

Recurso nº 08/2011

Resolución nº 5/2012

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCIA**

En Sevilla, a 16 de enero de 2012

VISTO el recurso interpuesto el día 24 de noviembre de 2011 por las empresas ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A, INSTALACIONES INABENSA, S.A. Y MONTEALTO INFRAESTRUCTURAS, S.A. , contra los acuerdos de la mesa de contratación de 28 de octubre y 3 de noviembre de 2011, en relación al contrato “Constitución de un derecho de superficie para la construcción, conservación y explotación de un edificio destinado a ser la ciudad de la justicia de Córdoba mediante arrendameinto a la Comunidad Autónoma de Andalucía ” (Expte. 34/11-6); este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia, convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 69 de fecha de 7 de abril de 2011 y BOE nº 83 de la misma fecha, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato denominado “Constitución de un derecho de superficie para la construcción, conservación y explotación de un edificio destinado a ser la Ciudad de la Justicia de Córdoba mediante arrendamiento a la Comunidad Autónoma” (Expte. 34/11-6) en el que, entre otras, presentaron ofertas las dos empresas recurrentes.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la anterior y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12

de octubre. En el momento de interposición, el procedimiento de contratación se encontraba en la fase final de valoración de las proposiciones hecha por la mesa de contratación a la vista del informe de la Comisión Técnica en cuanto a la valoración de los criterios cuya ponderación depende de juicios de valor y la de los criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas y la consecuente propuesta de adjudicación realizada por la misma al órgano de contratación, recogiéndose tales actuaciones en las Actas de la mesa de contratación de fecha de 28 de octubre y 3 de noviembre de 2011.

Tercero. Contra los acuerdos de la mesa de contratación reflejados en las actas de fecha de 28 de octubre y 3 de noviembre respectivamente, las empresas supra citadas interpusieron recurso especial en materia de contratación.

No consta en el expediente que los recurrentes anunciaran previamente al órgano de contratación la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 314.1 LCSP.

Cuarto. Por el órgano de contratación se dio traslado, con fecha 12 de diciembre de 2011, del citado recurso a los restantes licitadores para que formularan las alegaciones que estimaran convenientes a su derecho.

Habiéndose presentado alegaciones por las empresas DETEA,S.A., COPCISA INDUSTRIAL, S.L.U. Y CORSAN CORVIAM CONSTRUCCION, S.A. con fecha de 16 de diciembre, que son las propuestas como adjudicatarias del contrato por la mesa de contratación.

Quinto. El recurso ha sido tramitado por el órgano de contratación conforme al procedimiento previsto en el artículo 314 de la Ley 30/2007.

Con fecha 29 de diciembre ha tenido entrada en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, el expediente relativo al recurso citado, tramitado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia, a efectos de su resolución por este Tribunal; completándose la documentación remitida con el informe a las alegaciones antes mencionadas recibido en este Tribunal el día 4 de enero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal resulta competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación, en virtud de lo establecido en el artículo 311.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, la Disposición transitoria primera del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y la Orden de 14 de diciembre de 2011, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal Administrativo, publicada en el BOJA de 21 de diciembre de 2011, conforme a la cual:

“Los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad a que se refiere el artículo 1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Orden, serán remitidos al Tribunal Administrativo, previa tramitación de los mismos por los órganos de contratación o entidad contratante ante quienes se interpusieron, conforme al procedimiento previsto en el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, acompañados del expediente administrativo y de un informe del órgano de contratación”.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, de acuerdo con el artículo 312 de la LCSP .

En cuanto al cumplimiento del plazo para recurrir, según los recurrentes, tuvieron conocimiento de los acuerdos de la mesa de contratación recurridos el día 7 de noviembre y el recurso se interpuso el 24 de noviembre, sin embargo, no resulta acreditado en el expediente la fecha ni la forma en que los recurrentes tuvieron conocimiento de los citados acuerdos; pero al no haber sido cuestionado por el órgano de contratación competente para la tramitación del recurso, hemos de entender que no ha transcurrido entre la notificación (lo que no consta) del acto recurrido y la interposición del mismo más de los

quince días hábiles que establece el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

Tercero. En cuanto a la falta de anuncio previo del recurso ante el órgano de contratación, tal y como establece el artículo 314 LCSP, este Tribunal no lo considera un vicio invalidante en la medida que dicho anuncio está previsto cuando el órgano competente para resolver el recurso es un órgano distinto del órgano de contratación, pero en el caso del presente recurso, al interponerse antes de la entrada en vigor de la Orden de 14 de diciembre de 2011, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento de este Tribunal Administrativo, el órgano de contratación ante quien se interpone el recurso, sin anunciarlo, es el competente para tramitarlo aunque la resolución corresponda a este Tribunal.

