



**Recurso nº 1589/2022**

**Resolución nº 61/2023**

**Sección 2ª**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 02 de febrero de 2023.

**VISTA** la reclamación en materia de contratación interpuesta por D. J.A.F.C., en representación de ASTURIANA DE MAQUINARIA, S.L., TYC LA MATA, S.L. e INGENIERÍA DE CONSTRUCCIÓN Y OBRA CIVIL DE ASTURIAS, S.L., contra la convocatoria de un procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación del *“Nuevo contrato puente para el mantenimiento y renovación de infraestructuras”*, con expediente 501/2022, convocado por la Autoridad Portuaria de Avilés, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** La Autoridad Portuaria de Avilés convocó, mediante anuncio publicado el 22 de mayo de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, licitación por procedimiento abierto para la adjudicación del contrato administrativo de *“Mantenimiento y renovación de las infraestructuras de la Autoridad Portuaria de Avilés. 2022-2023”*.

A dicha licitación concurren dos licitadores: ARIEXCA, SL, y el compromiso de UTE ASTURIANA DE MAQUINARIA, S.L., TYC LA MATA, S.L. e INGENIERÍA DE CONSTRUCCIÓN Y OBRA CIVIL DE ASTURIAS, S.L., siendo esta última excluida por parte de la Mesa de Contratación.

Recurrida la exclusión, este Tribunal, en su Resolución nº 1156/2022, de 6 de octubre de 2022, estimó la reclamación interpuesta, acordando la nulidad del procedimiento de licitación.

**Segundo.** Ante la necesidad de cubrir el servicio, por razones de urgencia ante la interposición de tal recurso, el 22 de agosto de 2022 se adjudicó a ARIEXCA, S.L. el contrato 396/2022,



*“Contrato puente para el mantenimiento y renovación de infraestructuras, hasta la resolución del recurso especial en materia de contratación en la licitación 167/2022”.*

**Tercero.** Dado que el anterior contrato “puente” sólo estaría vigente hasta la resolución del recurso, con fecha 4 de noviembre de 2022, el órgano de contratación de la Autoridad Portuaria de Avilés resolvió la iniciación de un nuevo contrato puente, el expediente de contratación 501/2022 *“Nuevo contrato puente para el mantenimiento y renovación de infraestructuras”*, tramitándolo mediante procedimiento negociado sin publicidad y sin previa convocatoria de licitación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 168.b).1º de la Ley 9/2017, con un plazo inicial de cuatro meses, prorrogable por periodos mensuales, o fracciones diarias, hasta alcanzar una duración máxima de seis meses. Su valor estimado se fijó en 180.000,00 euros.

**Cuarto.** El órgano de contratación únicamente solicitó oferta a la empresa ARIEXCA, S.L., como único licitador concurrente a la licitación 285/2021 (*“Servicio de mantenimiento y obras civiles menores accesorias en el Puerto de Avilés 2021-2022”*), resolviendo la adjudicación del contrato a la misma por resolución de 4 de noviembre de 2022, publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 7 del mismo.

**Quinto.** El día 25 de noviembre de 2022, D. J.A.F.C., en nombre y representación de las entidades ASTURIANA DE MAQUINARIA, S.L., TYC LA MATA, S.L. E INGENIERÍA DE CONSTRUCCIÓN Y OBRA CIVIL DE ASTURIAS, S.L. -C.G.S.-, presentó en el registro de la Autoridad Portuaria de Avilés reclamación en materia de contratación contra la anterior resolución.

**Sexto.** El órgano de contratación ha remitido al Tribunal el informe previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, que se ha unido al expediente administrativo.

**Séptimo.** Interpuesta la reclamación, el 12 de diciembre de 2022 la Secretaria General del Tribunal –por delegación de éste- dictó resolución por la que se acordaba mantener la suspensión automática del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.



**Octavo.** Asimismo, dado traslado del recurso a la adjudicataria ARIEXCA, ésta ha formulado alegaciones interesando su desestimación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Es de aplicación el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (Real Decreto-ley 3/2020 en adelante), de acuerdo con lo dispuesto por la Disposición Adicional Octava 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 (LCSP en adelante). La LCSP y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), son de aplicación supletoria en lo expresamente previsto por los artículos 119 y siguientes del Real Decreto-ley 3/2020.

