RE 100/2019

Acuerdo 122/2019, de 24 de septiembre de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "TEMPO EXPRÉS, S.L." frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de transporte de documentación, neveras con analíticas, medicamentos, lencería y paquetería, con destino a los diferentes centros del Sector de Huesca», promovido por la Gerencia del Sector Huesca del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de marzo de 2019 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) anuncio relativo al procedimiento de licitación a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo. Según figura en los mismos, la fecha límite de presentación de ofertas era el día 15 de abril de 2019.

Posteriormente, el día 12 de abril de 2019 se publicó en la PCSP, otro anuncio de licitación que ponía a disposición nuevos pliegos al haberse llevado a cabo una modificación sobre su contenido. Asimismo, se otorgaba nuevo plazo para la presentación de ofertas, finalizando éste el día 26 de abril de 2019.

Segundo.- El contrato objeto del recurso interpuesto ha sido calificado como un contrato de servicios, con un valor estimado de 182 405,30 euros, IVA excluido, de acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la licitación. El expediente de contratación ha seguido la tramitación ordinaria, aplicando las reglas del procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, tal y como se contempla en los artículos

131, 156 y siguientes de 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).

El contrato se divide en seis lotes.

Tercero.- A la licitación concurrieron –en tiempo y forma– dos licitadores, además de la mercantil recurrente.

Cuarto.- Una vez clasificadas las proposiciones, a la vista de la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación, y tras la aportación de la documentación de las mercantiles propuestas como adjudicatarias, mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Sector Huesca, de fecha 20 de junio de 2019, se adjudicó el contrato de referencia a favor de las mercantiles: "TEMPO EXPRÉS, S.L." (lotes 2, 3, 4 y 6) y "CENTRAL MENSAJEROS LOGÍSTICA 2008, S.L." (lotes 1 y 5); en lo tocante a éstos, la recurrente quedó clasificada en tercer lugar.

La notificación de la adjudicación fue remitida a todos los licitadores, el 20 de junio de 2019, y recibida por la recurrente el día 28 de junio de 2019. Asimismo, la adjudicación fue publicada en la PCSP el día 24 de junio de 2019.

Quinto.- Con fecha 16 de julio de 2019, fue interpuesto por doña M.N.G.D., en representación de la mercantil "TEMPO EXPRÉS, S.L.", ante el Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación frente al acto de adjudicación del contrato de referencia; en concreto, respecto a los lotes 1 y 5.

En su escrito de recurso la actora, tras aducir que ha sufrido indefensión por haber tenido acceso parcial al expediente de contratación, viene a argumentar que la oferta de la adjudicataria –a su juicio– debería haber sido excluida de la licitación por no acreditar la solvencia técnica exigida en el PCAP; en virtud de ello, interesa –textualmente –lo siguiente:

«***Primero.- Se reconozca y declare que en el momento de presentación de este recurso se nos ha generado indefensión, aunque sea subsanado posteriormente.***

Segundo.- Se retrotraigan las actuaciones al momento oportuno para excluir a la ahora adjudicataria por cualquiera de los motivos expuestos "u otros que se aprecien en aplicación de las alegaciones expuestas.

Subsidiariamente *para el caso de no apreciarse exclusión de la actual adjudicataria por las alegaciones vertidas* ***SOLICITO que se me facilite por parte del Tribunal el acceso al expediente completo y trámite para alegaciones***».

Sexto.- Con fecha 17 de julio de 2019 este Tribunal requirió, al órgano de contratación, el expediente de contratación y el informe al que alude el artículo 56.2. de la LCSP, siendo remitidos por aquél el día 22 de julio de 2019.

Séptimo.- El 23 de julio de 2019 se dio traslado del recurso al resto de interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Expirado dicho plazo, ha presentado alegaciones la mercantil "CENTRAL MENSAJEROS LOGISTICA 2008, S.L.", oponiéndose al recurso.

Octavo.- Con fecha 4 de septiembre de 2019 fue otorgado a la recurrente, trámite de audiencia por mor de la posible existencia de una causa de inadmisión, previstas en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA). Se han presentado alegaciones por parte de la mercantil actora, que fueron recibidas el día 20 de septiembre de 2019, y en cuya virtud se interesa que el recurso sea admitido.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Corresponde verificar, en primer lugar, de entre los requisitos que han de concurrir para la admisión del presente recurso especial, la legitimación de "TEMPO EXPRÉS, S.L." para su interposición, y ello a partir de la doctrina del interés legítimo asumida por este Tribunal en Acuerdos como el 113/2018, de 16 de noviembre, el 13/2019, de 31 de enero, 59/2019, de 8 de mayo, o el más reciente 92/2019, de 12 de julio, en cuya virtud tal legitimación –en atención al acto impugnado– ha de responder a un beneficio cierto y concreto para la recurrente; es decir, no puede obedecer a la pretensión de un acontecimiento hipotético, potencial y futuro en su esfera jurídica.

