

RE 24_2023 & RE 25_2023 & RE 26_2023

Acuerdo 25/2023, de 15 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelven los recursos especiales interpuestos por las mercantiles “AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.” y “AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A.” frente a la acto de clasificación de ofertas –Lotes 2, 3, 7 y 8 – del procedimiento de licitación denominado «Concesión para la prestación del servicio público de transporte regular interurbano permanente de viajeros de uso general por carretera de Aragón, a excepción de los servicios de carácter metropolitano del área de Zaragoza», promovido por el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón.

Ponente: Paula Bardavío Domínguez

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de abril de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el procedimiento de contratación a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo. Según figura en el citado anuncio, el plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el día 23 de mayo de 2022.

Se trata de un contrato de concesión de servicios, código CPV 60100000- Servicios de transporte por carretera, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 285 068 631,40 euros, IVA excluido.

Segundo.- En la tramitación del procedimiento, fueron interpuestos ante este

Tribunal tres recursos especiales en materia de contratación frente al anuncio y los pliegos referidos en el antecedente anterior, según el siguiente detalle.

| Fecha interposición recurso | Recurrente | Nº Recurso |
|-----------------------------|--|------------|
| 12 de mayo de 2022 | Asociación empresarial de transportes interurbanos de viajeros en autobuses de la Comunidad Autónoma de Aragón | 46/2022 |
| 13 de mayo de 2022 | Comité de empresa de Avanza Movilidad Integral, S.L. y Javier Cantoral García y otros. | 49/2022 |
| 13 de mayo de 2022 | Avanza Movilidad Integral, S.L. | 50/2022 |

Los recursos anteriores fueron resueltos mediante el Acuerdo 59/2022, de 15 de junio, en sentido desestimatorio.

Tercero.- Posteriormente, fueron interpuestos sendos recursos especiales frente a las exclusiones acordadas en el procedimiento de licitación respecto de las licitadoras siguientes:

| Fecha interposición recurso | Recurrente (Lote) | Nº Recurso |
|-----------------------------|-------------------------------------|------------|
| 15 de febrero de 2023 | Automóviles Zaragoza, S.A. (Lote 8) | 16/2023 |
| 15 de febrero de 2023 | Linecar, S.A. (Lote 15) | 17/2023 |

Los recursos citados fueron resueltos mediante el Acuerdo 20/2023, de 1 de marzo, en sentido desestimatorio.

Cuarto.- Mediante Orden del Consejero de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón, de 7 de febrero de 2023, se acordó la clasificación de las ofertas admitidas a la licitación, que por lo que a este Acuerdo interesa, resultó ser la siguiente:

| LICITADOR TOTAL | PUNT. | ORDEN CLASIFICACIÓN DEFINITIVA |
|--|-------|--|
| Lote 2 | | |
| AGRUPACIÓN AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A. ALCALÁ BUS, S.L. | 89,82 | Y 1 |
| AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL S.L. | 64,43 | 2 |
| Lote 3 | | |
| AGRUPACIÓN AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A. LA HISPANO IGUALADINA, S.L. | 88,62 | Y 1 |
| AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL S.L. | 79,19 | 2 |
| Lote 7 | | |
| AGRUPACIÓN AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A. Y LA HISPANO IGUALADINA, S.L. | 99,25 | Se aplican los criterios de adjudicación del art. 6.4.3. del PCAF (máximo 4 lotes) |
| AGRUPACIÓN AUTOMÓVILES LA SERRANA, S.L.; TRANSPORTES HERNÁNDEZ PALACIOS, S.A.; LA HISPANO DE FUENTE EN SEGURES, S.A. Y AUTOBUSES MAGALLÓN, S.L. | 82,48 | 1 |
| AGRUPACIÓN AUTOBUSES DE ANDORRA, S.L., ANTONIO CARRETERO S.L. Y AUTOBUSES PARRA, S.L. | 73,28 | 2 |
| Lote 8 | | |
| AGRUPACIÓN AUTOBUSES DE ANDORRA, S.L., ANTONIO CARRETERO S.L. Y AUTOBUSES PARRA, S.L. | 100 | 1 |
| LA HISPANO DE FUENTES EN SEGURES, S.A. | 64,52 | 2 |

La orden precitada en su Fundamento de Derecho cuarto expone lo siguiente:

«En cuanto a la propuesta de la mesa sobre que el acto de clasificación de las ofertas sea calificado como acto de trámite cualificado en aplicación del artículo 44.2. b LCSP, se considera adecuado. No obstante, se considera que en ningún caso puede plantearse, como propone la mesa de contratación que el acto de adjudicación solo sea recurrible por las actuaciones posteriores a la clasificación y a la propuesta de adjudicación de los contratos. Esta regulación procede de la LCSP que es normativa básica y estatal, y se considera que ni la mesa de contratación ni el órgano de contratación puede modificar el ámbito objetivo, el alcance ni el régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación regulado específicamente en la citada Ley.»

Quinto.- El día 28 de febrero de 2023, fue interpuesto recurso especial en materia de contratación por parte de don J.R.L.A., en nombre y representación de la mercantil “AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.”, frente a la clasificación de los Lotes 2 y 3. Al recurso recibido, atendiendo a su orden de llegada se le ha asignado el número 24/2023. En su escrito, la recurrente solicita la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento de licitación en tanto se resuelva el recurso interpuesto.

Sexto.- El mismo día 28 de febrero de 2023, fueron interpuestos otros dos recursos especiales por don R.J.L., uno de ellos, en nombre y representación de la mercantil “AUTOMÓVILES ZARAGOZA”, frente a la clasificación del Lote 8, y el otro, como representante de la “AGRUPACIÓN AUTOMÓVILES DE ZARAGOZA Y LA HISPANO IGUALADINA, S.L.”, frente a la clasificación del Lote 7.

A los recursos recibidos, atendiendo a su orden de llegada, se les han asignado los números 25/2023 y 26/2023. Ambos recursos solicitan, al igual que el anterior, la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento de licitación.

Séptimo.- Los días 28 de febrero y 1 de marzo de 2023, este Tribunal, dio traslado de los recursos recibidos al órgano de contratación, requiriendo del mismo la remisión del expediente e informe a 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 8 de marzo siguiente se recibió la documentación requerida. En sus informes, el órgano de contratación se opone tanto a la suspensión del procedimiento como a la estimación de los recursos.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter preliminar este Tribunal quiere reseñar que, analizados los escritos de los recursos, en ellos se aprecia identidad en el objeto de los mismos, por lo que cabe abordar su resolución de manera conjunta, pues entre ellos existe la identidad sustancial o íntima conexión a que se refiere el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por lo que procede, en aras del principio de economía procedimental, acumular los dos recursos para su resolución en un único procedimiento y mediante un solo acuerdo, conforme se establece en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Por tanto, siendo la acumulación de diversos recursos administrativos una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar por propia iniciativa, este Tribunal decide acordarla respecto de los recursos 24/2023, 25/2023 y 26/2023, para su resolución conjunta en un solo acuerdo.

SEGUNDO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.” y “AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A.”, para interponer los recursos especiales 24/2023 y 26/2023, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

En cuanto a la legitimación de la actora del recurso 25/2023, hay que poner de manifiesto que dicha mercantil “AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A.”, fue excluida de la licitación del Lote 8, con anterioridad al acto que es objeto de impugnación en el presente recurso especial, como se ha referenciado en el antecedente de hecho tercero de este acuerdo.

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal administrativo -por todos cabe citar el Acuerdo 31/2019, de 13 de marzo y las resoluciones que allí se invocan del

otros órganos encargados de la resolución de recursos contractuales-, se viene a concluir que está legitimado para recurrir la adjudicación, el licitador que haya sido previamente excluido del procedimiento -mientras dicha exclusión no sea firme- cuando además de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible una nueva licitación a la que puede presentar una oferta; esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido, y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación.

Es decir que la doctrina de los órganos encargados de resolver recursos contractuales, concede legitimación a la licitadora excluida que formula una impugnación contra la adjudicación, cuando de prosperar el recurso resulte que procede cancelar la licitación en cuestión y tramitar un nuevo procedimiento al que la recurrente puede presentar una nueva oferta.

Esto mismo debería de concurrir en el recurso 25/2023, sin embargo -y sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente fundamento de derecho-, aun en el caso de que eventualmente prosperara, no procedería cancelar la licitación en cuestión y tramitar un nuevo procedimiento al que la recurrente pudiera presentar una nueva oferta,- tanto por razón de la naturaleza del acto impugnado como por los motivos esgrimidos en el escrito de recurso-, por lo que la situación de la actora es equivalente a la de cualquier operador económico que no haya presentado oferta y por tanto carece de legitimación.

