Recurso 93/2022
Resolución 226/2022

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

Sevilla, 8 de abril de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA, S.L.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha (Almería) por el que se adjudica el contrato denominado «Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha» promovido por el Ayuntamiento del citado municipio (Expte. 2021/049530/006-103/00001), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de marzo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento negociado sin publicidad, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 34.738.503,38 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante acuerdo del Pleno de la Corporación de 22 de febrero de 2022 se adjudicó el contrato a la unión temporal de empresas FCC AQUALIA, S.A. y TALLERES Y GRÚAS GONZÁLEZ, S.L.U. El citado acto fue publicado en el perfil de contratante el 24 de febrero de 2022, siendo recibida su notificación por la ahora recurrente el 23 de febrero de 2022.

SEGUNDO. El 17 de mazo de 2022, tuvo entrada en el Registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA, S.L. (AMEDIDA, en adelante) contra el acuerdo de adjudicación antes citado.

Mediante oficio del mismo día 17 de marzo de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal.

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, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza, habiendo esta remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Acto recurrible y plazo de interposición.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 c) de la LCSP.

Asimismo, el recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

TERCERO. Legitimación.

Debe analizarse la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, cuyo primer párrafo es del tenor siguiente: *«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»*.

La recurrente sostiene en su escrito de impugnación que *«el licitador excluido de un procedimiento de licitación tendrá legitimación para impugnar el resultado del mismo si previamente impugnó la resolución de exclusión y esta no devino definitiva y consentida.*

Y esto es lo que ha acontecido en el caso que nos ocupa en el que, como se ha expuesto, AMEDIDA fue excluida de la licitación como resultado de la ejecución por el órgano de contratación de la Resolución 7/2022 de este Tribunal. Sin embargo, para que dicha decisión no adquiera el carácter de definitiva la citada entidad la combatió en tiempo y forma interponiendo recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y, con ello, no ha dejado firme su exclusión en el sentido expuesto en la jurisprudencia citada más arriba, por lo que se le ha de reconocer legitimación en el presente recurso especial. Dicho recurso ha sido recientemente admitido (…)».

Frente a ello, opone el órgano de contratación en su informe al recurso, con invocación de resoluciones de varios órganos de resolución de recursos contractuales -incluido el nuestro-, que AMEDIDA carece de legitimación toda vez que no concurre en dicha entidad un interés legítimo. Alega, pues, que *«Se reitera y ratifica una posición consolidada en la que, con apoyo en la exigencia de un interés legítimo, cierto y actual en el recurrente, se excluye*

la legitimación para interponer este recurso especial de aquellos licitadores que hayan quedado definitivamente excluidos del procedimiento, no reconociéndose un interés de dicha naturaleza en la simple expectativa de la incoación de una nueva licitación, al ser pura hipótesis y especulación una eventual adjudicación de ese presunto futuro y nuevo procedimiento».

Pues bien, expuestas en síntesis las alegaciones de las partes a propósito de la legitimación para la interposición del presente recurso, hemos de partir de los siguientes datos de interés que obran en las actuaciones:

- Mediante acuerdo, de 21 de septiembre de 2021, de la mesa de contratación se procede a la exclusión de la oferta de AMEDIDA del procedimiento de adjudicación del contrato.

- La citada empresa interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha exclusión, dando lugar al recurso tramitado en este Tribunal con el número 471/2021 que fue desestimado mediante la Resolución 7/2022, de 14 de enero, de este Tribunal.

- La Resolución 7/2022 de este Tribunal ha sido objeto de recurso contencioso-administrativo interpuesto por AMEDIDA ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada.

La recurrente sostiene que su exclusión no es firme porque la resolución de este Tribunal que desestimó su recurso anterior contra el acuerdo adoptado por la mesa ha sido impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al respecto, hemos venido sosteniendo que la interposición, por el licitador excluido, de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de este Tribunal desestimatoria de un previo recurso especial contra su exclusión permite reconocer a aquel legitimación en un posterior recurso especial contra la adjudicación, y ello sobre la base de que dicho licitador excluido no ha dejado firme su exclusión y que, de estimarse la impugnación en vía judicial, obtendría la adjudicación de la licitación a su favor.

No obstante, este Órgano ha modulado recientemente el criterio que acaba de exponerse y lo ha justificado en sus Resoluciones 562 y 563, ambas de 30 de diciembre de 2021, habiendo reiterado este nuevo planteamiento de la cuestión en la Resolución 105/2022, de 11 de febrero. En todas ellas se fundamenta la actual posición de este Tribunal, acorde con la que, asimismo, sostiene el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Así, en la Resolución 105/2022, de 11 de febrero, ante un supuesto similar al aquí examinado donde la recurrente accionó en vía jurisdiccional contencioso-administrativa contra una resolución de este Tribunal que estimó procedente su exclusión de la licitación, concluíamos que *«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 el caso ahora analizado en la presente resolución, como ya se ha indicado, la oferta de AMEDIDA resultó excluida de la licitación y este Tribunal desestimó el recurso que la mercantil interpuso contra la citada exclusión, siendo así que dicha entidad ha accionado judicialmente contra la resolución de este Tribunal, hallándose pendiente al día de la fecha un pronunciamiento judicial sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Con independencia de lo anterior, en el recurso especial ahora analizado, AMEDIDA se dirige contra la adjudicación del contrato a favor de la unión temporal de empresas FCC AQUALIA, S.A. y TALLERES Y GRÚAS GONZÁLEZ, S.L.U.

Pues bien, siguiendo el criterio sustentado en las recientes resoluciones de este Tribunal antes mencionadas, se ha de tener en cuenta que la eventual estimación del presente recurso contra la adjudicación, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría beneficio alguno más allá de la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de una futura licitación 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.

