

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 4 de abril de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por don O.M.T., en nombre y representación de Enjoy Wellness, S.L., contra la adjudicación del contrato “Redacción de proyecto, construcción y posterior explotación y mantenimiento de un centro deportivo en una parcela municipal situada en Soto del Henares de Torrejón de Ardoz”, número de expediente: P.A. 39/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 16 y 18 de octubre de 2017, se publicó respectivamente en el BOE, el DOUE y la Plataforma de Contratación del Estado, el anuncio de licitación de la concesión de obra mencionada, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 102.206.986 euros y el plazo de duración 40 años.

Segundo.- A la licitación del contrato presentaron ofertas 2 empresas, una de ellas la recurrente.

Mediante Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, de 29 de enero de 2018, se procede a *“excluir de la licitación a Enjoy Wellness por haber incluido en el sobre C ‘criterios evaluables mediante juicios de valor’ datos que permiten deducir aumentos de superficie, información que debe contenerse en el sobre B ‘Criterios evaluables de forma automática’”*.

Contra dicho acuerdo Enjoy Wellness interpuso recurso especial en materia de contratación en el que solicitaba la nulidad y que fue resuelto por este Tribunal mediante Resolución nº 66/2018, de 28 de febrero, acordando su inadmisión por no acreditar la representación el recurrente, notificada el 1 de marzo de 2018 con indicación de firmeza en vía administrativa y contra la misma se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de dos meses.

La adjudicación del contrato fue aprobada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 19 de febrero de 2018, siendo notificado el día 20 de febrero a los licitadores.

Tercero.- El 14 de marzo de 2018 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Enjoy Wellness en el que solicita que se declare la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 19 de febrero de 2018, por el que se excluye su oferta y se adjudica el contrato a Ferrovial Servicios, S.A., por los mismo hechos y fundamentos en que basaba el recurso anterior.

El 21 de marzo de 2018 el órgano de contratación remitió la copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 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), en el que solicita la inadmisión por extemporáneo.

Asimismo opone que no cabe presentar nuevo Recurso Especial en materia de contratación frente al mismo acto, que ya fue conocido por este Tribunal en la Resolución 66/2018.

Añade que siendo firme la exclusión de la licitadora en el momento actual carecería además de legitimidad.

En cuanto al fondo, reitera que es conforme a derecho el Acuerdo de adjudicación y la exclusión del recurrente por los motivos que figuraban en el acuerdo adoptado por la mesa de contratación y en la posterior adjudicación: *“excluir de la licitación a dicha mercantil por haber incluido en el Sobre C ‘criterios evaluables mediante juicio de valor’, datos que permitían deducir aumento de superficie, información que debía contenerse en el sobre B ‘criterios evaluables de forma automática’”*, solicitando en su caso la desestimación del recurso.

Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no se han dado alegaciones al resto de interesados al no existir otros hechos ni circunstancias que deban ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- En cuanto a la legitimación, el artículo 42 del TRLCSP reconoce ésta a la personas físicas o jurídicas *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

En principio el licitador excluido tendrá legitimación para recurrir la adjudicación si a la vez recurre su exclusión. En cambio carece de tal legitimación quien ya ejerció el derecho a impugnar tal decisión y no consiguió permanecer en el procedimiento.

El artículo 2 bis.2 de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, entiende por licitador afectado el que *“aún no haya quedado definitivamente excluido. Se considerará que una exclusión es definitiva si ha sido notificada a los licitadores afectados y, o bien ha sido considerada legal por un órgano de recurso independiente, o bien no puede ya ser objeto de un procedimiento de recurso.”*

Enjoy Wellness resultó excluida de la licitación y el recurso presentado fue inadmitido por este Tribunal. Opone el órgano de contratación que los excluidos definitivamente del procedimiento de licitación carecen de legitimación al no tener ya ninguna expectativa en poder resultar adjudicatarios. En este caso al solo haber otro licitador el interés podría residenciar en excluir a este de manera que se declare desierto el procedimiento y poder optar a una nueva licitación donde no cometa los mismos errores que en este. Pero no es esta la pretensión del recurso que nada alega respecto de la única oferta que se mantiene, sino su propia admisión y como hemos dicho esta cuestión ya es firme en vía administrativa al haber sido resuelto el recurso interpuesto sin revocar la exclusión. Por tanto no cabe reconocer legitimación activa.

Tercero.- Por otro lado conviene advertir que el recurrente ha aportado nuevamente el mismo poder que dio lugar a la inadmisión en el recurso precedente al ser insuficiente dado que no contiene facultades para interponer recursos, sino de los dos apoderamientos aportados uno únicamente para realizar los actos propios del procedimiento de contratación relativos a esta licitación y el otro contiene un límite en el importe de las operaciones a las que faculta que no alcanza el de esta contratación.

Según establece el artículo 22.1.2º del REPER, “solo procederá la admisión del recurso cuando concurren los siguientes requisitos:

(...)

2º. Acreditación de la legitimación y de la representación del recurrente mediante poder que sea suficiente al efecto.”

Y el artículo 23 del mismo Reglamento dispone que la apreciación del cumplimiento de los requisitos para la admisión del recurso incluidos en el apartado anterior corresponderá al Tribunal.

Cuarto.- Debe tenerse en cuenta que la Resolución anterior tiene, en relación con el actual recurso sometido al conocimiento de este Tribunal, el efecto de cosa juzgada al ser de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *“que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión”*. En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos *“de un modo ordinario tengan atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)”*.