Por ello, no debe ser causa, en este caso, de la inadmisión del recurso el no haberlo anunciado previamente ante el órgano de contratación, al ser éste el que ha tramitado el recurso.

Cuarto. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley de Contratos, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

Según indica el recurrente, el acto recurrido son *“los acuerdos de las mesa de contratación de fecha 28 de octubre y 3 de noviembre de 2011, que en base al Informe Técnico de la Comisión, llevan a cabo la valoración de las distintas ofertas presentadas, seleccionan la proposición que se considera más ventajosa y elevan al órgano de contratación la propuesta de adjudicación del contrato a la oferta presentada por el licitador CORSAN-CORVIAM CONSTRUCCION S.A., COPCISA INDUSTRIAL S.L.U. y DETEA S.A. “*

Debe ponerse de manifiesto a este respecto que el artículo 310. 2 LCSP, delimita cuáles son los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, en concreto:

- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.
- c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

En relación a ello, hay que analizar si los acuerdos de la mesa de contratación recurridos son actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación por tener la consideración de «actos de trámite», en los términos señalados en el apartado b) del artículo 310 LCSP, que acaba de transcribirse.

A estos efectos hay que señalar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación— que pone fin al mismo, y para llegar ésta se han de seguir una serie de fases, con actos y con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por si mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial —en términos legales, que éstos 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— por un principio de concentración procedimental. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.

El Tribunal Administrativo de contratos públicos de Aragón en su Acuerdo 26/2011, de 14 noviembre de 2011, se pronunció sobre la cuestión recogiendo los pronunciamientos del

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones, entre otras en la número 59, de 2 de marzo de 2011, dictada en el recurso número 32 de 2011, en la que se pone de manifiesto, lo siguiente: «Una correcta interpretación del precepto exige que se examinen paralelamente este precepto y el que le da origen, es decir el artículo 107 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en la Ley, no serían recurribles».

Ninguno de los actos de trámite que han tenido lugar hasta este momento de interposición del recurso corresponden al órgano de contratación sino a la Mesa, sin que puedan tener la consideración de «actos de trámite cualificados», en los términos que acaban de describirse, y todos ellos serán revisables en una eventual impugnación de la adjudicación, al señalar el artículo 135.4 LCSP que «La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:

- a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
- b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.
- c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas».

Por tanto, la valoración de las ofertas hecha por la mesa de contratación y la propuesta de adjudicación que la misma eleva al órgano de contratación son actos que sirven de soporte a la resolución de adjudicación contra la que sí cabe el citado recurso y por tanto, la no admisión del recurso especial en materia de contratación contra los mismos, no

genera indefensión a los licitadores puesto que estos siempre pueden recurrir la resolución de adjudicación que se adpote en base a aquellos.

Quinto. Este criterio tiene además su apoyo en reiteradas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Recurso 41-72/2010 , entre otros) que rechazan la admisión del recurso respecto a la adjudicación provisional cuando ésta estaba prevista en la LCSP antes de la reforma por la Ley 34/2010.

Al respecto debe traerse a colación la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 45/2010 de 28 de septiembre de conformidad con el cual: “La segunda hipótesis a considerar en este apartado se refiere a la posibilidad de que la adjudicación provisional se haya dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En tal caso, debe entenderse que ya sólo cabe interponer el recurso que regula esta nueva Ley, siendo la cuestión a resolver si tal recurso puede interponerse o no contra la adjudicación provisional. A tal respecto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe ser fijado tomando en consideración los principios que inspiran la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En este sentido queda de manifiesto por el propio contenido de la reforma que, tal como se ha indicado en los antecedentes de este informe, una de las cuestiones a resolver por ella se refiere a la posibilidad o no de recurrir por la vía del recurso especial los actos administrativos que puedan derivar de los trámites a cumplimentar entre ambas adjudicaciones. Se trata en particular de las incidencias que, desde el punto de vista jurídico, surjan en relación con la presentación, durante el período que transcurre entre ellas, de los diferentes documentos a que se refería el párrafo segundo del artículo 135.4 de la Ley en su redacción anterior. Precisamente para dar solución a la posibilidad de que también dichos actos fueran susceptibles de recurso especial, exigencia que se deriva de la Directiva 2007/66/CE, la reforma suprime la dualidad de adjudicaciones manteniendo una sola, antes de la cual deben aportarse por el futuro adjudicatario la totalidad de los documentos. Puesto que dicha única adjudicación es uno de los actos recurribles a través del nuevo recurso especial, es evidente que las incidencias relacionadas con la presentación de tales documentos ya pueden ser motivo para la

