RE 121/2020

Acuerdo 7/2021, de 21 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "AUTOCARES MUDÉJAR, S.L." frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Prestación del servicio de transporte escolar en la provincia de Teruel para los cursos 2020/2021 y 2021/2022 (71 lotes/71 rutas) con posibilidad de prórroga los dos cursos siguientes. Lotes 39 y 41», promovido por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 de julio de 2020 se publicaron, tanto en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), como en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), el anuncio de licitación del procedimiento que figura en el encabezamiento de este acuerdo. Según se indicaba en el mismo, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 19 de julio de 2020.

Los días 7 y 9 de julio de 2020 se publicaron, respectivamente, en la PCSP y el DOUE, anuncios de corrección de errores ampliando el mencionado plazo al día 21 de julio de 2020.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto y con carácter urgente, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 9 069 767,12 euros, IVA excluido.

El objeto del contrato se distribuía en setenta y un lotes detallados en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que se identifican con cada una de las rutas a cubrir por el servicio de transporte escolar.

Segundo.- La Mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 27 de julio de 2020, procedió a la apertura y verificación de la documentación administrativa.

Tercero.- Mediante Resoluciones del Director del Servicio Provincial de Educación, Cultura y Deporte de Teruel, de fechas 17 y 23 de noviembre de 2020, se adjudicaron respectivamente, los lotes 41 y 39 del contrato referenciado. La adjudicataria en ambos casos, fue "Mª CONCEPCIÓN CORTADA SORIANO".

Cuarto.- El día 3 de diciembre de 2020 se recibió en este Tribunal –a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón- escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.N.V., en nombre y representación de la mercantil "AUTOCARES MUDÉJAR, S.L.", frente a las adjudicaciones citadas en el antecedente anterior.

La recurrente, manifiesta su disconformidad con las meritadas adjudicaciones, argumentando que no se podían adjudicar las dos rutas impugnadas a la misma licitadora, debido a la coincidencia de horario entre ambas de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato.

Quinto.- Con fecha 4 de diciembre de 2020 este Tribunal solicitó al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo, así como del informe al que alude el artículo 56.2 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 día 11 de

diciembre siguiente se recibieron los datos de los licitadores de los Lotes cuya adjudicación se recurre y el 8 de enero de 2021, se recibió el expediente e informe solicitados.

Sexto- Con fecha 11 de diciembre de 2020, fue otorgado a la actora, y al resto de interesados, trámite de audiencia sobre la posible existencia de una causa de inadmisión, prevista 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). Durante el plazo otorgado con ocasión del meritado trámite, ha presentado alegaciones la adjudicataria, oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso especial se plantea frente a la adjudicación, actuación específicamente señalada en el artículo 44.2 –letra c)– de la LCSP y respecto al procedimiento de licitación, se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60.000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la LMMCSPA.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen del fondo del asunto, es necesario examinar si la recurrente, como empresa que no se ha presentado a la licitación, está legitimada para interponer recurso especial frente a la adjudicación del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

Como ya se señaló en el Acuerdo 7/2016, este Tribunal administrativo viene defendiendo como criterio general, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional –STC (Sala Primera), núm. 119/2008, de 13 octubre, y STC 38/2010, de 19 de junio–, una interpretación amplia de legitimación activa (por ejemplo, Acuerdos 37/2014, de 30 de junio, 5/2015 y 104/2015, de 9 de enero y 9 de diciembre, respectivamente), que alcanza incluso a los licitadores que participan en un procedimiento, para impugnar los Pliegos; o a los licitadores excluidos para impugnar la adjudicación, en determinados supuestos.

Pero la legitimación activa del artículo 48 de la LCSP se vincula, con carácter general, a la relación que media con el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. Concretamente, se condiciona a la titularidad de un derecho o interés legítimo cuya tutela se postula, tal y como se ha declarado, entre otras, en las SsTS de 23 de diciembre de 2011 (casación 3381/08, FJ 5º), 16 de diciembre de 2011 (casación 171/2008, FJ 5º), o 20 de enero de 2012 (casación 856/08, FJ 3º).

