Recurso 540/2022
Resolución 9/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 5 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SURTRUCK, S.L.** contra la resolución de 9 de diciembre de 2022, por la que se tiene por desistida a la entidad recurrente como adjudicataria en el expediente contratación denominado "Suministro de vehículos todo terreno para el dispositivo de prevención y extinción de incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Andalucía" (Expte. NET177502), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, adscrita a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente, y Economía Azul y a la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 16 de agosto de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 21.074.380, 17 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.

Después de una controvertida tramitación, donde este Tribunal ha sido competente para conocer de varios y numerosos recursos especiales (entre ellos de la propia entidad que ahora recurre) contra distintas resoluciones dictadas en la fase de preparación y adjudicación, finalmente y con fecha de 4 de octubre de 2022 se notifica a la entidad ahora recurrente la resolución de adjudicación. Constan en los archivos de este Tribunal los antecedentes de dichos recursos, conocidos por la entidad recurrente a los cuales nos remitimos y damos por reproducidos.

Se pueden citar como hechos nuevos acaecidos después de la resolución de adjudicación los siguientes:

- El 2, el 14, y el 23 de noviembre de 2022, fechas en la que se remiten desde la Agencia a la entidad recurrente distintos modelos de formalización de contrato. Estos vienen a tener el mismo contenido en general, cambiando la cláusula relativa a la entrega de los vehículos.

- El 30 de noviembre de 2022 la entidad recurrente contesta a los requerimientos de formalización del contrato, mostrando una disconformidad, y presentando una alternativa, con relación a la cuestión que suscita la fecha de entrega de los vehículos objeto del suministro.
- El 8 de diciembre de 2022, la Agencia, interpretando como renuncia a las condiciones establecidas en el contrato a suscribir y remitido a la entidad recurrente, dicta Resolución en donde declara la renuncia de la entidad recurrente a la celebración del contrato.
- Posteriormente el día 9 de diciembre de 2022, se notifica dicha renuncia, publicándose en el perfil del contratante alojado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el día 13 de diciembre de 2022.
- Posteriormente mediante acuerdo de 19 de diciembre de 2022, se procede a solicitar aclaración al resto de licitadores a efectos de que declaren si están en condiciones de ejecutar el contrato, publicándose el acta el día 20 de diciembre de 2022. Se han recibido contestaciones a dicho requerimiento donde expresan su negativa a asumir la ejecución del contrato.

SEGUNDO. El 23 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ahora recurrente.

Mediante oficio de 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.

Dado el objeto del recurso y las entidades interesadas, la Secretaría del Tribunal no procede a dar traslado a ninguna otra entidad a efectos de formular alegaciones.

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.

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. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, y sin perjuicio de que el acto sea o no susceptible de ello, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

CUARTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, el Anexo I del PCAP (y el informe del órgano de contratación), de tal modo que de acuerdo

con el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos*".

QUINTO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, cumpliendo así lo dispuesto en el artículo 44 apartado 1.a).

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de 9 de diciembre de 2022, por la que se tiene por desistida a la recurrente como adjudicataria, pues estima que el adjudicatario renuncia a formalizar el contrato dado que no procede a su efectiva formalización, de tal modo que se ha de analizar si el mismo es un acto susceptible de impugnación por medio de recurso especial.

Al respecto, el artículo 44.2 b) de la LCSP dispone que podrán ser objeto del recurso*: «Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149."*

Sobre la posibilidad de que la no formalización del contrato sea un acto de trámite susceptible de recurso especial en materia de contratación se han pronunciado diversos órganos de resolución de recursos contractuales.

En este sentido, la Resolución 69/2017, de 1 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, argumenta que «*la no formalización del contrato debe considerarse como un acto de trámite que impide al recurrente no ya continuar, sino culminar el procedimiento de licitación ya que dicha actuación de carácter formal, aunque de evidente calado sustantivo, es habilitante de la ejecución del contrato y por tanto dota de auténtica eficacia a la adjudicación, de manera que su falta determina de facto volver en el íter procedimental al lugar que ocupa la adjudicación*». Con base en la anterior argumentación el mencionado órgano considera que la admisión del recurso especial en esta fase del procedimiento obedece a preservar su efecto útil, manteniendo la posibilidad de revisar en esta fase cualquier acto que pudiera suponer una adjudicación directa ilegal.