interposición del recurso, recogiendo con ello lo que expresamente advirtió la Comisión Europea en dictamen motivado dirigido al Reino de España. Pues bien, el equivalente a esta adjudicación en el sistema hasta ahora vigente es sin duda la adjudicación definitiva pues es la que se acuerda una vez concluida la totalidad de los trámites que componen el procedimiento. Consiguientemente, frente a los actos de adjudicación provisional dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, debe considerarse que no cabe el recurso especial creado por ella, más que si respecto de ellos se cumplieran los requisitos que de conformidad con el nuevo artículo 310 permiten recurrir los actos de trámite. El acto de adjudicación recurrible como tal es la adjudicación definitiva. Y ello, porque sólo de esta forma es posible cumplir con la exigencia derivada de la sentencia de 3 de abril de 2008 en el asunto antes citado, cuya doctrina es recogida expresamente en la Directiva 2007/66/CE, en el sentido de que entre la adjudicación del contrato y su celebración debe transcurrir un periodo de suspensión de sus efectos que permita la posibilidad de interponer el recurso especial y durante el cual, por tanto, no se produzcan actos administrativos que pudieran ser también recurridos. Esta es la razón última que ha llevado al legislador a suprimir una de las dos adjudicaciones y a establecer que el contrato se perfeccione mediante su formalización”. Sentando como conclusión de todo ello que “contra la adjudicación provisional acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, no cabrá la interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público salvo el caso en que deba entenderse que reúne los requisitos que, con arreglo a este artículo, permiten recurrir los actos de trámite”.

Y así concluye el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que “es evidente que en el caso objeto del presente recurso, la adjudicación provisional, una vez hecha, no podría subsumirse en ninguno de los supuestos anteriores pues ni decide sobre la adjudicación (ésta se acordará en la adjudicación definitiva), ni produce indefensión o perjuicio irreparable, porque el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación definitiva, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento pues la oferta del recurrente aún no ha sido definitivamente descartada pudiendo ser adjudicatario mientras no se resuelva definitivamente sobre la adjudicación. La argumentación anterior

lleva necesariamente a la conclusión de que debe inadmitirse el presente recurso frente a la adjudicación provisional, sin perjuicio de lo que a continuación diremos respecto del recurso contra la adjudicación definitiva.”

Estas conclusiones son trasladables al caso, como el que nos ocupa, de que el acto recurrido son los acuerdos de la valoración de las ofertas que realiza la mesa de contratación y la elevación de la propuesta de adjudicación de la misma al órgano de contratación, actos subsumibles en la resolución de adjudicación que sí será susceptible del recurso especial en materia de contratación.

Precisamente, el artículo 310.2.b) LCS al señalar los actos de trámite susceptibles de recurso especial en materia de contratación, especifica que lo serán los de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores; por lo que a juicio de este Tribunal, a sensu contrario, sólo estos actos de la mesa de contratación son susceptibles de tal recurso porque los demás actos de la mesa no tienen la condición de actos de trámite cualificados, al amparo de dicho precepto.

En consecuencia, procede declarar la inadmisión del recurso presentado, por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.2.b) de la LCSP, sin perjuicio de la facultad que corresponde a los recurrentes de impugnar, en su caso, la adjudicación en el caso de no resultar adjudicatarios.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en el día de la fecha **RESUELVE**:

Primero. Inadmitir el recurso especial interpuesto por las empresas ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A, INSTALACIONES INABENSA, S.A. Y MONTEALTO INFRAESTRUCTURAS, S.A. , contra los acuerdos de la mesa de contratación de 28 de

octubre y 3 de noviembre de 2011, en relación al contrato “Constitución de un derecho de superficie para la construcción, conservación y explotación de un edificio destinado a ser la ciudad de la justicia de Córdoba mediante arrendamiento a la Comunidad Autónoma de Andalucía ” (Expte. 34/11-6), por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Tercero. Notificar la presente resolución al órgano de contratación que ha tramitado el recurso de acuerdo con lo indicado en la Orden de 14 de diciembre de 2011, a efectos de su conocimiento y notificación por el mismo al recurrente y a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo 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.

LA PRESIDENTA