RE 084/2014

Acuerdo 49/2014, de 8 de agosto de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos, frente al acuerdo de adjudicación del contrato denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado publico —incluida red semafórica— propiedad del Ayuntamiento de Calatayud», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud (Zaragoza).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de octubre de 2013 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», convocado por el Ayuntamiento de Calatayud, contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 7 804 360 euros, IVA excluido.

SEGUNDO.- Este Tribunal resolvió por Acuerdo 36/2013, de 10 de julio, el recurso especial 50/2013, planteado por ENDESA INGENIERÍA S.L.U. frente a la adjudicación del contrato denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las

instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», licitado en febrero de 2013, en el sentido de estimar el mismo, anular la adjudicación y disponer que el órgano de contratación procediera a declarar desierto el procedimiento, por incumplir todas las proposiciones las especificaciones establecidas en el PPT.

Por Acuerdo 37/2013, de 10 de julio, este Tribunal resolvió los recursos especiales, interpuestos por ELECTROTECNIA MONRABAL, S.L.U. y UTE SERVICIOS ENERGÉTICOS CALATAYUD 2013, frente a su exclusión en esa licitación, en el sentido de desestimar los mismos, dada la perdida sobrevenida de su objeto.

Por Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre de 2013, este Tribunal resolvió el recurso especial 68/2013, planteado por la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos contra el procedimiento de licitación denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», licitado en agosto de 2013, declarando la invalidez de toda la licitación y anulando la misma.

Este Tribunal resolvió igualmente, por Acuerdo 66/2013, de 15 de noviembre de 2013, el recurso especial 80/2013, interpuesto por Dª Mª Amor Muñoz Gutiérrez en nombre propio como concejal del Ayuntamiento de Calatayud, así como en nombre y representación del Grupo Municipal PAR (Partido Aragonés Regionalista), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el Pliego de Prescripciones Técnicas y los anuncios de licitación que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro y servicios

energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», licitado en octubre de 2013, en el sentido de desestimar el mismo, dado que es el órgano de contratación el que debe definir los requerimientos necesarios para el cumplimiento del objeto del contrato.

TERCERO.- En el procedimiento vigente presentaron propuestas tres licitadores, ELECTROTECNIA MONRABAL, S.L.U. (en adelante MONRABAL), ELECNOR, S.A. (en adelante ELECNOR) e IMESAPI, S.A. (en adelante IMESAPI).

Este Tribunal resolvió por Acuerdo 28/2014, de 12 de mayo de 2014, el recurso especial 67/2014, interpuesto por IMESAPI frente a su exclusión en el procedimiento, en el sentido de estimar el mismo, al considerar contraria a la ley la exigencia en las condiciones de solvencia de experiencia previa en contratos para la Administración, anuló el acuerdo de exclusión y dispuso la admisión de la recurrente al procedimiento de licitación.

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el 16 de mayo de 2014, procedió a la apertura del Sobre B de IMESAPI, trasladando el mismo a los técnicos para su valoración. Tras requerir al licitador subsanación y aclaraciones, respecto a su oferta técnica, la Mesa vuelve a reunirse el 6 de junio de 2014 y acuerda la exclusión de IMESAPI de la licitación, por incumplir las luminarias propuestas el Pliego de Prescripciones Técnicas.

CUARTO.- La Mesa de contratación, en sesión celebrada el 20 de junio de 2014, da a conocer el resultado de los criterios sujetos a evaluación previa (Sobre B), y procede a la apertura del Sobre C de los licitadores

que habían superado la fase de evaluación previa, el cual contenía la oferta económica y las mejoras, y a su lectura. Clasifica las ofertas admitidas por orden de puntuación, y requiere a la primera clasificada, MONRABAL, para que presentara la documentación pertinente en el tiempo y forma exigidos.

QUINTO.- Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Calatayud de fecha 8 de julio de 2014 se adjudicó el contrato a la empresa MONRABAL, al resultar la proposición económicamente más ventajosa (99,74 puntos, frente a los 92,23 puntos obtenidos por ELECNOR).

SEXTO.- El 25 de julio de 2014, D. Rafael Herrero Martín, en nombre y representación de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos (en adelante ANESE), interpone ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado publico —incluida red semafórica— propiedad del Ayuntamiento de Calatayud».

La recurrente ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso. Y así lo hizo el 21 de julio de 2014.

El recurso alega y fundamenta, a efectos de esta resolución, que la valoración de los servicios contenidos en el apartado «*B2. Características de la red básica de telecomunicaciones*» del apartado técnico no forman parte de un contrato de Servicios Energéticos y por lo

tanto, no debe ser considerada su valoración dentro del mismo. Solicitan la retroacción de las actuaciones de la Mesa de contratación y/o del órgano de contratación al momento de otorgar las correspondientes puntuaciones, y la anulación de la puntuación asignada en el citado apartado.

