



Recurso nº 746/2018 C.A. Principado de Asturias 51/2018

Resolución nº 894/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 5 de octubre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. D. C. G., en representación de RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL S.L., contra Resolución de 2 de julio de 2018, de la Consejera de Hacienda y Sector Público por el que se adjudica el *“Acuerdo Marco para la prestación de servicios postales y telegráficos, con destino a la Administración del Principado de Asturias y sus Organismos Autónomos, así como las entidades públicas y entes públicos adheridos”*, expediente AM-1/18, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Hacienda y Sector Público del Principado de Asturias convocó, mediante anuncio enviado al DOUE el 8 de noviembre de 2017, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del *“Acuerdo Marco para la prestación de servicios postales y telegráficos, con destino a la Administración del Principado de Asturias y sus organismos autónomos, así como las entidades públicas y entes públicos adheridos”* con valor estimado de 25.910.093,09€.

Segundo. La licitación se llevó a cabo por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, presentando ofertas las sociedades SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SA SME y RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL SL, ahora recurrente.

Tercero. Con fecha 7 de marzo de 2018 se procedió a requerir la correspondiente documentación al licitador clasificado en primer lugar, RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL SL.



A la vista de la dificultad de la valoración, por contener valoraciones técnicas especializadas, la Mesa acuerda encomendar al Servicio Técnico de Gestión Patrimonial la labor de recabar cuantos informes técnicos resulten necesarios para que la Mesa pueda pronunciarse sobre dicha cuestión.

Cuarto. Con fecha 30 de abril de 2018 se reúne de nuevo la Mesa de Contratación para recibir el informe referido. Tal informe señala:

"A la vista del incumplimiento de la adscripción al contrato de una red de oficinas en cada capital de provincia, un responsable en cada una de ellas, y la no existencia de un sistema que garantice la constancia, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, de la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega de las notificaciones, se entiende que la empresa RD POST INCUMPLE LA ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS MATERIALES Y PERSONALES DEL PLIEGO"

La mesa asumió por unanimidad el informe elaborado por el Servicio Técnico de Gestión Patrimonial, entendiendo que la empresa no acredita la efectiva disposición de la red de oficinas en cada capital de provincia, no acredita la efectiva disposición de los responsables de cada una de ellas y no acredita la disposición de un sistema que garantice la constancia, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, de la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega de las notificaciones, en las condiciones exigidas por la legislación aplicable y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLCSP, la Mesa entendió que el licitador había retirado su oferta, procediendo a requerir la misma documentación al otro licitador, SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SA SME.

Quinto. Con fecha 24 de mayo de 2018, la sociedad RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación frente a la anterior resolución. Este recurso dio lugar al expediente tramitado ante este Tribunal Recurso nº 508/2018 C. A. Asturias 33/2018.

Interpuesto este recurso, con fecha 5 de junio de 2018 este Tribunal adoptó la resolución por la que se concedió la medida cautelar solicitada por la recurrente de suspender el procedimiento de contratación.



Sexto. Con fecha 22 de junio de 2018 fue resuelto el recurso especial en materia de contratación referido en el antecedente anterior, mediante Resolución nº 604/2018, la cual desestima el recurso interpuesto por RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL, S.L. y levanta la medida cautelar de suspensión del procedimiento. Esta resolución fue notificada a la Consejería de Hacienda y Sector público del Principado de Asturias el 29 de junio de 2018.

Séptimo. Con fecha 2 de julio de 2018, la Consejera de Hacienda y Sector Público dicta Resolución en la que, a los efectos que aquí interesan, dispone:

“PRIMERO.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación del Acuerdo marco para la prestación de servicios postales y telegráficos, con destino a la Administración del Principado de Asturias y sus organismos autónomos, así como las entidades públicas y entes públicos adheridos, al haber sido dictada la resolución del recurso interpuesto ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

SEGUNDO.- Excluir del procedimiento de licitación la oferta presentada por la empresa RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL SL, al entender que el licitador ha retirado su oferta por no haber acreditado la efectiva disposición de los medios personales y materiales comprometidos en su oferta.

(...)

CUARTO.-Adjudicar, mediante procedimiento abierto y un solo criterio de adjudicación, el Acuerdo marco para la prestación de servicios postales y telegráficos, con destino a la Administración del Principado de Asturias y sus organismos autónomos, así como las entidades públicas y entes públicos adheridos, a la empresa SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SA SME, con NIF A 83052407, por los precios unitarios que figuran en su oferta económica y que se transcriben como Anexo 1 a la presente Resolución, debiendo ajustarse en su ejecución al pliego de cláusulas y a la oferta presentada.”

Octavo. Con fecha 23 de julio de 2018, la empresa RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL, S.L. anuncia la voluntad de interponer recurso especial en materia de contratación frente a la resolución anterior, mediante escrito firmado por Don Diego Cambló Giménez.



El recurso tiene entrada en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda el día 24 de julio de 2018.

Noveno. Con fecha 9 de agosto de 2018 la Secretaria General del Tribunal dicta Resolución en la que acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Décimo. Con fecha 9 de agosto de 2018 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los demás licitadores para que pudieran formular las alegaciones, trámite que hace uso de su derecho SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SA SME.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Con carácter previo ha de determinarse la legislación que resultará de aplicación a la licitación en la que se plantea este recurso.

La disposición transitoria primera 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, establece que *“los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato”*.

En el caso que nos ocupa, la iniciación del procedimiento se produjo mediante el envío del anuncio al DOUE, la cual tuvo lugar el día 8 de noviembre de 2017, anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 7/2017, que tuvo lugar el 9 de marzo de 2018.