Como ya señaló este Tribunal en su Acuerdo 38/2013, de 11 de julio, «*esta regla general ex artículo 42 TRLCSP* (actualmente el artículo 48 de la LCSP) *excluye la posibilidad de que una empresa, que no participó en una licitación, pueda recurrir la adjudicación, con la salvedad de que se acrediten variaciones del contenido de las previsiones del Pliego que, desnaturalizando el objeto o el régimen jurídico, impliquen una alteración indebida, que de haber sido conocida, le hubiera permitido presentar una oferta. De tal manera que, cuando quien recurre un acto de adjudicación no ha concurrido a la licitación, debe justificar especialmente el interés que determinaría su legitimación pues, como hemos venido advirtiendo desde nuestro Acuerdo 44/2012, no existe una acción pública en materia de contratación*».

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 julio de 2014, de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, analiza la legitimación en un supuesto

en que se recurría una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señalando que: «*El interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; STC 28/2005 de 14 de febrero FJ 3º). En materia contractual la falta de interés legítimo y la consiguiente falta de legitimación activa deriva de la no concurrencia a un contrato administrativo (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 14 Julio 2011, rec. 3163/2008). De ahí que la jurisprudencia haya exigido con carácter general para reconocer la condición de interesado a efectos de impugnación de la resolución por la que se adjudica un contrato administrativo, que el recurrente haya participado en el concurso o sistema de adjudicación de que se trate (S. 30-6-97 y 4-6-2001), pues no pueden hacerse valer para impugnar un determinado acto administrativo intereses que, por no integrar el contenido del acto, no son susceptibles de pronunciamiento alguno en el proceso de que se trate y, por lo tanto, no pueden servir de fundamento para invocar la legitimación activa en el proceso*».

Y concluye en este punto*:* «*La jurisprudencia ha aceptado la legitimación en materia de contratos de entidades públicas para personas o entidades que no participaron en la licitación, pero tales casos excepcionales están referidos a los Pliegos o Condiciones rectores de la contratación que son los que han impedido a dichas personas o entidades participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013, rec. 866/2011)*».

También cabe aludir a la Resolución nº 216/2017, de 24 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se pone de manifiesto que:

«*Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión "interés legítimo", utilizada en el*

artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de "interés directo", ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, 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 correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).

Pues bien, como ya hemos dicho en muchas ocasiones, para determinar si en un asunto concreto concurre el requisito de la legitimación en el reclamante ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto de interés legítimo con criterios amplios, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad. En nuestra Resolución 290/2011 indicamos que el Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, expone que el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética. Por

lo tanto, para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 –RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003-RJ 2003, 3267-, entre otras)».

Teniendo en cuenta esta doctrina, parece claro que para determinar si el interés que muestra la recurrente excede del mero interés por la legalidad, es preciso analizar si efectivamente concurre alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta y que correspondería a la recurrente, en caso de prosperar su pretensión.

Así la recurrente no concurrió a la licitación de los lotes impugnados, de manera que la eventual estimación de este recurso no le convertiría en adjudicataria del contrato, por tanto, su interés únicamente puede residir en que la consecuencia de la anulación de la adjudicación pueda ser la convocatoria de una nueva licitación, en la que esta vez sí concurriera, a diferencia de la anterior, por lo que el eventual interés que sustenta la recurrente no reúne los requisitos legales exigibles, esto es, 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 correspondiente esfera jurídica de la recurrente y sin que sea cierto y concreto, sino que es una mera invocación abstracta y general, es decir, una posibilidad de su acaecimiento. Pues bien, no es éste el interés o pretensión perseguida con el presente recurso.

Y en tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la sentencia nº 183/2020 de 22 de mayo, que desestimó la demanda interpuesta frente al Acuerdo 100/2018, de 15 de octubre de este Tribunal administrativo y por tanto confirmó, la inadmisión del recurso especial por falta de legitimación en la que se impugnaba el acto de adjudicación en una licitación a la que la recurrente no había concurrido, como en el en caso que nos ocupa.

Apreciada la inadmisibilidad del recurso no procede el examen de los 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, por ejemplo, la observancia de la legitimación en la interposición de los recursos administrativos.

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 mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por la mercantil “AUTOCARES MUDÉJAR, S.L.” frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Prestación del servicio de transporte escolar en la provincia de Teruel para los cursos 2020/2021 y 2021/2022 (71 lotes/71 rutas) con posibilidad de prórroga los dos cursos siguientes. Lotes 39 y 41»,

promovido por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 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.