

Recurso 133/2013
Resolución 96/2014

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

Sevilla, 25 de abril de 2014

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LOS AMARILLOS** contra la resolución, de 21 de marzo de 2014, de la Gerencia Provincial en Málaga del Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación”, promovido por la citada Gerencia Provincial (Expte. 00125/ISE/2013/MA), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de julio de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

Mediante resolución del órgano de contratación, de 1 de agosto de 2013, se acordó, entre otros extremos, la retroacción del procedimiento al momento



Mediante resolución del órgano de contratación, de 1 de agosto de 2013, se acordó, entre otros extremos, la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación del expediente de contratación para modificar el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), acogiendo el criterio de la Resolución 98/2013, de 30 de julio, de este Tribunal sobre determinación de la categoría exigible a efectos de clasificación.

Por tal razón, el 2 de agosto de 2013, se publicó en el perfil de contratante la resolución antes citada del órgano de contratación en la que se acordaba la retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación del expediente.

El 8 de agosto de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea nuevo anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato referenciado. Asimismo, el 16 de agosto de 2013, se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 196 resolución del órgano de contratación haciendo pública la licitación del contrato y el 8 de agosto de 2013, se publicó en el perfil de contratante resolución del órgano de contratación acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento, así como el nuevo PCAP con las modificaciones realizadas.

El valor estimado del contrato asciende a 27.570.743,96 euros.

TERCERO. En la sesión de la mesa de contratación, de 30 de septiembre de 2013, se acordó la exclusión de la empresa recurrente UTE recurrente por haber tenido entrada su proposición en el registro del órgano de contratación fuera de plazo. La citada exclusión fue publicada el 1 de octubre de 2013 en el tablón de anuncios del órgano de contratación y le fue notificada por fax a la recurrente, confirmándose su recepción ese mismo día.

CUARTO. El 11 de octubre de 2013, se presentó en el Registro de este Tribunal



escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad LOS AMARILLOS, S.L. contra el acuerdo de exclusión de la licitación.

El citado recurso fue desestimado por este Tribunal en la Resolución 68/2014, de 24 de marzo.

QUINTO. El 21 de marzo de 2014, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato y contra dicha resolución se interpone nuevo recurso especial por la misma empresa solicitando que se anule y deje sin efecto su exclusión de la licitación.

El nuevo recurso tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 4 de abril de 2014.

SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 4 de abril de 2014, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la aportación del expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida se recibió en este Tribunal el 11 de abril de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.



SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial se ha interpuesto contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada y convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 a) y 40.2 c) del TRLCSP.

Sobre este extremo, debe indicarse que el acto formalmente impugnado y el que debe tomarse en consideración a efectos de analizar los requisitos de admisión del recurso es la adjudicación, aún cuando la recurrente ataque sustantivamente el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación, al que alude la resolución de adjudicación.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*

Como quiera que la resolución de adjudicación se dictó el 21 de marzo de 2014 y el recurso se interpuso el 4 de abril, el mismo se ha presentado dentro del plazo legal.

QUINTO. Tras el análisis del cumplimiento de los requisitos previos, procede examinar los motivos en que el recurso se fundamenta.



En primer lugar, la empresa recurrente muestra su desacuerdo, por las razones que constan en su escrito, con la exclusión de la licitación por haber presentado su proposición fuera del plazo establecido.

En segundo lugar, alega que el órgano de contratación ha decidido retrasar la formalización e inicio de la ejecución de los contratos a septiembre de 2014, lo cual supone una modificación sustancial de las condiciones que rigieron en la licitación, ya que los parámetros tenidos en cuenta a la hora de presentar las ofertas no son los mismos si la ejecución del contrato se hubiese iniciado en enero, en lugar de septiembre. A juicio de la recurrente, se ha infringido, pues, el artículo 107 del TRLCSP y debería promoverse una nueva licitación.

Con base en los motivos esgrimidos en el recurso, se solicita que se anule y deje sin efecto su exclusión de la licitación.

Por su parte, en el informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación se expone lo siguiente:

- la recurrente impugna nuevamente su exclusión de la licitación, cuestión que fue ya resuelta por este Tribunal, por lo que procede la inadmisión del recurso.
- En el recurso se alega vulneración del artículo 107 del TRLCSP por modificación sustancial de las condiciones de la licitación, cuando aún no se ha formalizado el contrato.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, debe abordarse por este Tribunal si, como pone de manifiesto el órgano de contratación, el recurrente está impugnado en este nuevo recurso el mismo acto -su exclusión- objeto de un recurso anterior ante este Órgano y que fue resuelto en sentido desestimatorio.



En efecto, el 24 de marzo de 2014, este Tribunal dictó la Resolución 68/2014 en la que desestimaba el recurso interpuesto por la entidad LOS AMARILLOS, S.L. contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 1 de octubre de 2013, por el que se la excluía de la licitación al haber presentado su proposición fuera del plazo señalado en el anuncio.