En consecuencia, resulta de aplicación la regulación contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de Recursos



Contractuales, hecho en Madrid a 3 de octubre de 2013 cuya prórroga tácita fue objeto de publicación en el BOE mediante Resolución de 4 de octubre de 2013, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Tercero. Seguidamente se analizará la concurrencia del requisito de legitimación, artículo 48 de la LCSP.

La recurrente es un licitador que ha presentado oferta para la adjudicación del contrato. Ahora bien, la recurrente fue excluida de la licitación mediante resolución de la Mesa de contratación de 30 de abril de 2018. Frente a esa resolución se interpuso recurso especial en materia de contratación, acordándose, como medida cautelar, la suspensión del procedimiento. El recurso ha finalizado mediante resolución desestimatoria, en la que se acordó el levantamiento de la suspensión acordada. No hay constancia en el expediente de la existencia de recurso judicial ni de que se haya acordado suspensión en dicha vía. En consecuencia, la resolución de exclusión es firme en la vía administrativa y ejecutiva.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que los licitadores excluidos carecen de legitimación para la impugnación de la adjudicación realizada. La exclusión de la licitación determina que el licitador excluido, en ningún caso, pueda resultar adjudicatario del contrato. De esta forma no existe ningún interés legítimo que pueda ser tutelado a través del recurso especial en materia de contratación, pues de la estimación del recurso no podría derivarse ningún beneficio para el recurrente. Recordemos que por interés legítimo se entiende la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, 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, como sucede con el interés en la adjudicación del contrato. Así planteada la cuestión, lo único que se hace valer en un eventual recurso interpuesto por un licitador excluido es el interés en el cumplimiento de la legalidad. Ahora bien, el interés en el cumplimiento de la legalidad es el fundamento de los supuestos en los que la ley reconoce legitimación pública, lo que no sucede en el caso del recurso especial en materia de contratación, donde se exige la concurrencia de un derecho subjetivo o interés legítimo que se vean afectados por la resolución que recaiga.



La doctrina expuesta ha sido recogida en diversas resoluciones de este Tribunal. Por todas, en resolución 340/2014, de 30 de abril, (fundamento de derecho tercero), se señalaba:

“Tal y como señala la Resolución nº 238/2014 de 21 de marzo de 2014, con carácter general, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada en sentencias como la de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, 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 (Resoluciones 279/2012, de 5 de diciembre, ó 269/2013, de 10 de julio, entre otras muchas).

Con base en la anterior premisa, este Tribunal ha declarado (por todas, resoluciones 162/2013, de 24 de abril, o 485/2013, de 30 de octubre), que “salvo en los supuestos en que el ordenamiento jurídico reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el deseo de cualquier ciudadano de la legalidad, pues (...) la legitimación “ad causam” conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión (...)”, entendiendo que no concurre legitimación activa cuando, aunque sea comprensible el interés del recurrente por defender la legalidad, “no puede resultar adjudicatario del contrato en modo alguno ni obtener ninguna ventaja directa e inmediata de la modificación del acuerdo adoptado”.

Por ello, a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido (por todas, Resoluciones 237/2011, de 13 de octubre, 22/2012, de 18 de enero y 107/2012, de 11 de mayo de 2012) este Tribunal viene declarando que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, en tanto nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública.”

Cuarto. Sobre esta cuestión también se manifestó el TJUE en una cuestión prejudicial resuelta mediante sentencia C 355/15 Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH.



La sentencia trae causa de un litigio derivado de una licitación en la que se habían presentado dos licitadores. Uno de los licitadores fue excluido definitivamente de la licitación (agotando los recursos pertinentes) e impugnó la adjudicación realizada a favor del otro. El Tribunal local planteó al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Se ha de interpretar el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, a la vista de los principios esbozados en la sentencia de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), en el sentido de que a un licitador cuya oferta ha sido rechazada definitivamente por el poder adjudicador y que, por lo tanto, no es licitador afectado a efectos del artículo 2 bis de la Directiva 89/665, se le puede negar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación (decisión relativa a la celebración de un acuerdo marco) y contra la celebración del contrato (incluida la indemnización cuyo reconocimiento exige el artículo 2, apartado 7, de la Directiva), aunque sólo hayan presentado ofertas dos licitadores y la oferta del licitador seleccionado a quien se adjudicó el contrato, según alega el licitador no afectado [autor del recurso], también debió haber sido rechazada?”

2) En caso de responderse negativamente a la primera cuestión, a la vista de los principios esbozados en la sentencia de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ¿se ha de interpretar el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 en el sentido de que el licitador no afectado (a efectos del artículo 2 bis de la Directiva) sólo ha de estar legitimado para interponer un recurso:

a) si del expediente del procedimiento de recurso se deduce de forma manifiesta que la oferta del licitador seleccionado era irregular;

b) si, por motivos similares, la oferta del licitador seleccionado era irregular?”

La sentencia resuelve en el siguiente sentido:

“El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder



adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.”

La consecuencia de cuanto se ha expuesto es la falta de legitimación de la recurrente para interponer recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del contrato, lo que conduce a la inadmisión del recurso presentado.

Quinto. La inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente determina que resulte innecesario entrar a conocer de las cuestiones fondo planteadas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por interpuesto por D. D. C. G., en representación de RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL S.L., contra Resolución de 2 de julio de 2018, de la Consejera de Hacienda y Sector Público por el que se adjudica el “Acuerdo Marco para la prestación de servicios postales y telegráficos, con destino a la Administración del Principado de Asturias y sus Organismos Autónomos, así como las entidades públicas y entes públicos adheridos”, expediente AM-1/18, ordenando la devolución del expediente al órgano de contratación.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación conforme al artículo 57.3 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 la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior



de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.