**Segundo.** Este Tribunal es competente para conocer de la presente reclamación conforme a lo dispuesto el artículo 120.1 del Real Decreto-ley 3/2020, en relación con el artículo 47 de la LCSP.

**Tercero.** La reclamación se refiere a un contrato de servicios que, por su valor estimado, es susceptible de reclamación en materia de contratación (artículos 119.1 y 1.1.c) del Real Decreto-ley 3/2020.

El acto recurrido, de acuerdo con la manifestación realizada por el recurrente, es el acuerdo del Presidente de 4 de noviembre de 2022, de adjudicación del procedimiento, si bien sus argumentos se dirigen contra la conformación del procedimiento negociado sin publicidad. La referida conformación se recoge en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, recurrible a tenor de lo dispuesto por el artículo 119.1.a) del Real Decreto-ley 3/2020.



Se trata, pues, de un recurso indirecto contra el PCAP. Habida cuenta que, por un lado, debe presumirse que los recurrentes actúan de buena fe, en tanto solo han podido tener conocimiento de la convocatoria del procedimiento con ocasión de la publicación de su adjudicación y que, por otro lado, invocan un vicio de nulidad del mismo (la utilización de un procedimiento de contratación inadecuado –ex. artículo 47.1e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas considerado en relación con el artículo 39.1 de la LCSP) procede admitir, prima facie, el recurso, a expensas de la resolución que adoptemos sobre la efectiva concurrencia del referido vicio de nulidad.

**Cuarto.** Los recurrentes han conocido la convocatoria con motivos de la publicación del anuncio de adjudicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el día 7 de noviembre. El recurso fue presentado en el Registro del órgano de contratación el día 25 de noviembre de 2022.

Se han cumplido, por tanto, las prescripciones de plazo, lugar y forma de presentación de la reclamación previstas en el artículo 50 de la LCSP.

**Quinto.** Invocan tanto el órgano de contratación como la empresa adjudicataria la falta de legitimación activa de las recurrentes, sobre la base de que el compromiso de constitución de la UTE se limitaba a la participación en el expediente 167/2022. De esta forma, habiéndose anulado dicho procedimiento de contratación, no cabe reconocerles legitimación para recurrir procedimientos distintos, como es el presente.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras Sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio.



El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Además, este concepto del interés legítimo debe coherer con el principio *pro actione*, de relevancia constitucional al formar parte del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. Así, en la reciente Sentencia de 7 de marzo de 2022, el Tribunal Constitucional señaló:

*“Debe recordarse que, de forma genérica, este tribunal ha destacado reiteradamente que el acceso a la justicia, consistente en la promoción de una actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, forma parte del contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Y dada la trascendencia que, para tal tutela judicial, tienen las decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, “su control constitucional ha de realizarse de forma especialmente intensa, de modo que más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente, tal control procede a través de los criterios que proporciona el principio pro actione, entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican” (entre otras muchas, SSTC 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 5; y 91/2016, de 9 de mayo, FJ 3).”*

En el presente caso, las recurrentes solicitan la anulación del procedimiento negociado sin publicidad con base en su interés en haber participado en el mismo, interés que resulta justificado en el hecho de haber presentado su oferta en el procedimiento abierto 167/2022, por lo que debe reconocerse su interés legítimo en recurrir el acto de adjudicación.

Asimismo, en la medida en que dicho procedimiento fue anulado no por vicios de legalidad inherentes a su convocatoria, o a los pliegos, sino precisamente debido a la indebida exclusión del compromiso de UTE que conformaban los recurrentes por parte del órgano de



contratación, debe reconocerse su interés en participar en el presente contrato, y por tanto, su legitimación para recurrir.

En suma, dado que su objeto es idéntico y su legitimación deriva del anterior procedimiento, no cabe utilizar el argumento excesivamente rigorista y formalista de que el compromiso de constitución de la UTE se circunscribía al procedimiento anulado para excluir su legitimación.