Este criterio es mantenido también en la Resolución 1203/2018, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se viene a concluir que si bien es posible la impugnación de la *«no*

formalización del contrato» no resulta posible la impugnación del acto de formalización puesto que en este caso se trata de un acto de trámite que no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación sino que documenta lo en ella acordado.

En este sentido, este Tribunal en su Resolución 224/2019, de 4 de julio, dispone que "*Por tanto, a la vista de la doctrina analizada cabría en principio entender que el acto del órgano de contratación en el que entiende que ha retirado su oferta al no haber formalizado el contrato en el plazo concedido es susceptible de impugnación mediante el recurso especial; sin embargo, en el presente supuesto hay que atender a que la recurrente -a diferencia del supuesto analizado en la mencionada Resolución 69/2017- solicita a este Órgano -entre otras cuestiones****- que declare la retirada de su oferta como justificada***[1] *y no que se realice un pronunciamiento concreto sobre la adjudicación del contrato a su favor o que se evite una posible adjudicación ilegal.*

Es decir, como manifestó este Tribunal ante un supuesto muy similar en la Resolución 154/2015, de 28 de abril, el recurso se dirige formalmente contra los propios actos de la recurrente que el órgano de contratación no hace más que reconocer y declarar sus efectos.(...)

En este sentido, la extensión del recurso especial a actos posteriores a la adjudicación y anteriores a la formalización ha de ser objeto de una interpretación estricta, limitada a aquellos supuestos en los que se denuncien infracciones en el procedimiento de selección del contratista, como sería el caso en el que la recurrente pretenda combatir el acto que le impide formalizar el contrato al dejar sin efecto la adjudicación en su favor, y llevar a cabo una nueva adjudicación que considera ilegal, circunstancia que no concurre en el presente caso".

Pues bien, en el presente supuesto, la recurrente pone de manifiesto en su escrito de recurso, que, si bien la resolución impugnada se fundamenta en la no formalización del contrato en el plazo señalado al efecto por causas a él imputables, considera que esa "imputabilidad" a la que se refiere el artículo 153 de la LCSP, requiere la ausencia de cualquier justificación que impida la formalización del contrato, lo que a su juicio no acontece en el presente supuesto. Entiende que "*el cronograma presentado por la adjudicataria en su oferta, no podrá corresponderse con los límites fijados en el pliego. Del mismo modo que también conoce que ninguna de las ofertas admitidas cumple con la entrega antes de las fechas establecidas como límites por razones de la financiación del Contrato".*

Señala que "*una administración diligente, en esas condiciones, no debería adjudicar el Contrato y debería actuar conforme a lo establecido en el artículo 152 de la LCSP. Sin embargo, no lo hizo y adjudicó el Contrato".*

Viene a solicitar una modificación de los plazos establecidos en el PCAP, de tal modo que entiende que *"a juicio de esta parte, de no modificar los plazos, lo que aquí subyace sería una infracción no subsanable de las normas del procedimiento, lo que debería llevar al desistimiento por parte de AMAYA".*

Al respecto, pone de manifiesto en síntesis en su escrito de recurso que con posterioridad a que se le adjudicara el contrato resulta imposible proceder a su ejecución conforme al cronograma remitido por la Agencia en el modelo de contrato remitido para su formalización.

Al respecto debemos hacer alusión a los hechos y a los fundamentos de derecho esgrimidos por la Agencia, hechos que constan en el expediente remitido.

