

Recurso nº 126/2019**Resolución nº 115/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 21 de maio de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por AVENTEIRA SOCIEDAD COOPERATIVA GALEGA XUVENIL contra a actuación do 17.04.2019 no procedemento de adxudicación para a contratación dos servizos de programación e execución dos campamentos de verán 2019, expediente 8752-336 do Concello de Vigo, o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Vigo convocouse a licitación para a contratación dos servizos de programación e execución dos campamentos de verán 2019, expediente 8.752-336 do Concello de Vigo, cun valor estimado declarado de 1.038.828 euros.

Segundo.- O 10.05.2019 AVENTEIRA SOCIEDAD COOPERATIVA GALEGA XUVENIL interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal.

Terceiro.- Con data 10.05.2019 reclamouse ao Concello de Vigo o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). O expediente foi recibido neste Tribunal o día 16.05.2019.

Cuarto.- Examinado o expediente administrativo, e ao estarmos nun suposto do artigo 55 LCSP, procedeu ditar a presente Resolución.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual aprobado polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro.

Terceiro.- Sendo o contrato de servizos que nos ocupa de valor estimado superior aos 100.000 €, estaríamos no ámbito admitido do artigo 44.1.

Agora ben, para que o recurso sexa definitivamente admisible é necesario que se cumpra tamén o apartado 2 do artigo 44 LCSP, isto é, que dentro dese procedemento de adxudicación se impugna unha das actuacións que abren o recurso especial.

Situados no apartado b) dese artigo 44.2 LCSP é necesario que esteamos perante un acto de trámite susceptible de recurso especial.

O primeiro a significar é que este TACGal advirte (por exemplo, na Resolución 109/2018) que é responsabilidade do recorrente a claridade na designación do concretamente impugnado, pois disto depende toda a concepción do recurso especial presentado.

No presente caso o texto do recurso cita como acto impugnado unha actuación do 17.04.2019, o cal unido ao que aporta como documento referido ao acto impugnado (a acompañar ao abeiro do artigo 51.1.c LCSP), hai que concluír que é a actuación da mesa de contratación desa data, do 17.04.2019.

Pois ben, se observamos a acta desa mesa de 17.04.2019 o que se decide na mesma é a exclusión de SERVIPLUS TOTAL S.L do lote 7 e de AVENTEIRA SOCIEDAD COOPERATIVA GALEGA XUVENIL do lote 9 (que é sobre o que versa a información de recursos dada), sen que sexa isto sobre do que trata este recurso nin o que se pide revogar no seu solicito.

As demais cuestións desa actuación de 17.04.2019 son actos de trámite non susceptibles de por si de recurso especial, sen prexuízo do que se queira alegar respecto do sucedido neste procedemento ao abeiro da impugnación do acordo de adxudicación como acto finalizador do mesmo, polo que esta inadmisión que decretaremos non ocasiona merma nos dereitos de defensa. En concreto, non é recorrible agora que para o recorrente determinados licitadores non deberían continuar no procedemento, como agora veremos.

Neste sentido, é especialmente ilustrativa a explicación que fai a recente Resolución 276/2019 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC), de que non se pode encadrar no artigo 44.2.b) LCSP o que son, en realidade, fitos de non exclusión (diferente polo tanto ao concepto de acordo de admisión como tal) no procedemento de adxudicación:

“Pues bien, el acto de no exclusión de licitadores no determina para los licitadores afectados –y menos aún para la recurrente– la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión, ni deciden directa o indirectamente la adjudicación, por lo que no es susceptible de recurso independiente de la resolución.

Tampoco es acto de trámite recurrible independientemente el de la mesa de contratación por el que se valoran las ofertas en cuanto a los criterios dependientes de un juicio de valor y, menos aún, el informe técnico que no es de obligada aceptación por aquella, pues tampoco son acto de trámite cualificados, pues no determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento para la licitadora recurrente, ni deciden la adjudicación, ya que no es hasta el acto definitivo de adjudicación que se confirma o rechaza la valoración efectuada por la mesa, pues el órgano de contratación puede apartarse de la propuesta de la mesa (artículo 157.6 de la LCSP).”

Isto cabe completalo coa explicación, tamén moi ilustrativa, de Resolucións do TACRC coma a recollida na nº 647/2018 ou 1000/2018, por citar só algunha:

“ Así las cosas, y conforme venimos insistiendo, en la regulación contenida tanto en el TRLCSP (aplicable al presente contrato, como ha quedado previamente

advertido) como en la vigente LCSP y disposiciones reglamentarias de desarrollo (Real Decreto 817/2009) no se recoge la existencia de un pronunciamiento formal de la mesa de contratación acerca de la admisión de los licitadores en el procedimiento abierto. Antes al contrario, la atención se centra en los acuerdos de dicho órgano que suponen la exclusión de un licitador del procedimiento. En la actuación de la mesa de contratación lo que se establece es una sucesión de trámites a través de los cuales se procede a la apertura y examen de las proposiciones, valorando la documentación incluida en los distintos sobres o archivos electrónicos, con posibilidad de exclusión de proposiciones que no cumplan con los requisitos legales o establecidos en los pliegos, y formulando en última instancia la propuesta de adjudicación. Aun cuando con el desenvolvimiento del procedimiento, y en tanto en cuanto no resulten excluidas, se produce un progresivo examen de las distintas proposiciones a lo largo de las sucesivas fases (tras la apertura de la documentación administrativa y posterior apertura del sobre o archivo electrónico conteniendo la documentación correspondiente a criterios ponderables mediante juicio de valor, y, posteriormente, con la apertura del sobre o archivo conteniendo la documentación referida a criterios evaluables mediante fórmulas), lo que no resulta admisible es que se trate de construir sobre tal base la ficción de la existencia de sucesivos actos de implícita admisión de las proposiciones a las distintas fases del procedimiento. Por el contrario, en el desarrollo de la actuación de la mesa de contratación a tales efectos no existe un expreso y formal pronunciamiento acerca de la admisión de las proposiciones en cada una de las fases de la sucesiva evaluación del contenido de las mismas, esto es, no se produce una decisión impugnabile acerca de la admisión de licitadores o proposiciones”.

Así se recolle tamén na máis recente Resolución TACRC 177/2019 a cal, tras citar esa doutrina, conclúe:

“En el presente caso es evidente que no concurre ninguna de las circunstancias citadas pues el acto recurrido es un mero acto de trámite en el que, aunque la Mesa acuerda la exclusión de dos ofertas por estar incursas en baja temeraria y admite la del propio recurrente, no es objeto del recurso dichas exclusiones (para las que el recurrente carecería de legitimación), sino que el recurso se dirige contra la clasificación de las ofertas (que no incluye a las excluidas), proponiendo la adjudicación a favor del licitador clasificado en primer lugar, sin que la propuesta de adjudicación resultante cree “derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración” (art. 157.6 LCSP).

Será el acuerdo de adjudicación posterior el que, debiendo motivar “las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas” (art. 151.2

LCSP), pueda ser objeto de recurso si alguno de los licitadores legitimados considera que no se ajusta a las normas que rigen la licitación. En consecuencia, habiéndose interpuesto el recurso frente a un acto de trámite que no decide la adjudicación, ni impide continuar el procedimiento, ni genera ningún perjuicio irreparable al recurrente, procede inadmitir el presente recurso por no ser el acto objeto de recurso susceptible del recurso especial en materia de contratación.”