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de julio de 2014, el Ayuntamiento de Calatayud remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón copia del expediente de contratación completo, acompañado del preceptivo informe exigido en el artículo 46.2 TRLCSP.

El 31 de julio de 2014, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

OCTAVO.- El 4 de agosto de 2014, D. Salvador Monrabal Hernández, en nombre y representación de MONRABAL, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación, por considerar que no queda acreditada la representación legal de ANESE a efectos de la interposición del recurso. Entiende, además, que lo que materialmente se ha recurrido no es la adjudicación, sino el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que debería haberse impugnado en el momento procesal oportuno. Asimismo considera que ANESE, en tanto se trata de una Asociación, carecer de legitimación activa para recurrir el acto de adjudicación, con apoyo en doctrina de Tribunales administrativos de contratos públicos. Por último, aduce y fundamenta que el criterio técnico recurrido es perfectamente legal, en la medida en que se halla vinculado con el objeto principal del contrato, por los motivos que detalla.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente que el recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato mixto de suministro y servicios, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- En este punto resulta necesario analizar la legitimación de D. Rafael Herrero Martín, como Presidente de ANESE, para interponer recurso especial, y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Para ello, es oportuno recordar, como ya establecimos en nuestro reciente Acuerdo 13/2014, que el recurso especial en materia de contratación, que regula el TRLCSP, tiene como finalidad —ex artículo 1 TRLCSP— garantizar que la contratación del sector público se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

El recurso especial en materia de contratación, es un recurso que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, en cumplimiento de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

De acuerdo con el artículo primero (apartados 2 y 3) de la Directiva 2007/66, parece obvio que el recurso especial en materia de contratación tiene como finalidad el garantizar la competencia entre las empresas (o cualquier persona) que tengan interés en obtener un determinado contrato.

En su trascripción literal la Directiva 2007/22 establece:

> *«2. Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.*
>
> *3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción»*

El artículo 40 TRLCSP, que regula el recurso especial en materia de contratación, lo hace bajo una doble configuración: su carácter potestativo y su régimen jurídico de especialidad. Es decir, no es obligatoria la interposición del recurso especial en materia de contratación para poder impugnar el acto objeto de recurso en la

jurisdicción contenciosa —a través del proceso contencioso-administrativo correspondiente—; y la especialidad del recurso deriva del régimen jurídico que regula su objeto, el órgano competente para su conocimiento, su ordenación y resolución.

Entre las normas que configuran la especialidad del recurso se encuentra la referente a la legitimación para recurrir. El artículo 42 TRLCSP, que transpone la Directiva referenciada, atribuye legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Esta legitimación para la interposición del recurso especial hay que recordar que se configura de forma muy amplia, exenta de formalidades y centrada en la posible lesión de la posición jurídica-subjetiva del particular o de su esfera de intereses. Además, el TRLCSP no se refiere literalmente a «*los licitadores*», sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por las decisiones impugnadas, lo que supone un necesario abandono de la jurisprudencia más restrictiva en torno a la legitimación en materia de contratación. Este Tribunal administrativo viene aplicando un concepto amplio de legitimación, muy vinculado al concepto de buena administración (por todos, Acuerdo 44/2012).

Así, 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 —, los Acuerdos 36/2012, de 21 de agosto y 38/2012, de 10 de septiembre, avalan un concepto amplio de legitimación, que habilita el recurso para Colegios profesionales o Asociaciones empresariales,

siempre en interés de sus representados. En esta línea pueden recordarse el Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; el Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre, en relación a la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos; y el Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre, respecto de la Federación de Empresas de Transportes de Mercancías de Zaragoza. En todos estos Acuerdos, donde se reconoció legitimación a Colegios profesionales o Asociaciones empresariales, se recurrieron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares o de Prescripciones Técnicas del procedimiento de licitación.

Sin embargo, está amplia legitimación, como ya se advirtiera en nuestro Acuerdo 44/2012, no puede convertirse en una acción pública universal justificada en el derecho formal a la defensa de la legalidad, en tanto tal acción no encuentra en estos momentos apoyo legal. Es necesario que exista un interés directo o legítimo afectado por la resolución del recurso. Criterio igualmente aplicado por otros órganos de recursos contractuales-, por ejemplo, Resolución 122/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en el mismo sentido la Resolución 11/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Únicamente en un supuesto, en el Acuerdo 41/2012, este Tribunal administrativo concedió legitimación a una Asociación profesional frente a la adjudicación de un contrato, ya que se trataba de un contrato que fue declarado de carácter reservado, con la siguiente fundamentación: «*la Asociación no pudo conocer la tramitación del procedimiento hasta su adjudicación, sin que este extremo haya sido desvirtuado en el informe del órgano de contratación. En segundo*

lugar, que nos encontramos ante un contrato que ha sido declarado reservado, y por su propia definición y régimen jurídico, es obvio que los actos preparatorios solo han podido ponerse de manifiesto, a quienes no fueron invitados, en el momento de su adjudicación…».