Así, en cuanto a su legitimación, defiende la actora en el escrito de recurso que: «(e)*s consciente esta empresa de que aún en el caso de ser admitida su pretensión principal y sea excluido el ahora adjudicatario, no implica la necesidad de que la adjudicación sea a nuestro favor, motivo por el que fundamentamos especialmente lo que entendemos* ***es nuestro interés legítimo "La posibilidad de poder llegar a ser adjudicatario aun no siendo el segundo clasificado":***

Primero.- *Estamos ante un procedimiento en el que* ***no hay que acreditar de antemano que se dispone de los requisitos necesarios para licitar,*** *bastando una simple afirmación en una declaración responsable de que se cumplen todos y cada uno de ellos.*

Segundo.- *Como veremos en las alegaciones, entendemos que el ahora adjudicatario no ha acreditado que reunía los requisitos para licitar y por lo tanto, en caso de estimarse el recurso, NO REUNIÓ LOS REQUISITOS para ser licitador, por lo que* ***nada impide que*** *el* ***segundo clasificado tampoco los cumpla*** *bien sea por motivos distintos o por los mismos que fundamentan el recurso contra el ahora adjudicatario, siendo de notar que el segundo clasificado* ***realiza las mismas afirmaciones que el primero*** *en el DEUC (No va a subcontratar, adscribe los medios necesarios...)*

Tercero.- *la infracción recurrida (La falta de solvencia del adjudicatario) es una causa de nulidad del derecho administrativo para celebrar el contrato, recogido en el artículo 39.2.a) de la LCSP:*

> *2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:*
> *a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la*

Cuarto.- *En los términos de una reiteradísima jurisprudencia constitucional y del TS,* ***el interés legítimo es una relación*** *material unívoca ente el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma* ***que su anulación produzca*** *automáticamente un efecto positivo (beneficio) o la* ***cesación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto,*** *debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético).* ***Se trata de la titularidad*** *potencial de una ventaja o de* ***una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial,*** *por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo,* ***el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida*** *(SSTC 252/2000, 173/2004, 52/2007, 119/2008, 38/2010; SSTS de 20 de mayo de 2011, recurso 3381/2009, de 11 de junio de 2013, recurso 24/2012, de 11 de julio de 2014, recurso 5584/2011, de 25 de junio de 2014, recurso 365/2012, entre otras muchas.). En el plano doctrinal, recientemente se ha señalado que para entablar un proceso contencioso es preciso ser titular de un determinado bien o situación valiosa, que haya sido lesionado por un tercero y que, por tanto, espere obtener del proceso la eliminación de la lesión y el pleno restablecimiento de su situación, esto es, que el proceso le otorgue una expectativa razonable de ventaja o beneficio. Puede por ello afirmarse que ostenta un interés legítimo aquel que sufre una lesión ocasionada por una actividad o inactividad de la Administración en una situación personal objetivamente valiosa que le confiere por ello facultades de impugnación.*

Por todo ello entendemos que la adjudicación realizada nos priva automáticamente de resultar adjudicatarios (Efecto negativo que pretendemos CESE), cuando no pude afirmarse que finalmente la estimación del recurso culmine con la adjudicación a esta empresa ya que el segundo clasificado tiene que pasar por el mismo proceso que no habría superado el primero.

Nuestra legitimidad se basa en la utilidad que de prosperar la pretensión ejercitada, se materializaría en la obtención de un beneficio de índole material y jurídico (Continuará la licitación con posibilidades de terminar siendo adjudicatarios) que evitaría un perjuicio, cierto y no meramente hipotético o eventual (Perder toda posibilidad de resultar adjudicatarios). Teniendo especial interés ya que el acto recurrido viene dado por la admisión de un licitador que no ha reunido en tiempo y forma su solvencia técnica lo que convertiría en NULO el contrato, variando durante el procedimiento su oferta (Igualdad de trato) y manifestando su intención incumplir la legislación vigente en materia de subcontratación en la ejecución del contrato».

