

Recurso 288/2024
Resolución 322/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 9 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AOSSA GLOBAL S.A.** contra la resolución de adjudicación, de 8 de julio de 2024, del contrato denominado “Servicio de punto de encuentro familiar en la provincia de Málaga”, (Expte. CONTR 2023 0000927905), convocado por la Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y Función Pública en Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de enero de 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato ascendía a 2.296.534,48 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Con fecha 25 de junio de 2024 se dicta resolución de la persona titular de la Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y Función Pública en Málaga, por la que se excluye a la empresa AOSSA GLOBAL S.A. del procedimiento de licitación. En la misma fecha se procede a notificar dicha resolución a la citada empresa, constando su lectura el 26 de junio de 2024.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 8 de julio de 2024 el órgano de contratación adjudicó el contrato a la ASOCIACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA INTEGRACIÓN SOCIAL MERIDIANOS.

SEGUNDO. El 29 de julio de 2024, AOSSA GLOBAL S.A. (en adelante la recurrente) presentó en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato mencionado en el encabezamiento.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 30 de julio de 2024, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el día 1 de agosto de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a resultar formalizado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

La recurrente, aun cuando formalmente recurre el acto de adjudicación del contrato, materialmente denuncia la indebida admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria.

TERCERO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, la resolución de adjudicación fue dictada, publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad ahora recurrente el 8 de julio de 2024, por lo que el recurso presentado el 29 de julio de 2024 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP; y ello sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante.

CUARTO. Legitimación.

Procede analizar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso contra la adjudicación, habida cuenta que ha resultado excluida de la licitación en virtud de lo acordado en la resolución de 25 de junio de 2024, de la persona titular de la Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y Función Pública en Málaga. En dicha fecha, se procede a notificarle a la recurrente la citada resolución, constando su lectura el 26 de junio de 2024.

En el punto segundo del resuelto de dicha resolución de exclusión se indica lo siguiente:

«2.- NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución a la empresa licitadora, haciéndole saber que contra la misma cabe interponer recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 y siguientes de la LCSP, previo al recurso contencioso-administrativo conforme a la ley reguladora de dicha jurisdicción».

Como vemos, en el supuesto examinado la resolución daba un pie de recurso incompleto, es decir, sin indicación de si la resolución pone fin o no a la vía administrativa, ni el plazo para interponerlo, sino que lo hace por remisión al artículo 44 de la LCSP.



Pues bien, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones (v.g. Resoluciones 43/2016, de 18 de febrero, 385/2020, de 12 de noviembre y 439/2020, de 11 de diciembre, entre otras muchas) es necesario aclarar que la falta de notificación en forma de un acto administrativo afecta, en principio, solo a su eficacia, no a su validez. Un acto administrativo y su correspondiente notificación son actuaciones distintas y separadas, por lo que su notificación defectuosa no valida o invalida el contenido del acto que se notifica, en todo caso demora el inicio de sus efectos.

Resulta evidente que las notificaciones efectuadas deben cumplir con los requisitos legalmente establecidos, pues la notificación inexistente o defectuosa podría causar indefensión al interesado. Así, debemos recordar que, como mantiene el Tribunal Constitucional (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras), la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse sobre el particular, en la sentencia de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011/4169), que señala *«como presupuesto general, (...) lo trascendente en el ámbito de las notificaciones es determinar si, con independencia del cumplimiento de las formalidades legales, el interesado llegó a conocer el acto o resolución a tiempo para -si lo deseaba- poder reaccionar contra el mismo, o, cuando esto primero no sea posible, si, en atención a las circunstancias concurrentes, debe presumirse o no que llegó a conocerlos a tiempo»*, señalando luego que al objeto de determinar si debe entenderse que el acto administrativo o resolución notificada llegó o debió llegar a conocimiento tempestivo del interesado, los elementos que, con carácter general deben ponderarse, son dos: *“En primer lugar, el grado de cumplimiento por la Administración de las formalidades establecidas en la norma en materia de notificaciones, en la medida en que tales formalidades van únicamente dirigidas a garantizar que el acto llegue efectivamente a conocimiento de su destinatario. Y, en segundo lugar, las circunstancias particulares concurrentes en cada caso, entre las que necesariamente deben destacarse tres: a) el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado como por la Administración; b) el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; y, en fin, c) el comportamiento de los terceros que, en atención a la cercanía o proximidad geográfica con el interesado, pueden aceptar y aceptan la notificación»*.

Todos los citados elementos, señala dicha sentencia, *«deben ser ponderados teniendo siempre presente, de un lado, el principio antiformalista que, como ya hemos señalado, rige en materia de notificaciones, y, en síntesis, viene a implicar que, en este ámbito, lo decisivo no es que se cumplan las formalidades legales, sino que el interesado haya tenido o haya podido tener conocimiento tempestivo del acto; y, de otro, el principio de buena fe que debe regir las relaciones entre la Administración y los administrados»*.

