanto desestimó un recurso previo contra la misma decisión y por los mismos motivos que el recurso ahora analizado, produce efectos de cosa juzgada en este nuevo procedimiento e impide analizar otra vez pretensiones que ya fueron definitivamente resueltas en vía administrativa.

Procede, pues, inadmitir el recurso interpuesto y tramitado con el número 78/2022, lo cual hace innecesario el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad e impide el examen de la cuestión de fondo.

Con base en las consideraciones anteriores, el recurso debe ser inadmitido.

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 **FONMAY, S.L.,** contra la resolución de adjudicación de 9 de febrero de 2022, del expediente de contratación denominado “Acuerdo marco de servicios para el Mantenimiento Preventivo, Correctivo y Tecnológico de Instalaciones de la Universidad de Sevilla”, lotes 1, 3 y 5, (Expte. 21/AMINSTALACIONES), convocado por la Universidad de Sevilla por los motivos expuestos en el fundamento de derecho segundo.

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, dadas las circunstancias del caso concreto, 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.