De acuerdo con estas consideraciones cabe concluir que en este caso es de aplicación el principio de cosa juzgada al haberse resuelto por el Tribunal el recurso especial contra la exclusión, que es el motivo en que basa el recurso contra la adjudicación. No es obstáculo para ello el hecho de que la resolución del recuso fuera de inadmisión y no entrara al fondo del asunto. El ejercicio del derecho al recurso y al derecho a la tutela judicial efectiva se ve cumplido incluso con las

resoluciones de inadmisión. Conviene al efecto recordar, como hace el órgano de contratación que el artículo 40.2 del TRLCSP admite como actos recurribles tanto la exclusión como la adjudicación. Las dos posibilidades de recurso tienen carácter subsidiario, a fin de impedir una “doble acción”, y por tanto no debe admitirse la interposición del recurso en este caso. Este Tribunal (Resolución 107/2013 de 14 de marzo) y los demás órganos encargados de la resolución del recuso especial en materia de contratación en base a la Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía General del Estado, sostiene que la posibilidad de recurrir contra los actos a que se refiere el art 40.2.b) y c) del TRLCSP no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario. La ley ha establecido dos posibilidades de recurso, o bien contra el acto de exclusión cuando se haya procedido a la notificación o el interesado se dé por notificado o contra el acto que pone fin al procedimiento que es la adjudicación. Ambas no son acumulativas y si se ha interpuesto recurso contra la exclusión la resolución que se dicte pondrá fin a la vía administrativa y no podrá interponer recurso contra la adjudicación.

Quinto.- En cuanto al plazo de interposición además el recurso, de ser admisible, resultaría extemporáneo, pues consta en el expediente el justificante de envío de la notificación del acto recurrido con fecha 20 de febrero de 2018, tanto a Enjoy Wellness como a Ferrovial Servicios, computándose a partir de dicha fecha el inicio del plazo para la interposición del recurso. Dicho plazo finalizó el 13 de marzo, por lo que el recurso especial que se interpuso el 14 está fuera de plazo.

El TRLCSP establece como norma especial que el computo del plazo para la interposición del recurso no se inicia desde la recepción de la notificación sino desde la remisión, a fin de que el plazo suspensivo para la formalización del contrato se pueda computar de manera uniforme a todos los interesados y el órgano de contratación tenga la seguridad de que transcurrido este puede formalizar el contrato preservando el efecto útil del recurso que se concreta en el efecto suspensivo una vez interpuesto recurso contra la adjudicación.

El recurso especial en materia de contratación se configura como un recurso

rápido y eficaz. 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, dispone en relación al recurso y su plazo de interposición, en el artículo 2 quáter, que la legislación nacional debe establecer los plazos mínimos para la interposición del recurso. La interpretación de la regulación nacional ha de hacerse a la luz de la Directiva de la Unión Europea. Por su parte el artículo 44.2 del TRLCSP establece reglas de cómputo según cuál sea el acto objeto del recurso especial, en el caso de la adjudicación: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*

La razón de este sistema especial de cómputo del plazo de interposición del recurso puede encontrarse en la necesidad de hacer coincidir el plazo suspensivo entre la adjudicación y la formalización (artículo 156 del TRLCSP) con el plazo para la interposición del recurso especial contra la adjudicación, de modo que el mismo se compute siempre desde una misma fecha para todos los interesados y que el órgano de contratación tenga una fecha cierta que posibilite la formalización del contrato una vez transcurrido el periodo suspensivo común a todos los licitadores, con conocimiento de si se ha interpuesto o no un recurso especial en materia de contratación.

Como declaró este Tribunal en su Resolución 10/2015, de 14 de enero, el principio de seguridad jurídica justifica que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal, pues en caso contrario se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación. Los plazos de admisibilidad constituyen normas de orden público que tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica regulando y limitando en el tiempo la facultad de impugnar las condiciones de un procedimiento de licitación. El plazo de interposición es también consecuencia del principio de eficacia y celeridad

que rigen el recurso ya que una resolución tardía produce inseguridad jurídica en los licitadores; además alarga la tramitación del procedimiento, pues el órgano de contratación continúa el mismo encontrándose la sorpresa que en un momento muy avanzado de la tramitación, como puede ser después de la apertura de las ofertas e incluso de la adjudicación, aparece un recurso contra los pliegos reguladores de la adjudicación; y finalmente reduce el riesgo de recursos abusivos. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto y cualquier irregularidad del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso.

En este caso el recurso se dirige contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz de fecha 19 de febrero de 2018, de adjudicación del contrato a la mercantil Ferroviales Servicios S.A que contiene expresa indicación de los recursos que podrán interponerse y sus plazos, y cuya notificación fue remitida el 20 de febrero a los licitadores interesados en el procedimiento según consta en la etiqueta de registro de salida y en el aviso de recibo de la oficina de Correos, siendo recogida en dicha oficina por el recurrente el día 26 de febrero de 2018, si bien él manifiesta que recibió el aviso el día 22 de febrero, fecha que probablemente se ha tomado como día inicial del cómputo.

El recurso se interpuso el día 14 de marzo 2018 una vez finalizado el plazo de los quince días contados desde la remisión de la notificación de la resolución de la adjudicación que finalizaba el 13 de marzo de 2018, por lo que de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, su interposición resulta extemporánea.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso interpuesto por don O.M.T., en nombre y representación de Enjoy Wellness, S.L., contra la adjudicación del contrato “Redacción de proyecto, construcción y posterior explotación y mantenimiento de un centro deportivo en una parcela municipal situada en Soto del Henares de Torrejón de Ardoz”, número de expediente: P.A. 39/2017, por haberse interpuesto recurso contra el mismo acto de exclusión que ya fue resuelto, por carecer de legitimación activa y por resultar extemporáneo.

Segundo.- Declarar que no procede apreciar la posible 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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.