

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

En Madrid, a 26 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don I.C.G., en nombre y representación de Elsamex, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada de fecha 23 de septiembre de 2016, por el que se adjudica el contrato “Servicio de Conservación (Fontanería, Electricidad, Cerrajería, Persianas y Marquesinas y Albañilería), en Edificios y Colegios Públicos del Ayuntamiento de Fuenlabrada”, con número de Expediente: E.11.C.16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 29 de abril y 10 de mayo de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato referenciado, siendo su valor estimado de 6.000.161,51 euros.

Segundo.- El 14 de julio de 2016, Elsamex, S.A. presentó recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 29 de

junio de 2016, por el que se acordaba su exclusión del procedimiento. El Tribunal mediante Resolución nº 169/2016 de 14 de septiembre, desestimó el recurso.

Tercero.- El 23 de septiembre de 2016, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local se adjudica el contrato a Teodoro del Barrio, S.A. (TEBASA).

Mediante correo electrónico de fecha 26 de septiembre de 2016, es enviada notificación de la Resolución de adjudicación a las empresas licitadoras y es publicada en el perfil del contratante el mismo día.

Cuarto.- Con fecha 14 de octubre de 2016, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Elsamex, S.A., contra la adjudicación del contrato. En el recurso solicita nuevamente vista del expediente, que se acuerde la exclusión por baja temeraria de la adjudicataria TEBASA, así como de Ferrovial Servicios, S.A. -segunda clasificada- y por último solicita la nulidad de todo lo actuado.

Sexto.- Con fecha 18 de octubre de 2016, el órgano de contratación remitió el 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 del recurso por carecer de legitimidad activa la recurrente, en tanto que la exclusión ha sido confirmada por Resolución de este Tribunal por la que se desestima su recurso anterior (recurso nº 155/16), resultando firme y ejecutiva.

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 presente recurso.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado 23 de septiembre de 2016, practicada la notificación el 26, e interpuesto el recurso, el 14 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso ha sido interpuesto por persona que habiendo licitado inicialmente al procedimiento, fue excluida por considerar la oferta de la recurrente incurso en presunción de temeridad, habiendo sido confirmada la exclusión por Resolución 169/2015 de este Tribunal.

De conformidad con lo señalado en el artículo 42 del TRLCSP *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan vistos perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Siendo el criterio del legislador considerar el requisito de legitimación de una manera amplia, no restringido siquiera solo a los licitadores y siendo el principio orientador para su aplicación el *pro actione*, también cabe recordar que el mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación para el ejercicio de acciones, salvo en aquellos ámbitos del ordenamiento para los que expresamente se haya contemplado una acción pública.

Procede señalar que del artículo 1 de la Directiva 89/665 se desprende que ésta tiene por objetivo permitir la interposición de recursos eficaces contra las decisiones de las entidades adjudicadoras incompatibles con el Derecho de la Unión. Según el apartado 3 del citado artículo, los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que

tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre este concepto en la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, RTC 2000, 252J, F.3; 173/2004, de 18 de octubre, RTC 2004, 173J, F.3; y 73/2006, de 13 de marzo, RTC 2006, 73J, F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, RTC 2004, 45J, F 4)”*.

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. En cuanto a la

necesidad de que la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo, exige que el interés invocado sea real y actual. Por ello, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha manifestado en diversas resoluciones tales como la 237/2011 y la 22/2012 que *“de manera reiterada en nuestra doctrina a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido, con fundamento en el mandato contenido en el hoy artículo 42 del TRLCSP, hemos declarado 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 otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública”*.

Los tribunales administrativos en materia de contratación pública han sentado una doctrina específica sobre qué debe considerarse como interés legítimo a efectos del recurso especial, poniéndolo en conexión con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre interés legítimo en el ámbito administrativo y en ese sentido también se ha manifestado este Tribunal en su resolución 67/2016 *“Con carácter general se ha sostenido que los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación mediante acto firme, carecen de legitimación para impugnar las actuaciones del procedimiento ulteriores a su exclusión, incluida la propia adjudicación del contrato, pues ningún beneficio podría reportarles ni evitarles ningún perjuicio. Según la doctrina contenida entre otras en la STJUE de 19 de junio de 2003, asunto C-249/01, Hackermüller, no tiene legitimación para recurrir la adjudicación el licitador que fue debidamente excluido”*.

En el caso que nos ocupa, resulta que Elsamex, S.A. en el supuesto de estimar su pretensión de exclusión de la oferta de la adjudicataria y de la empresa clasificada en segundo lugar, no podría resultar adjudicataria puesto que su exclusión deriva de la inviabilidad de la oferta incurrida en un supuesto de valores

anormales o desproporcionados, por lo que no podría en ningún caso resultar adjudicataria, adjudicación que recaería en la siguiente mejor clasificada, dándose la circunstancia de que existen siete empresas admitidas.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, las peculiaridades del caso comportan que deba procederse a la inadmisión del presente recurso especial en materia de contratación por falta de legitimación activa de la recurrente, habida cuenta de que ante la hipotética estimación del recurso por parte de este Tribunal, no podría obtener un beneficio cierto al no poder resultar adjudicataria del contrato, lo cual es determinante de su falta de legitimación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 especial, interpuesto don I.C.G., en nombre y representación de Elsamex, S.A. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, del Ayuntamiento de Fuenlabrada de fecha 23 de septiembre de 2016 por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de Conservación (Fontanería, Electricidad, Cerrajería, Persianas y Marquesinas y Albañilería), en Edificios y Colegios Públicos del Ayuntamiento de Fuenlabrada”, con número de Expediente: E.11.C.16, por carecer de legitimación activa.

Segundo.- 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 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.