1 La negrita es nuestra.

La Agencia, responde en su informe al recurso a lo que la recurrente estima como falta de "diligencia", el hecho de no conceder mayor plazo o posibilidad de prórroga. Recuerda las siguientes cuestiones que pasamos a relacionar por estimarlas de interés:

-En primer lugar, que la posibilidad de la contratación de este suministro está supeditada a la financiación obtenida con fondos europeos, y que sin ella no es posible la ejecución del contrato a plena satisfacción de las partes.

- En segundo lugar, que sería el propio sistema legal y la actitud de los licitadores los que han motivado el retraso del procedimiento de adjudicación. En efecto, cumple manifestar al respecto por este Tribunal, que han existido numerosos recursos por al menos tres licitadores, entre ellos de la entidad ahora recurrente, lo que ha dado lugar a que se demore la tramitación por más de un año. Este Tribunal, consciente de la importancia y sujeto a la obligación legal de dar prioridad a la tramitación de los recursos que tienen por objeto procedimientos de licitación financiados con fondos europeos ha procedido a darle la preferencia establecida a todos ellos, de acuerdo con la redacción establecida en el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de tal modo que no solo les ha dado prioridad sino que se han resuelto en plazo todos los recursos que se han presentado en el seno de esta licitación, e incluso ha acordado la imposición de multa en algún caso a efectos de impedir conductas temerarias dada la esencialidad que tienen en los mismos la justificación de la ejecución.

- En tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, afirma la Agencia que no puede reclamar en la formalización la concesión de un nuevo plazo, que no esté fundado en los pliegos, es decir, un plazo total a partir de la formalización del contrato, sino una fecha límite final, que estaba plenamente justificada. Afirma que la fecha final para la entrega de la totalidad de los vehículos que constituyen el objeto del contrato es de imposible prórroga, puesto que la fuente financiera del contrato exige tener totalmente justificado el gasto elegible al 31 de diciembre de 2023, siendo así que es necesario un periodo de tiempo para preparar la justificación ante la Unión Europea. Añade para ello, que en el "perfil del contratante, en la información referida a este expediente de contratación, consta lo siguiente:
- "Proyecto cofinanciado por la Unión Europea.
Financiado por: FEDER REACT_UE (Fondo Europeo de Desarrollo Regional REACT_UE).
Tasa de cofinanciación: 100,00%
Regulación: Sujeto a regulación armonizada".

Señala al efecto que: *"La razón por la que la fecha fin de ejecución no puede ser modificada, ha sido conocida por los licitadores desde un inicio; radica en que la financiación de este contrato se ampara en la preasignacion de fondos REACT-EU en el marco operativo FEDER 14-20, encontrándose aprobada la generación de crédito correspondiente a la fecha de licitación del contrato. Se trata de fondos adicionales para la recuperación de la crisis creada por el COVID-19 creados mediante el Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020. La actuación se ha enmarcado en el objetivo específico OE React EU 4."Apoyo a las inversiones que contribuyan a la transición hacia una economía verde", dentro del objetivo temático (eje) "Favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía". Los fondos adicionales REACT-EU están dotados hasta un 100% de cofinanciación europea siempre que el gasto se produzca y certifique en el ejercicio 2023. Es por esta razón por la que resulta esencial la fecha límite para la realización de la prestación del contrato prevista y publicada en las condiciones de licitación hasta 30 de junio de 2023".*

- En cuarto lugar, sobre las actuaciones que han tenido lugar después del acto de adjudicación. Señala que se lleva a cabo de acuerdo con los términos de la licitación, pues no puede modificar las condiciones de los pliegos. Sin embargo, señala al respecto que el licitador adjudicatario respecto a la formalización del contrato remitido, se aceptaba la suscripción del mismo, pero intentado condicionar su clausulado, modificando el término de su vigencia.