En las alegaciones presentadas con ocasión del trámite de audiencia por inadmisión del recurso ante la posible falta de legitimación, y en lo que respecta propiamente a esta cuestión, la recurrente –tras ratificarse, principalmente, en la argumentación ya expuesta reproduciéndola– viene sólo a invocar, novedosamente, cuestiones de índole laboral así como el carácter restrictivo que debe regir en la consideración de toda posible causa de inadmisión, por mor de lo dispuesto en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso –y a propósito de la legitimación de la actora– defiende que ésta «(…) *no puede ser adjudicatari*(a) *de los lotes recurridos, aun en el hipotético caso de que admitido el recurso, se resolviese aceptando sus argumentaciones, dado*

que lo único que se conseguiría es que esa oferta pase a ser la tercera mejor valorada y por tanto el recurrente no tendría beneficio inmediato o cierto alguno (TARC Resolución 57/12; 395/2019).
Conforme a lo anterior, este órgano de contratación entiende que el recurrente carece de la legitimación exigible para presentar este recurso».

Expuestas las posturas de cada parte al respecto, corresponde traer a colación el ya meritado Acuerdo 92/2019, de 12 de julio, de este Tribunal, en el cual viene a afirmarse que «(e)*n el presente supuesto, sentado que la actuación recurrida es la adjudicación del contrato, cabe reconocer legitimación a las empresas licitadoras cuyas ofertas no han sido seleccionadas en la medida en que –de prosperar el recurso– ello suponga la opción para la actora de resultar adjudicataria. Así las cosas, la eventual estimación del presente recurso en el que se interesa la exclusión de las ofertas de las licitadoras que han quedado en primera y segunda posición –por incumplimiento de los pliegos– sólo acontecerá en caso de acogerse todos y cada uno de los motivos que la recurrente (clasificada en tercer lugar) aduce para, de esa manera, alzarse ella con la adjudicación; en conclusión, el éxito de sus pretensiones depende de que logre hacer caer a las dos competidoras que le han precedido en la licitación*».

Al igual que en el analizado en el Acuerdo recién extractado, en el presente supuesto se trata de la impugnación del acto de adjudicación del contrato respecto a los lotes en que la recurrente ha quedado clasificada en tercer lugar; de ahí que, de prosperar el recurso, ello únicamente redundaría en mejorar una posición pero, en ningún caso, en resultar adjudicataria del mismo –tal y como ella misma reconoce, por cierto, en su escrito de recurso–, lo que necesariamente conduce a este Tribunal a la conclusión de que carece de interés legítimo para interponer recurso.

Y ello, como resultado de la citada doctrina del interés legítimo que ha sido asumida no sólo por los distintos órganos administrativos encargados de la resolución de recursos contractuales, sino también por los órganos

jurisdiccionales: baste, por todas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010 (rec. nº 512/2007), en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se viene a exigir –de cara a reconocer la legitimación– la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio y a distinguir –expresamente– entre legitimación `*ad processum´* y la legitimación `*ad causam´*. Dicha Sentencia es del tenor literal siguiente:

«*Debe recordarse, a estos efectos, que la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, según se deduce de la doctrina de esta Sala (STS de 14 de octubre de 2003 [R 56/2000], de 7 de noviembre de 2005 [R 64/2003] y de 13 de diciembre de 2005 [R 120/2004]), así como de la jurisprudencia constitucional (STC 65/94), implica, en el proceso contencioso-administrativo, la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto (SSTC 105/1995, de 3 de julio, F. 2; 122/1998, de 15 de junio, F. 4 y 1/2000, de 17 de enero, F. 4).*

En la sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 2007 (RC 8719/2004), dijimos:

"*El concepto de interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa, que debe interpretarse a la luz del principio pro actione que tutela el artículo 24 de la Constitución (STC 45/2004, de 23 de marzo), equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta.*

Sabido es que este Tribunal Supremo reiteradamente ha declarado, según se refiere en las sentencias de 7 de abril de 2005 (RC 5572/2002) con cita de las sentencias de 29 de octubre de 1986, 18 de junio de 1997 y de 22 de noviembre de 2001 (RC 2134/1999), "que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación "ad processum" y la legitimación "ad causam". Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del

órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que "es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos".