**Sexto.** Entrando al fondo del asunto, hemos de analizar si el procedimiento de licitación elegido, el negociado sin publicidad, goza de motivo legal que lo ampare y, seguidamente, si fue lícita la solicitud de una única oferta, como realizó el órgano de contratación.

En relación con la elección del procedimiento negociado sin publicidad, expone el órgano de contratación que el servicio de mantenimiento de las infraestructuras del Puerto de Avilés es un servicio esencial e indispensable, debiendo prestarse de manera ininterrumpida todos los días de la semana, incluyendo un servicio de emergencia 24 horas. Así pues, toda vez que la adjudicación del servicio para el año 2022-2023 sufría un retraso, consecuencia del recurso interpuesto en su momento por la UTE recurrente, y la posterior estimación del mismo, con anulación del procedimiento, se optó por licitar el denominado “contrato puente” para cubrir las necesidades administrativas hasta que el nuevo contrato pudiera ser formalizado, amparándose en informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

En resumen, el órgano de contratación señala que el *“el hecho imprevisible proviene de la presentación del recurso especial y de la resolución al mismo, que anula lo tramitado y obliga a realizar una nueva licitación partiendo de cero.*

*La imperiosa urgencia reside, como ya se ha indicado, en que el servicio cuya licitación se ha anulado es vital para el correcto funcionamiento del Puerto de Avilés. No poder disponer de dicho servicio causa un gravísimo perjuicio al organismo y al interés público en general.*

*Estas razones de urgencia devienen de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no son imputables al mismo, pues derivan de la decisión unilateral de un tercero de recurrir un acto de una licitación, en cuya tramitación este organismo ha respetado el procedimiento legalmente establecido.”*



Concluyendo que *“Es evidente que la “imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles” a la que se refiere el art. 168.b.1º no surge de la prestación del servicio en sí, sino que ese acontecimiento imprevisible es la interposición y resolución del recurso especial interpuesto por la futura UTE, que hace que, inopinada y sorpresivamente, el servicio quede desatendido.*

*Así las cosas, resulta justificada la aplicación del procedimiento negociado por razones de urgencia objetivamente atendibles al derivar de circunstancias (la interposición de recurso especial en materia de contratación con efectos suspensivos impeditivos de la formalización e inicio del nuevo contrato) que pueden considerarse ajenas y no directamente imputables al órgano de contratación, todo ello en un contrato que está vencido, y cuyo objeto debe seguir prestándose sin interrupción por evidentes motivos de interés general.”*

**Séptimo.** En primer lugar, debe partirse del hecho de que el procedimiento con negociación supone un procedimiento no ordinario, según se deduce de lo dispuesto por el artículo 81.1 del Real Decreto-ley 3/2020, que dice,

*“La entidad contratante podrá elegir entre la adopción del procedimiento abierto, restringido, de licitación con negociación, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, siempre que se haya efectuado una convocatoria de licitación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 77. También podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad en los casos previstos en el artículo 85 de este real decreto-ley.”*

La entidad contratante invoca, para utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, lo dispuesto por el artículo 168.b) 1 de la LCSP. En atención a la legislación que rige el contrato, debe entenderse invocado lo dispuesto por el artículo 85.1.d) del Real Decreto-ley 3/2020, que permite recurrir al procedimiento negociado sin publicidad:

*“Cuando una imperiosa urgencia resultante de hechos imprevisibles para la entidad contratante y no imputables a la misma, no permita cumplir los plazos fijados para los procedimientos abiertos, los procedimientos restringidos y los procedimientos de licitación con negociación.”*

Por tanto, la aplicación de esta causa material requiere la concurrencia de tres circunstancias, urgencia, imprevisibilidad y no imputabilidad.



En el presente caso, si bien cabe admitir la necesidad de atender el servicio de forma inmediata e ineludible, discrepa este Tribunal de que el motivo invocado sea imprevisible y no imputable al órgano de contratación.

En efecto, la interposición de un recurso especial en materia de contratación es una circunstancia absolutamente ordinaria y habitual en cualquier procedimiento de licitación, por lo que no puede admitirse la misma como habilitante para acudir a este procedimiento.