En consecuencia, procede, declarar la inadmisión del recurso 25/2023, por falta de legitimación de la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2.b) de la LMMCSPA.

TERCERO.- Queda acreditado que los recursos se han interpuesto frente a la licitación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es 285 068 631,40 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.c) de la LCSP.

CUARTO.- Procede analizar a continuación, si los recursos han sido interpuestos frente a un acto de los incluidos en el artículo 44.2 de la LCSP, al que remite el artículo 17.2.a) de la LMMCSPA, el cual delimita cuáles son los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, en concreto señala lo siguiente:

«2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.*
- b) 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.*
- c) Los acuerdos de adjudicación.*
- d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.*
- e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.*
- f) Los acuerdos de rescate de concesiones».*

Así las cosas, dado que la actuación impugnada es el acuerdo de clasificación de ofertas, no se trata de uno de los supuestos regulados en el artículo recién transcrito y no es, por tanto, susceptible de recurso especial y ello aun a pesar de que dicha clasificación, ha sido realizada por el órgano de contratación, lo que excluye, en principio, la posibilidad de que éste se separe de su propia

declaración de voluntad y permite plantear si puede considerarse un acto de trámite cualificado, por decidir indirectamente la adjudicación del contrato.

Sin embargo sobre dicha cuestión este Tribunal administrativo ya se ha planteado con anterioridad en el Acuerdo 28/2022, de 28 de marzo (y más recientemente en el 19/2023, de 1 de marzo), en el que concluimos de la siguiente forma:

«(d)ado que la actuación impugnada es el acuerdo de clasificación de ofertas, no se trata de uno de los supuestos regulados en el artículo recién transcrito y no es, por tanto, susceptible de recurso especial. Como tiene establecido este Tribunal administrativo en su doctrina –entre otros, Acuerdos 26/2011, 30/2012, 2/2014, 109/2015, 5/2016, 95/2016, 35/2019 y 23/2020–, las actuaciones tendentes a la adjudicación, como son la asignación y comunicación de las puntuaciones otorgadas en los criterios de adjudicación o el acuerdo del órgano de contratación por el que se clasifican las ofertas, no tienen la consideración de «actos de trámite», en los términos señalados en la letra b) del citado artículo 44.2 de la LCSP.

Hay que recordar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final –la adjudicación– que pone fin al mismo, y para llegar a ella han de seguirse una serie de fases, con actos e intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la norma los considere de una importancia o cualificación especial –en términos legales, que éstos 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– por un principio de concentración procedimental.

Circunstancia que no concurre en el presente caso donde lo que se recurre es la clasificación de las ofertas y ello aun a pesar de que dicha clasificación ahora recurrida, es la realizada por el órgano de contratación, lo que excluye, en principio, la posibilidad de que éste se separe de su propia declaración de voluntad, lo que permite replantear si puede considerarse un acto de trámite cualificado por decidir indirectamente la adjudicación del contrato.

Sin embargo, lo cierto es que no es hasta que la licitadora propuesta como adjudicataria presente la documentación requerida y sea ésta verificada, cuando el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato a su favor, notificándose entonces la adjudicación al resto de licitadores y publicándose en el perfil de contratante, momento en el que se abrirá el plazo para interponer recurso frente a dicho acto de adjudicación.

Pero también es posible que el licitador que haya presentado la oferta clasificada en primer lugar, no aporte la documentación previa a la adjudicación requerida tal y como establece el artículo 150 de la LCSP, por lo que se le tendría por desistido y se propondría la adjudicación al siguiente licitador y así sucesivamente. De tal manera que el orden clasificatorio final a impugnar –desde un punto de vista material, no formal- por los licitadores en un eventual recurso, puede ser diferente al acordado incluso por el propio órgano de contratación y por tanto, los intereses y las posibilidades impugnatorias de los licitadores también –al variar su posición en la clasificación-, lo que justifica que no deba adelantarse la vía del recurso sino hasta que haya una real y definitiva decisión sobre la adjudicación.

Por tanto, y aun a pesar de que la clasificación de las ofertas y propuesta de adjudicación ahora recurrida es la realizada por el órgano de contratación, no se considera acto de trámite cualificado al entender que no determina la adjudicación, pues cabe que se adjudique a otro licitador distinto al propuesto, al igual que sucede con la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de contratación, en los términos previstos en el artículo 157.6 de la LCSP cuando

señala: “(l)a propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión”.