Como dicíamos, todo nos reconduce ao acordo de adxudicación pois ate ese momento os diferentes trámites son aínda non definitivos cara o finalmente adxudicatario a decidir polo órgano de adxudicación polo que aínda o recurrente non ten a súa posición xurídica definida para a lexitimación, como ben explica tamén a Resolución 131/2018 do Tribunal Administrativa de Contratación Pública de Madrid:

“En el caso que nos ocupa se han admitido a la licitación tres empresas licitadoras y todavía cabe la posibilidad de que la recurrente resulte adjudicataria con lo que no obtendría ningún beneficio con la exclusión de la competidora y sí dilataría la tramitación del procedimiento. Cabe también la posibilidad de que las otras empresas sean excluidas o que la propia recurrente sea la excluida o resulte la última en el orden de clasificación, circunstancias que permitirán analizar su interés concretado en la obtención de un beneficio derivado de la interposición y estimación de un recurso que pudiera derivar en resultar adjudicataria. Mientras tanto se trata de un acto de trámite cuyos posible efectos se pueden poner de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación (artículo 44.3 de la LCSP).”

A Resolución 132/2019 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía abunda na idea:

“Y es que siendo el recurso especial un mecanismo ágil y eficaz que permite corregir decisiones de los poderes adjudicadores en un momento del procedimiento en que todavía es posible la corrección de la infracción (artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, conocida como Directiva de recursos), se corre el peligro de que este instrumento ágil pueda perder su virtualidad y entorpecer o ralentizar el curso de los procedimientos de adjudicación si, en cualquier momento de la licitación, cualesquiera decisiones de los poderes adjudicadores pudieran ser impugnadas por cualesquiera licitadores, sin analizar antes la concurrencia en estos últimos de un interés legítimo en el sentido que viene reconociendo nuestra jurisprudencia de interés cierto y concreto, no meramente potencial o hipotético.

(...)

Así las cosas, en la medida que SERVIICIO carecía de interés legítimo para impugnar el acuerdo de la mesa de 28 de mayo de 2018, solo podía ejercer su derecho al recurso contra la admisión en el momento de ostentar legitimación adecuada para ello, que, en el supuesto analizado, fue cuando se acordó la adjudicación del contrato a BPXPORT y dicho acto le fue notificado.”

Repetimos que ningunha merma existe nos dereitos de defensa por esas consideracións dos Tribunais Administrativos de recursos contractuais, por existir actos posteriores, como o de adxudicación de ser o caso, sobre os que esgrimir o que se estime conveniente de ter a lexitimación requirida.

Polo tanto, debemos decretar a inadmisibilidade deste recurso especial ao abeiro das letras c) e b) do artigo 55 LCSP.

Cuarto.- A maiores non podemos outorgar lexitimación para recorrente para impugnar respecto do lote 5 pois o que resulta do trasladado é que finalmente non foi un licitador dese lote, artigo 55 b) LCSP.

A lexitimación activa para a interposición do recurso defínese no artigo 48 LCSP que dispón: *"Poderá interpoñer o correspondente recurso especial en materia de contratación toda persoa física ou xurídica cuxos dereitos ou intereses lexitimos se visen prexudicados ou poidan resultar afectados polas decisións obxecto de recurso".*

Resulta evidente que seus intereses non se poden ver afectados polo que se decida nun lote non que non foi licitador finalmente.

Así, como sabemos, neste recurso especial non cabe unha mera acción de defensa da legalidade, e aquí non se nos aporta a vinculación entre a posición xurídica do recorrente e o lote 5 impugnado, o cal é unha carga a mostrar polo recorrente.

Neste mesmo sentido, Sentenzas da Audiencia Nacional de 02.11.2016, recurso 736/2016, ou de 02.11.2016, recurso 83/2015, así como a do Tribunal Supremo de 20.07.2005, recurso 2037/2002.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Inadmitir** o recurso interposto por AVENTEIRA SOCIEDAD COOPERATIVA GALEGA XUVENIL contra a actuación do 17.04.2019 no procedemento de adxudicación para a contratación dos servizos de programación e execución dos campamentos de verán 2019, expediente 8.752-336 do Concello de Vigo.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.