

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

En Madrid, a 16 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de KARCHER, S.A. contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 11 de octubre de 2023, por el que propone la adjudicación del contrato “adquisición de barredora”, número de expediente A/SUM-041559/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 24 de enero de 2023 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto simplificado con único criterio de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 123.522,00 euros.

A la presente licitación se presentaron dos empresas entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tramitado el procedimiento de licitación, mediante la Orden 277/2023, de 22 de junio, de la Consejería de Administración Local y Digitalización se adjudica el contrato a KARCHER, S.A.

El 31 de julio de 2023, HAKO ESPAÑAL, S.A. UNIPERSONAL (en adelante HAKO) interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación que es estimado por este Tribunal mediante la Resolución 334/2023, de 7 de septiembre, acordando anular la adjudicación del contrato y ordenando la retroacción del procedimiento a efectos de excluir a KARCHER por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas y continuar con el procedimiento.

A la vista de la citada Resolución, la mesa de contratación acuerda requerir a la empresa clasificada en segundo lugar la documentación correspondiente y analizada la misma, el 11 de octubre de 2023, propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato a HAKO.

Tercero.- El 3 de noviembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de KARCHER en el que solicita que se anule la adjudicación del contrato por incumplir, la oferta de este licitador, el pliego de prescripciones técnicas. Además, solicita la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el presente recurso.

El 13 de noviembre de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015,

de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- Especial análisis requiere la legitimación del recurrente para presentar recurso especial en materia de contratación.

El artículo 48 de la LCSP establece *“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”*.

Como señalábamos en nuestra Resolución 358/2023, de 21 de septiembre: *“Es jurisprudencia reiterada, plasmada en Sentencias del Tribunal Supremo como las de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, que 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.*

Es doctrina de este Tribunal recogida en numerosas resoluciones que el excluido del procedimiento de contratación carece del interés exigible en el artículo 48 de la LCSP para recurrir posteriormente contra la adjudicación.

Igualmente este Tribunal considera que no puede basarse la legitimación de un recurrente en la presunción de que la declaración de desierto de un procedimiento de licitación supondrá necesariamente una nueva oportunidad para la recurrente excluida, porque renacería su derecho a ser adjudicataria en un nuevo procedimiento, puesto que el órgano de contratación no está obligado a licitar de nuevo la contratación anulada ni a hacerlo en las mismas condiciones.

En este sentido, sobre la legitimación se pronunciaba la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1973, Marcato/Comisión, 37/72, cuya doctrina fue recogida por la Sentencia de 9 de junio de 2011, C-401/09P, Evropaiki Dynamiki, apdo. 49, y precisada específicamente para los supuestos de legitimación por una exclusión previa por la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15).

Si bien la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 24 de marzo de 2021 (asunto c-271/19), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del Tratado Fundacional de la Unión Europea, “por el Symvoulío tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consejo de Estado (Comisión de Suspensión)], Grecia”, precisa más la doctrina:

“41 (...) el licitador excluido tiene derecho a formular cualquier motivo contra la decisión de admisión de otro licitador, incluidos aquellos que no guarden relación con las irregularidades que motivaron la exclusión de su oferta.

42 Dicho esto, el principio jurisprudencial recordado en el apartado 31 de la presente sentencia solo es válido en tanto la exclusión del licitador no haya sido confirmada por una resolución con fuerza de cosa juzgada (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 57 y 58, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartados 31 y 32)”.

En el mismo sentido, la STJUE de 9 de febrero de 2023 (Asunto 53/22)”.

En el caso que nos ocupa, la resolución de este Tribunal por la que se acuerda su exclusión no ha adquirido firmeza en el momento de presentar el recurso especial en materia de contratación al estar en plazo para la interposición de recurso contencioso-administrativo, por lo que procede admitir su legitimación.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 11 de octubre de 2023, practicada la notificación el 19 e interpuesto el recurso el 3 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- La recurrente señala en su escrito *“Que recientemente ha sido publicada resolución del órgano de contratación adjudicando el contrato a la licitadora HAKO ESPAÑA, S.A.U. (en adelante HAKO). Se adjunta como Anexo 2”*.

Si bien KARCHER se refiere a la adjudicación del contrato por el órgano de contratación, lo cierto es que dicha adjudicación todavía no se ha producido tal y como se ha podido comprobar y señala el órgano de contratación en su informe al recurso. Además, el Anexo 2 que adjunta la recurrente es el acta de la sesión de la mesa de contratación, celebrada el 11 de octubre de 2023, en la que se acuerda proponer la adjudicación del contrato a favor de HAKO, por lo que debemos concluir que este acuerdo es el acto impugnado.

Según el artículo 44.2 de la LCSP, podrán ser objeto del recurso especial *“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o*

licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

La cuestión se centra en determinar si el acto impugnado se encuentra comprendido dentro de los que recoge la previsión del artículo 44.2.b) de la LCSP, conforme a la cual se indican los actos de trámite que son susceptibles de recurso en esta vía.

En consonancia con múltiples resoluciones anteriores, este Tribunal considera que la propuesta de adjudicación por la mesa no es un acto de trámite cualificado, que decida directa o indirectamente sobre la adjudicación, ni produzca indefensión al recurrente, porque como disponen expresamente los artículos 150.1, 157.6 y 159.4.h) LCSP, la propuesta de mesa ha de ser aceptada por el órgano de contratación, sin que la propuesta de adjudicación cree derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración, pues el órgano de contratación puede rechazarla y no adjudicar el contrato de acuerdo con ella, motivando su decisión, de modo que el acto impugnado no decide directa o indirectamente el fondo del asunto.

No estamos ante un acto definitivo que decide la adjudicación, sino ante una valoración y propuesta de adjudicación, que no vinculan al órgano de contratación, que puede hacer su adjudicación en contra de ella, motivándolo.

En consecuencia, se inadmite el recurso por interponerse contra una actuación no recurrible, al ser susceptible de revisión por el órgano de contratación. Todo ello, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 55.c) de la LCSP.

Resuelto el recurso, no procede pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas por la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 en materia de contratación interpuesto por la representación legal de KARCHER, S.A, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 11 de octubre de 2023, por el que propone la adjudicación del contrato “adquisición de barredora”, número de expediente A/SUM-041559/2023.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.