La ausencia de legitimación de las Asociaciones empresariales o profesionales para impugnar la adjudicación, si no existe una relación cierta y concreta entre la Asociación y el objeto del recurso, la mantiene también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su reciente Resolución 458/2014, donde expresamente reconoce la legitimación de la Asociación recurrente para recurrir los Pliegos, pero no la adjudicación, al mantener:

> *«Desechado por extemporáneo el recurso contra los pliegos, el objeto del recurso es el de excluir la oferta adjudicataria, acto sobre el que pueden tener interés unívoco y concreto las otras licitadoras concurrentes, en particular, la clasificada en segundo lugar. Pero en ningún caso una asociación de empresas puede representar el interés legítimo de sólo alguna de las licitadoras, máxime cuando justamente la clasificada en segundo lugar ha planteado recurso sobre bases que nada tienen que ver con las alegaciones de AERTE y que, en absoluto, cuestionan el carácter -no anormal, ni desproporcionado- de la oferta adjudicataria. En conclusión, no hay una relación unívoca y concreta de AERTE con el objeto del recurso, por lo que debe entenderse que carece de legitimidad para plantearlo y debamos inadmitir también el recurso contra la adjudicación».*

Procede ahora analizar si existe en ANESE —frente al acuerdo de adjudicación—, realmente ese interés legítimo, interés en sentido propio, específico y cualificado, que equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de 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 que la obtención de un beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética.

Pues bien, ANESE basa su recurso en que la valoración de los servicios contenidos en el apartado B-2 «*Características de la red básica de telecomunicaciones*», relativos a la instalación de una red de telecomunicaciones, no forman parte de un contrato de servicios energéticos y por lo tanto no debe ser considerada su valoración dentro del mismo. No se acredita por tanto el beneficio de índole material o jurídica, o la evitación de un perjuicio, afectado por la resolución del recurso; sino que en su caso, debió en interés de sus representados, haber impugnado en el momento procedimental oportuno los pliegos que rigen la presente licitación.

Con base en la doctrina expuesta en el presente fundamento, la conclusión es que la recurrente carece de la legitimación activa exigida para interponer el recurso especial, para impugnar este acto de adjudicación, en tanto que no acredita el efecto cierto (positivo o negativo, actual o futuro), que la anulación, en su caso, de la adjudicación tendría para la misma o para sus asociados, ni la titularidad potencial de una ventaja o utilidad jurídica vinculada al objeto del contrato, y no a expectativas particulares.

Avala esta decisión la ausencia de razones en que fundamenta la legitimación la recurrente, que cuestiona el contenido de los Pliegos en el momento de la adjudicación.

Por todos los motivos expuestos, este Tribunal entiende que la recurrente carece de legitimación para interponer el recurso especial, debiendo inadmitirse el mismo.

Apreciada la inadmisibilidad del recurso no procede el examen del motivo de fondo planteado. 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.

TERCERO.- Solicita el órgano de contratación, en su informe al recurso, que se imponga una multa a la recurrente por manifiesta temeridad y mala fe, de conformidad con lo previsto en el artículo 47.5 TRLCSP.

Este Tribunal tiene establecido (entre otros, Acuerdo 27/2013) que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso.

En este supuesto, a juicio de este Tribunal, el motivo del recurso es claramente infundado y evidencia, al menos, una temeridad en su interposición, por cuanto se trata de un expediente de contratación que se ha licitado en tres ocasiones, habiendo esperado la Asociación recurrente a la adjudicación de la tercera para interponer el recurso respecto a una cuestión que afecta a los Pliegos de la licitación, con los correspondientes perjuicios a la entidad licitadora y un evidente uso indebido del recurso especial, ajeno a lo que debe ser un uso correcto de los instrumentos de control. Por ello, se acuerda imponer una multa a la recurrente de 1 000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos

del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial, interpuesto por D. Rafael Herrero Martín, en nombre y representación de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos, frente al Acuerdo de adjudicación del contrato denominado «Suministro y servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de alumbrado público —incluida la red semafórica— de propiedad municipal», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud, por falta de legitimación de la recurrente.

SEGUNDO.- Imponer a ANESE, de conformidad con el artículo 47.5 TRLCSP, una multa de 1 000 euros, por apreciar temeridad en la interposición del recurso, con los correspondientes perjuicios a la entidad adjudicadora y al interés público que representa.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de

la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.