Al respecto, este Tribunal ya ha expuesto en otras ocasiones que dicha hipótesis desbordaría 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 (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) hemos 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 especial solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación del contrato a su favor, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto en el que la exclusión de aquella ha devenido firme en vía administrativa como consecuencia de la resolución desestimatoria por este Tribunal del anterior recurso especial que AMEDIDA interpuso contra la exclusión de su oferta. De este modo, si la recurrente no puede obtener la adjudicación, con el recurso especial 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 las que cabe citar la Resolución 149/2020, de 6 de febrero, donde señala:

> *«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 licitadora excluida -mediante resolución administrativa firme- para impugnar la resolución de adjudicación, 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 AMEDIDA manifiesta haber impugnado judicialmente la resolución de este Tribunal desestimatoria de su recurso contra la exclusión, la citada entidad 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-.

Como antes hemos indicado, tal criterio es el sostenido por este Tribunal en la ya citada Resolución 105/2022 y en otras anteriores como las 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».

Con base en las consideraciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, procede inadmitir el recurso especial interpuesto por falta de legitimación de la entidad recurrente.

CUARTO. Sobre la alegación de mala fe y abuso del derecho a recurrir esgrimida por el órgano de contratación.

En su informe al recurso, el órgano de contratación solicita la imposición de multa a la recurrente en su máxima cuantía. Funda su alegato en los siguientes términos:

«(…) La aparente mala fe y abuso del derecho a recurrir se sustancia como se ha expuesto, al recurrir la Resolución del TARCJA 7/2022 ante el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo, hecho totalmente legítimo y admisible en derecho tal y como asevera el artículo 59 LCSP, y al recurrir la adjudicación definitiva que como acto se dicta en ratificación de las determinaciones establecidas en la referida Resolución del TARCJA 7/2022, se despliegan los efectos de la resolución los cuales (art. 59.2 LCSP) será directamente ejecutiva. De ahí se prevé que contra la resolución dictada en materia de recurso especial en materia de contratación, solo cabrá la interposición de recurso contencioso administrativo.

(…) implica en definitiva un manifiesto abuso del derecho a recurrir. Ha utilizado el recurrente la doble vía de recurso, lo que se determina como un acto claro de "fraude de Ley" y "fraude procesal"».

Pues bien, el órgano de contratación parece sustentar la mala fe de la recurrente en el uso de una doble vía de impugnación que, a su juicio, constituye fraude de ley o como también denomina *«fraude procesal»*: de un lado, el recurso especial contra el acto de adjudicación y de otro, el recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 7/2022 de este Tribunal que desestimó un previo recurso especial de AMEDIDA contra su exclusión.

No obstante, hemos de aclarar que una cosa es que el presente recurso especial contra la adjudicación deba inadmitirse por falta de legitimación de la recurrente con base en las consideraciones realizadas en el cuerpo de la presente resolución y otra que se aprecie un abuso del derecho a recurrir por el hecho de que se haya interpuesto previamente un recurso contencioso-administrativo pues, en ambos casos, los actos recurridos y los motivos de impugnación son distintos.

En tal sentido, no puede perderse de vista que, en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, AMEDIDA ha combatido la Resolución 7/2022 de este Tribunal sosteniendo, en definitiva, la improcedencia de su exclusión al

ser viable económicamente su oferta; mientras que en el recurso especial ahora analizado, la citada mercantil impugna la adjudicación del contrato a otra empresa y lo hace, no para volver a impugnar sustantivamente su exclusión, sino para atacar la legalidad de la adjudicación a favor de la unión temporal de empresas FCC AQUALIA, S.A. y TALLERES Y GRÚAS GONZÁLEZ, S.L. por causas intrínsecas a la oferta de dicha unión temporal.

Podría asistir razón al órgano de contratación si este último recurso especial contra la adjudicación tuviese por finalidad atacar de nuevo la exclusión, cuando sobre esta decisión (la de exclusión) pende en última instancia una decisión jurisdiccional fruto del recurso contencioso-administrativo de AMEDIDA contra nuestra Resolución 7/2022. Ello sí que hubiese supuesto el intento de reabrir una decisión que ya es firme en vía administrativa, pero no es el caso puesto que lo que ahora impugna la recurrente es la adecuación de la oferta de la adjudicataria, cuestión esta que, hasta el presente recurso, no ha sido objeto de impugnación y que, si bien ha finalizado con una inadmisión del recurso, ello ha obedecido a otro tipo de razonamientos jurídicos que nada tienen que ver con una conducta fraudulenta y abusiva de la recurrente desde un punto de vista procesal.

Es más, ya se ha analizado en el cuerpo de esta resolución que, originariamente, el criterio de este Tribunal era proclive al reconocimiento de legitimación al licitador excluido que impugnaba la adjudicación en las mismas condiciones que ahora lo ha hecho AMEDIDA, por lo que no cabe apreciar en modo alguno la mala fe y temeridad a que se refiere el órgano de contratación en su informe al recurso, ni puede acogerse su petición de imposición de multa a la recurrente.

Por último, hemos de señalar que si bien, de conformidad con lo estipulado en el 57.3 de la LCSP, la resolución del presente recurso determina el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, en la medida que pende en este Tribunal la resolución de otro recurso especial contra el mismo acto, habrá que esperar a la resolución de este último recurso para que cobre plena eficacia el levantamiento de la suspensión.

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 **AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA, S.L.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha (Almería) por el que se adjudica el contrato denominado «Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha» promovido por el Ayuntamiento del citado municipio (Expte. 2021/049530/006-103/00001), por falta de legitimación de la recurrente.

SEGUNDO. Respecto al levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, habrá de estarse a lo señalado en el fundamento de derecho cuarto *"in fine"* de la presente resolución.

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.