Pero distinta de la anterior es legitimación "ad causam" que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e "implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito"; añadiendo la doctrina científica que "esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal». Y es, precisamente, el Tribunal Constitucional quien en el Fundamento Jurídico 5º de su sentencia de 11 de noviembre de 1991, ha dicho que "la legitimación [se refiere a la legitimación ad causam], en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso". Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto"».

Sentado lo anterior, no se acredita en el expediente la legitimación `*ad causam*´ de la actora para interponer el recurso especial, y ello pese a tratarse de una empresa que ha participado en la licitación de referencia pues, de conformidad por cuanto se ha expuesto, su eventual estimación no le depararía consecuencia alguna –tanto positiva como negativa– ni concreta, ni cierta, más allá de mejorar un puesto en la clasificación del resultado de la licitación, lo que en ningún caso conllevaría que la recurrente resultase adjudicataria del contrato, condición que ha resaltado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución nº 554/2018, de 8 de junio, cuando afirma:

«*Cuestiona GTT en sus alegaciones la legitimación del recurrente, dado que fue el último clasificado. Tal y como ha señalado este Tribunal en doctrina unánime y ya consolidada, la legitimación del recurrente debe basarse en la existencia de un interés legítimo y directo, es decir, en la expectativa de obtener un beneficio o evitar un perjuicio como consecuencia de la estimación de las pretensiones ejercitadas en el recurso, beneficio o perjuicio que han de ser concretos y no meramente hipotéticos o futuros y que en ningún caso pueden tener por objeto la mera defensa de la legalidad del procedimiento. Por tal motivo, la legitimación de quien ha quedado clasificado en último lugar, como ocurre en el presente caso, solo resulta admisible cuando la estimación del recurso daría lugar a que su valoración superara a la del primer clasificado, es decir, quedara su propia valoración situada en primer lugar (resoluciones nº 740/2015 o 656/2015, y las que en ellas se citan)*».

Y como igualmente razona –de manera harto gráfica– dicho Tribunal, a propósito de la legitimación para impugnar la adjudicación por empresas clasificadas en tercera o ulteriores posiciones, en la reciente Resolución 898/2019, de 1 de agosto, se concluye: *«Pero el Tribunal considera que se trata de un interés meramente hipotético o potencial, por lo que le niega legitimación para recurrir en el lote 2. Esta decisión se puede justificar fácilmente llevando el argumento del recurrente al extremo: ¿se debería admitir la legitimación de la empresa clasificada en la posición número 20 de un determinado procedimiento que reclama sólo contra la primera, con la esperanza de que vayan cayendo sucesivamente también los 18 restantes al aportar la documentación que exige el artículo 150.2 de la LCSP? Es evidente que no. Aunque es indudable que la posición del tercer clasificado es mucho mejor que la del licitador del ejemplo, su interés sigue siendo meramente hipotético*».

En suma, relegada la recurrente a la tercera posición en que resultó de la licitación y no cuestionando en ningún momento la proposición del licitador clasificado en segundo lugar, ello supone que sólo eventualmente pueda

obtener la adjudicación del contrato –al existir otra empresa en mejor posición–. Por lo tanto, la actora carece de interés real o cierto ya que la hipotética del recurso no le depararía beneficio concreto y tangible alguno, ostentando meramente un interés hipotético en el sentido expuesto en las Resoluciones recién extractadas.

En este sentido, cabe por último citar la Resolución 342/2018, de 11 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta Andalucía, en la que se afirma: «*En numerosas resoluciones de este Tribunal (entre las más recientes, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre y 337/2018, de 30 de noviembre) 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, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio de algún tipo, resultando evidente que el beneficio perseguido no puede ser otro que obtener la adjudicación. En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicatario, 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 de aquél por falta de legitimación de la empresa recurrente*».

Apreciada así la inadmisibilidad del recurso, no procede el examen del resto de motivos de fondo planteados. Y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo, que viene reiteradamente pronunciándose en el sentido de que solo puede discutirse la cuestión de fondo después de que, examinadas las causas o

motivos de inadmisión opuestas, se constate la concurrencia de los requisitos de procedibilidad, como es, entre otros, la legitimación del recurrente.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por la empresa "TEMPO EXPRÉS, S.L." frente a la adjudicación del procedimiento denominado «Servicio de transporte de documentación, neveras con analíticas, medicamentos, lencería y paquetería, con destino a los diferentes centros del Sector de Huesca. Lotes 1 y 5», promovido por la Gerencia del Sector Huesca del Servicio Aragonés de Salud, al carecer de legitimación para su interposición.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.