En el supuesto que se examina, puede entenderse que la notificación defectuosa quedó convalidada con la resolución de adjudicación, de 8 de julio de 2024, de la persona titular de la Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y función Pública, notificado el mismo 8 de julio de 2024 (según consta en el expediente remitido), donde, ahora sí, se indican los aspectos antes omitidos, debiendo considerarse que es a partir de ese momento cuando surte efectos la notificación del acuerdo de exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, siendo la fecha que debe considerarse como “dies a quo” en el cómputo del plazo.

Pues bien, una vez expuesto lo anterior, desde un punto de vista formal, podemos afirmar que la recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso dada su condición de licitadora que ha sido excluida del



procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio del análisis que se efectúa a continuación.

Así, procede examinar detenidamente la legitimación ad causam de la recurrente respecto a la resolución de adjudicación ahora impugnada.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 8 de julio de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo, *«declare la nulidad del mismo, por estar incursa la propuesta como adjudicataria, ASOCIACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA INTEGRACIÓN SOCIAL MERIDIANOS, en causa de exclusión de la licitación»*.

Sin embargo, previamente, como se ha expuesto, la oferta de la recurrente había sido excluida del procedimiento de licitación mediante la resolución, de 25 de junio de 2024, de la persona titular de la Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y Función Pública en Málaga.

Por tanto, queda claro que la oferta de la ahora recurrente fue excluida de la licitación, sin que dicha exclusión haya sido atacada con ocasión del presente recurso contra la adjudicación, pues su pretensión es que se inadmita la oferta de la adjudicataria. Por tanto, ha de considerarse que el acto de exclusión de la adjudicataria ha de entenderse consentido y firme, al no haber sido atacado con ocasión del presente recurso, ni constarle a este Tribunal que la recurrente haya interpuesto recurso especial en plazo contra la exclusión de su oferta.

Teniendo en cuenta lo anterior, la eventual estimación del presente recurso, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría respecto a este beneficio alguno más allá de la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de un futuro procedimiento de contratación si el órgano de contratación lo convocara, y si no resultase admitida la entidad licitadora cuya oferta quedó clasificada en tercer y último lugar, desbordando así el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual, cuando dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...)»*.

Así, en nuestra Resolución 226/2022, de 8 de abril, señalábamos que:

«(...) siguiendo el criterio sustentado en las recientes resoluciones de este Tribunal antes mencionadas, se ha de tener en cuenta que la eventual estimación del presente recurso contra la adjudicación, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría beneficio alguno más allá de la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de una futura licitación si el órgano de contratación, tras la previa declaración de desierto del actual procedimiento de adjudicación, decidiera convocar una nueva licitación, a la que la entidad ahora recurrente se presentase.

Al respecto, este Tribunal ya ha expuesto en otras ocasiones que dicha hipótesis desbordaría el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual, cuando dispone que “Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...)”



En diversas resoluciones (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero y 360/2020, de 29 de octubre) hemos analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que, siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso especial solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación del contrato a su favor, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto en el que la exclusión de aquella ha devenido firme en vía administrativa como consecuencia de la resolución desestimatoria por este Tribunal del anterior recurso especial que (...) interpuso contra la exclusión de su oferta. De este modo, si la recurrente no puede obtener la adjudicación, con el recurso especial no obtendría beneficio inmediato más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión del mismo por falta de legitimación».

El criterio expuesto es el que de modo unánime se comparte por los distintos Órganos de resolución de recursos contractuales, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales españoles; en particular, el Tribunal Supremo.

La reciente Resolución 241/2023, de 3 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales reitera 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 a la reclamante el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública.

La anterior doctrina ha sido confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de julio de 2019, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 990/2016 que respecto de la cuestión jurídica objeto del recurso, a saber, la adecuación a derecho de la Resolución de este Tribunal administrativo que había negado legitimación activa al licitador excluido del procedimiento de adjudicación, dice:

“Y de aquí deriva precisamente la falta de legitimación por ausencia de interés legítimo de la recurrente para impugnar los actos de adjudicación, en tanto como se ha dicho había quedado excluida previamente del procedimiento de contratación; aunque inicialmente lo ostentara al ser una de las licitadoras, pero no tras su exclusión”.

Por tanto, como licitadora excluida ha quedado apartada del procedimiento de contratación, por lo que carece de legitimación para recurrir la adjudicación del contrato, puesto que no acredita la



existencia de un interés legítimo al no poder experimentar ningún beneficio concreto y tangible como consecuencia de la posible estimación del presente recurso; de ahí que, de haber esgrimido algún motivo novedoso contra tal actuación, no procedería entrar a conocer del mismo pues corresponde inadmitir su recurso frente a la adjudicación».