Además, de admitir el recurso frente al acto de clasificación y propuesta de adjudicación del órgano de contratación, eventualmente podría dar lugar a que el recurso frente a la adjudicación debiera ser inadmitido por haber quedado aquél acto consentido y firme por falta de impugnación, lo cual sería contrario al régimen del recurso especial establecido por el artículo 44 de la LCSP.

Como último argumento en favor de considerar que el acto impugnado es un acto de trámite no cualificado, cabe afirmar que dicha interpretación resulta más garantista, puesto que de admitir el recurso frente a la clasificación de ofertas llevada a cabo por el órgano de contratación, queda desplazado el recurso frente a la adjudicación, lo que conlleva, en perjuicio del interés general, que no se despliegue el efecto automático de la suspensión ex lege establecida para el caso de impugnación mediante recurso especial de dicho acto.

En consecuencia, hay que declarar la inadmisión del recurso presentado, pues ha sido interpuesto contra una actividad no susceptible de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55.c) de la LCSP y 21.2.c) de la LMMCSPA, sin perjuicio de la facultad que corresponde a la recurrente de impugnar la adjudicación.»

Por tanto al haber identidad en el supuesto resuelto por este Tribunal administrativo en el Acuerdo recién transcrito y los que ahora nos ocupan, necesariamente ha de llegarse a la misma conclusión, que no es otra, sino la inadmisión de los recursos nº 24/2023 y 26/2023.

Del parecer de este Tribunal participan también el resto de órganos administrativos de resolución de recursos contractuales, pudiendo citar la

Resolución 1635/2022, de 29 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como las que en ella se citan.

Y no obsta tal conclusión el hecho de que el órgano de contratación al notificar el acto impugnado, señale como pie de recurso de forma incorrecta, que frente al mismo cabe el recurso especial en materia de contratación, por considerarlo acto de trámite cualificado, puesto que el régimen legal de recursos es una cuestión de orden público y por tanto, debe prevalecer sobre la notificación errónea, máxime cuando, pese a que esta previsión ha podido inducir a error a las recurrentes y llevar a la presentación de este recurso, la inadmisión del mismo no les causa indefensión, pues no se les priva de la eventual posibilidad de atacar el acto de trámite y no cualificado en cuestión al impugnar mediante el recurso especial, el acto finalizador del procedimiento –la adjudicación-. Y es que lo que aquí ha acontecido no es que se haya indicado incorrectamente el recurso disponible frente al acto notificado, sino que por su propia naturaleza, no cabe recurso alguno frente al mismo.

Apreciada la inadmisibilidad de los recursos no procede el examen de los motivos de fondo planteados. Y así lo tiene sentado 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 interposición de un recurso contra un acto que no es susceptible de impugnación.

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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación 24/2023, 25/2023 y 26/2023 presentados por las mercantiles “AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.” y “AUTOMOVILES ZARAGOZA, S.A.”, frente a la orden de clasificación de ofertas –Lotes 2, 3, 7 y 8 – del procedimiento de licitación denominado «Concesión para la prestación del servicio público de transporte regular interurbano permanente de viajeros de uso general por carretera de Aragón, a excepción de los servicios de carácter metropolitano del área de Zaragoza», promovido por el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Inadmitir el recurso 25/2023 interpuesto por “AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A.”, frente al acto de clasificación de ofertas –Lote 8 – del procedimiento de licitación denominado «Concesión para la prestación del servicio público de transporte regular interurbano permanente de viajeros de uso general por carretera de Aragón, a excepción de los servicios de carácter metropolitano del área de Zaragoza», promovido por el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón, por falta de legitimación de la actora.

TERCERO.- Inadmitir los recursos especiales 24/2023 y 26/2023, en materia de contratación presentados por las mercantiles “AVANZA MOVILIDAD INTEGRAL, S.L.” y “AUTOMÓVILES ZARAGOZA, S.A.” frente al acto de clasificación de ofertas –Lotes 2, 3 y 7– del procedimiento de licitación denominado «Concesión para la prestación del servicio público de transporte regular interurbano permanente de viajeros de uso general por carretera de Aragón, a excepción de los servicios de carácter metropolitano del área de Zaragoza», promovido por el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno

de Aragón al haberse interpuesto frente a una actuación no susceptible de recurso especial.

CUARTO.- Notificar el presente 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.