- En quinto lugar, señala que no es posible además una modificación del plazo de ejecución del contrato, por causas no imputables al contratista, porque no hay contrato en la medida de que no ha sido formalizado; de forma que tampoco hay contratista. Señala que hacerlo es tanto como "*modificar los términos de la licitación".*

- En sexto lugar y en cuanto a los distintos documentos cruzados previos a la formalización, *"era errónea en el primer documento, que señalaba el 31 de junio, y fue corregida en el segundo documento. El tercer documento se redactó con mayor precisión, porque la entidad adjudicataria pretendía firmar el contrato, incluso con la fecha de vencimiento a 30 de junio de 2023, pero con la reserva en su consentimiento de que ello sería así bajo premisa de una prórroga en el plazo de ejecución, lo que como se ha justificado, no era posible. De hecho, firmó el documento enviado en segundo lugar, rechazando el documento enviado en último lugar, que solo precisaba la imposibilidad de prórroga, para evitar un conflicto con el contrato ya suscrito. Ese documento firmado por el adjudicatario carece de eficacia, lógicamente, dado que no concurren en el mismo el consentimiento de ambas partes. Desde luego no ha sido firmado por el órgano de contratación, que es el único competente para perfeccionar el contrato".*

Pues bien, a la vista de que la entidad ahora recurrente había firmado el segundo documento, pero manifestando su imposibilidad de cumplir con los términos de la licitación, es la base sobre la cual se dicta la resolución de 9 de diciembre de 2022, por la que tiene por desistida a la entidad recurrente.

Concluyendo, y a efectos de poder estimar el objeto del recurso como susceptible del recurso especial, si la retirada de la oferta está o no justificada, (entendiendo que la pretensión de la recurrente es obtener una declaración de que la retirada está justificada), debemos dilucidarla de acuerdo con los pliegos que rigen la licitación, de tal modo que observado el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), vemos como señala el Anexo I, apartado tercero, que el plazo de ejecución del contrato tiene una fecha de término, no estando indicado por lo tanto en meses. La fecha es el 31 de junio de 2023, (obviamente un error), debiendo estimarse que el plazo establecido lo es hasta final de junio de 2023. Estimamos por tanto que la cuestión es bastante clara, la financiación europea, fuente que posibilita la licitación como hemos visto, imponía esta fecha límite, de tal modo que, sin lugar a dudas, nunca ha sido la intención del órgano de contratación que el plazo se compute por meses desde la formalización del contrato.

De este modo, estimamos que en la medida que lo que se requiere no es la adjudicación del contrato en los términos indicados del PCAP, ni tampoco que se realice un pronunciamiento concreto sobre la adjudicación del contrato a su favor o que se evite una posible adjudicación ilegal, el recurso, por tanto, se dirige formalmente contra los propios actos de la recurrente que el órgano de contratación no hace más que reconocer y declarar sus efectos. De este modo, concluimos que la extensión del recurso especial a actos posteriores a la adjudicación y anteriores a la formalización debe ser igualmente, que en el caso que ya se ha reproducido la resolución citada, interpretado de forma estricta, limitada únicamente a aquellos supuestos en los que se denuncien infracciones en el procedimiento de selección del contratista, como sería el caso en el que la recurrente pretenda combatir el acto que le impide formalizar el contrato al dejar sin efecto la adjudicación en su favor, y llevar a cabo una nueva adjudicación que considera ilegal, circunstancia que tampoco, como en aquel supuesto, concurre en el presente caso.

Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por no ser el acto impugnado susceptible de recurso especial lo cual hace innecesario el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad e impide el examen de la cuestión de fondo.

Asimismo, por razones de economía procesal y en atención al principio de colaboración interadministrativa, procede remitir el escrito de recurso presentado ante este Tribunal a los efectos oportunos al órgano competente, de conformidad con lo previsto en el artículo 116.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y con el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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 **SURTRUCK, S.L.**, contra la resolución, de 9 de diciembre de 2022, por la que se tiene por desistida a la entidad recurrente como adjudicataria en el expediente contratación denominado "Suministro de vehículos todo terreno para el dispositivo de prevención y extinción de incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Andalucía" (Expte. NET177502), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, agencia adscrita a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente, y Economía Azul y a la la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural, conforme a lo establecido en el fundamento de Derecho quinto.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación.

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.