En el ámbito judicial, el criterio es el mismo. Así, el Auto del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2017 (Roj: ATS 84/2017) señala:

«Las razones por las que la sociedad recurrente impugna el Acuerdo de adjudicación del concurso no guardan relación con su participación en el mismo sino que pretenden la nulidad de las licencias adjudicadas a las entidades "Mediaset España Comunicación SA y "AtresMedia Corporación de Medios de Comunicación SA" por entender que dichas entidades se encontraban incursas en limitaciones previstas en la ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) (...).

La exclusión de la sociedad recurrente del concurso y el hecho de que su impugnación se funde en cuestiones ajenas a su participación en el mismo, impide apreciar un interés legítimo de dicha sociedad para cuestionar la adjudicación realizada en favor de otras sociedades. Tal y como señalamos en la STS de 5 de mayo de 2009(rec. 1958 / 2006) <<[...] si la empresa hoy recurrente fue oportuna y adecuadamente excluida del concurso como se ha visto, es claro que no tenía legitimación para impugnar el resultado del concurso, [...]»>>.

No se aprecia un interés legítimo que habilite a la sociedad recurrente a impugnar el acuerdo de adjudicación de las licencias de los canales de televisión realizada en favor de otras empresas. Como tal, no puede tenerse la eventualidad consistente en que de prosperar el recurso y acordarse la nulidad de la adjudicación se tendría que convocar un nuevo concurso en el que podría participar la empresa recurrente. En primer lugar, porque esta hipotética anulación no necesariamente garantiza su posterior participación en el concurso, pues de acordarse la retroacción de actuaciones para una nueva valoración de las ofertas, puede limitarse a aquellas empresas que concurrieron al concurso y cumplían los requisitos fijados en las bases de la convocatoria para ser adjudicatarias, lo cual excluye a la empresa hoy recurrente. Y en segundo lugar, porque de aceptarse la tesis de la recurrente se tendría que admitir que cualquier ciudadano o empresa tendría una acción para impugnar cualquier concurso, hubiese o no participado en el mismo, ante la eventualidad de que de prosperar su recurso podría concurrir a la siguiente convocatoria, lo cual nos situaría ante una especie de acción pública, inexistente en esta materia». (el subrayado es nuestro)

Y en igual sentido, se pronuncia la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sentencia de 7 de marzo de 2022 -Roj: SAN 1046/2022), y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad de Valencia (Sentencia de 7 de septiembre de 2021 -Roj: STSJ CV 4290/2021-). Esta última señala que «Aun cuando la parte actora haya recurrido su exclusión con el fin de evitar que quedando firme esa decisión se le impida recurrir la adjudicación (sentencia del TSJ de Madrid 421/2020, de 9 de septiembre, recurso 99/2019 y sentencia del TJUE de 21-12-2016, asunto C-355/2015), el acto de exclusión ha quedado confirmado por la sentencia de la Sala ya aludida de 6-7-2021, recaída en el procedimiento 228/2018, a la que debemos atenernos por razones de coherencia, unidad de doctrina y seguridad jurídica. Su condición de excluida del procedimiento de licitación por decisión judicial la convierte en ajena al proceso que nos ocupa. Esta doctrina está recogida en la reciente sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2021, recaída en el asunto C-771/2019».

Finalmente, la jurisprudencia europea se mueve en la misma línea argumental. En el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 17 de mayo de 2022 -Asunto C-787/21- se ha señalado que «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 se opone a que un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público en virtud de una decisión del poder adjudicador que ha adquirido firmeza pueda posteriormente impugnar la decisión de adjudicación de dicho contrato. A este respecto, es indiferente que el licitador excluido alegue que sería posible que se le adjudicara el contrato público en el supuesto de que, a raíz de una anulación de dicha decisión, el poder adjudicador decidiera iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación» (el subrayado es nuestro); criterio posteriormente reiterado en el Auto del mismo Tribunal, de 23 de enero de 2023 -Asunto C-350/22- .

Así pues, a la luz de la doctrina jurisprudencial y administrativa más reciente, la entidad licitadora cuya exclusión ha quedado firme en vía administrativa, al no haber sido atacada la misma con ocasión del presente recurso, ni constarle a este Tribunal que la recurrente haya interpuesto recurso especial en plazo contra la citada exclusión de su oferta, carece de legitimación para impugnar la adjudicación, pues ya pasa a ser un entidad ajena a la licitación cuya adjudicación impugna, sin que tampoco sea interés legitimador, tal y como señala el TJUE y el TS, la eventualidad de poder participar en una hipotética licitación futura si se declarase desierta la licitación en cuestión con la anulación del acto de adjudicación impugnado –aspecto este que tampoco se daría por existir otra entidad clasificada en el procedimiento de licitación como es SERVICIOS DE ASISTENCIA MÉDICA DE URGENCIA S.A.

En consecuencia, se aprecia causa de inadmisión del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AOSSA GLOBAL S.A.**, contra la resolución de adjudicación, de 8 de julio de 2024, del contrato denominado “Servicio de punto de encuentro familiar en la provincia de Málaga”, (Expte. CONTR 2023 0000927905), convocado por la Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y Función Pública en Málaga, por falta de legitimación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