En el recurso ahora analizado, con motivo de la notificación de la adjudicación en cuyos antecedentes se alude a aquella exclusión, la entidad LOS AMARILLOS, S.L. vuelve a solicitar que se anule esta decisión de exclusión y reproduce de nuevo los argumentos ya esgrimidos en el anterior recurso.

Al respecto, como señaló la Circular 3/2010 de la Abogacía del Estado -cuyo criterio comparte este Tribunal- dos son las posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las mesas de contratación: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado consistente en la exclusión adoptada por la mesa de contratación (artículo 40.2 b) del TRLCSP) y el recurso especial contra el acto de adjudicación donde se expongan las razones de aquella exclusión. Ahora bien, estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario.

Así pues, si el recurrente interpuso recurso especial contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa como acto de trámite cualificado, no puede volver a reproducir su pretensión en un nuevo recurso contra la adjudicación pues, bajo la impugnación formal de un acto distinto -la adjudicación-, se está atacando nuevamente el mismo acto -el acuerdo de exclusión-.

Asimismo, este Tribunal ya dictó resolución desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo de exclusión, por lo que no cabe interponer un nuevo recurso -el ahora analizado- esgrimiendo los mismos motivos y argumentos jurídicos que ya fueron enjuiciados en aquella resolución, pues ésta tiene en relación con el recurso actual el efecto de cosa juzgada.



Los efectos de la cosa juzgada de una resolución anterior en un posterior procedimiento de recurso contra el mismo acto ya han sido analizados por este Tribunal en resoluciones anteriores, como las Resoluciones 10/2012, de 3 de febrero y 76/2012, de 1 de agosto.

También el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha acogido este criterio. Así, en su Resolución 21/2013, de 6 de febrero, señalaba que *“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, estimando o desestimando 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 tienen 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 finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)”*.

A la vista de lo expuesto, resulta obvio que la Resolución 68/2014, de 24 de marzo, de este Tribunal, en cuanto desestimó un recurso previo contra la misma decisión y por los mismos motivos que el recurso ahora analizado, produce efectos de cosa juzgada en este nuevo procedimiento e impide analizar otra vez pretensiones que ya fueron definitivamente resueltas en vía administrativa.

En este sentido, si la recurrente no estaba de acuerdo con el criterio sentado por este Tribunal en su anterior resolución, pudo impugnarlo en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, pero en modo alguno puede volver a reproducir sus



argumentos jurídicos en otro recurso administrativo especial independiente.

SÉPTIMO. En segundo lugar, la recurrente alega que el órgano de contratación, al decidir retrasar la formalización e inicio de la ejecución de los contratos a septiembre de 2014, ha modificado sustancialmente las condiciones de la licitación con vulneración del artículo 107 del TRLCSP.

Tal alegación carece de todo sustento jurídico y ello, porque esa supuesta decisión del órgano de contratación a que alude la recurrente no constituye ninguno de los actos susceptibles de recurso especial conforme al artículo 40.2 del TRLCSP. En este sentido, el último acto procedimental frente al que cabe este medio impugnatorio es la adjudicación del contrato.

Asimismo, el artículo 107 del TRLCSP se refiere a las modificaciones de los contratos no previstas en la documentación que rige la licitación y el artículo 40.2 del TRLCSP no permite el recurso especial frente a los actos dictados en relación con dichas modificaciones. Así, el artículo 40.2 *in fine* del citado texto legal dispone que “(...) *no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos, tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de una nueva licitación.*”

Por ello, si tras la futura formalización del contrato se acordara alguna modificación sustancial de las condiciones de la licitación y adjudicación a que alude el recurrente, la recurrente podrá utilizar los medios impugnatorios que estime procedentes, sin que quepa interponer recurso especial por impedirlo el artículo 40 del TRLCSP. Ello conduce a la inadmisión de este motivo del recurso por referirse a un supuesto acto posterior a la adjudicación para el que no está previsto legalmente este sistema de tutela especial administrativa.



Finalmente, el órgano de contratación alega que, a su juicio, existe mala fe en la interposición del recurso, porque la recurrente ya conocía que una misma pretensión suya anterior había sido desestimada por este Tribunal.

En efecto, consta que, a la fecha de interposición del recurso aquí analizado, la recurrente conocía ya la desestimación por este Tribunal de la misma pretensión. Pese a lo anterior y aún cuando el proceder de la recurrente es reprochable o cuanto menos cuestionable, este Órgano considera que no debe imponerse sanción por temeridad o mala fe, teniendo en cuenta que los motivos del nuevo recurso exceden de los esgrimidos en el anterior, pues se invoca como nuevo motivo la modificación sustancial de las condiciones de la licitación.

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

RESUELVE

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LOS AMARILLOS, S.L.** contra la resolución, de 21 de marzo de 2014, de la Gerencia Provincial en Málaga del Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación”, promovido por la citada Gerencia Provincial (Expte. 00125/ISE/2013/MA), por haberse dictado previamente resolución de este Tribunal sobre la misma pretensión y dirigirse el recurso, además de contra la adjudicación, frente a un acto posterior a la misma no susceptible de recurso especial.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.



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 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA PRESIDENTA