Más aun, habiéndose estimado dicho recurso especial, lo que en forma alguna puede admitirse es que la imperiosa urgencia sea por una causa no imputable al órgano de contratación, sino todo lo contrario, puesto que la estimación resultó de una actuación ilegal de aquel, al excluir indebidamente a uno de los licitadores. Y es que la no imputabilidad exige que la situación de urgencia no haya sido provocada, deliberada o imprudentemente, por acción o por omisión, por la misma Administración que pretende utilizarla como fundamento de este procedimiento de adjudicación excepcional.

Así las cosas, este Tribunal entiende inaceptable que se manifieste que la causa de acudir al procedimiento negociado sea *“la decisión unilateral de un tercero de recurrir un acto de una licitación, en cuya tramitación este organismo ha respetado el procedimiento legalmente establecido”*, puesto que dicho licitador (el compromiso de UTE conformado por los hoy recurrentes) se ha limitado a interponer el recurso al que por ley tiene derecho, y precisamente porque el órgano de contratación no ha respetado las normas del procedimiento de contratación al excluirle indebidamente.

En este sentido se pronunció este Tribunal en su Resolución nº 151/2022, de 3 de febrero, cuando indicamos que *“Ello unido a que el procedimiento ordinario debía tramitarse en forma abreviada y que el plazo de finalización del AM al que sustituía, vencía el 30 de junio, hacen que resulte harto discutible la celebración de un AM “puente” tramitado por el procedimiento negociado sin publicidad con base en el supuesto de hecho identificado en el artículo 168 b) 1º de la LCSP, que exige justificar la existencia de una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación (la interposición del recurso especial no lo es) y no imputables al mismo.”*

Por último, no es cierto que la Junta Consultiva haya amparado la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los casos en que sea necesario atender el servicio hasta que se





produzca la adjudicación del nuevo contrato. Así, en su Informe 86/18, de diciembre de 2018, la Junta Consultiva indicó:

*“Como ya expusimos en nuestro informe 42/14 cabría en estos casos una nueva licitación muy ágil con el fin de permitir la continuidad en la prestación del servicio. Dentro de estas posibilidades en nuestro precedente informe aludíamos al procedimiento negociado sin publicidad y al contrato menor, en los casos en que la legislación autorice su uso, y en la legislación vigente se añaden supuestos como el procedimiento abierto simplificado y el más simplificado del artículo 159.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, amén de la posibilidad que ofrece el artículo 29.4...”*

Como indica la Junta Consultiva, podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad “en los casos en que la legislación autorice su uso”, es decir, cuando concurren efectivamente las circunstancias previstas en el artículo 85 del Real Decreto-ley 3/2020, en el caso que nos ocupa, sin que la interposición de un recurso especial en materia de contratación sea una de ellas.

En consecuencia, debe estimarse el recurso, anulándose el acto impugnado y todo el procedimiento de contratación, al estar aquejados los pliegos de un vicio de nulidad de pleno derecho, siendo el acto de adjudicación, según hemos señalado anteriormente, el primer momento en que el recurrente pudo haber accionado contra los mismos, al tratarse de procedimiento negociado tramitado sin publicidad.

Por su parte, frente a lo invocado por el órgano de contratación, ningún perjuicio se causa al interés público por esta declaración de nulidad, puesto que el órgano de contratación sigue teniendo a su disposición las potestades administrativas precisas para hacer frente a las necesidades de contratación del servicio de mantenimiento. Por otro lado, tal y como señala la Junta Consultiva en el informe transcrito, el interés público en ningún caso puede amparar la vulneración de la Ley, expresada en este caso en la incorrecta utilización de los procedimientos de licitación.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,



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

**Primero.** Estimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por D. J.A.F.C., en representación de ASTURIANA DE MAQUINARIA, S.L., TYC LA MATA, S.L. e INGENIERÍA DE CONSTRUCCIÓN Y OBRA CIVIL DE ASTURIAS, S.L., contra la convocatoria de un procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación del “*Nuevo contrato puente para el mantenimiento y renovación de infraestructuras*”, con expediente 501/2022, convocado por la Autoridad Portuaria de Avilés y, de conformidad con lo expuesto, declarar su nulidad.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el 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 multa prevista en el artículo 58 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES