Recursos nº 172 y 271/2017
Resolución nº 375/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de Abril de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. J. R. G. C. en nombre y representación de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. (CEPSA), contra el acuerdo de exclusión de fecha 3 de febrero de 2017 y el acuerdo de adjudicación de fecha 27 de febrero de 2017 en el expediente del PA 16/176 TA para la contratación del *"suministro de gasóleo para calefacción de las dependencias del Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria",* el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 5 de diciembre de 2016, se publica en el Boletín Oficial de Estado el anuncio de la licitación del contrato de *"suministro de Gasóleo para la calefacción de las dependencias del Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria (INIA)".*

Segundo. A la licitaciónn concurrió la recurrente, que fue admitida provisionalmente a la licitación, si bien se le hizo un requerimiento de subsanación, otorgándole el plazo de tres días hábiles para la aportación de los certificados de buena ejecución de cuantía igual o superior al precio de licitación.

Tercero. Mediante resolución de fecha 3 de febrero de 2017, por el órgano de contratación se procede a la exclusión de la recurrente, por no haberse aportado la citada documentación en el plazo otorgado al efecto.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@minhafp.es

Cuarto. Con fecha 27 de febrero de 2017, se presenta por CEPSA recurso especial en materia de contratación contra la resolución de exclusión.

Quinto. En fecha 6 de marzo de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, para que, si lo estimaban oportuno, formulasen las alegaciones que convinieran a su derecho. Con fecha 10 de marzo de 2017, por ENERPLUS, S.L.U. se presentan alegaciones al recurso.

Sexto. Con fecha 9 de marzo de 2017, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Séptimo. Con fecha 22 de marzo de 2017, por CEPSA se presenta recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato, de fecha 27 de febrero de 2017.

Octavo. En fecha 31 de marzo de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formulasen las alegaciones que convinieran a su derecho. Con fecha 7 de abril de 2017, por ENERPLUS, S.L.U. se presentan alegaciones al citado recurso.

Noveno. Obra en el expediente informe del órgano de contratación a los dos recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el recurso interpuesto, a tenor del artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. El artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (BOE de 25 de septiembre), establece en su apartado 1 que*: "Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el*

procedimiento". De acuerdo con ello, el Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 171 y 271/2017 por referirse a la misma licitación.

Tercero. Está legitimada CEPSA para la interposición del recurso contra la exclusión; de conformidad con el artículo 42 del TRLCSP. Por lo que se refiere a la legitimación para recurrir el acuerdo de adjudicación, dependerá de la estimación o desestimación del recurso contra la exclusión, por lo que nos referiremos posteriormente a ella.

Cuarto. El recurso se interpone frente al acuerdo de exclusión de 3 de febrero de 2017, siendo por tanto, susceptible de impugnación, al amparo del artículo 40.2 b) del TRLCSP. El acuerdo de adjudicación es susceptible de recurso, conforme al artículo 40.2 c) del TRLCSP.

Quinto. Los recursos han sido presentados dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

Sexto. Como ya se adelantó en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, se somete a consideración de este Tribunal la exclusión de la parte actora de la licitación, por no haber presentado, dentro del plazo de tres días hábiles que se le concedieron, los certificados de buena ejecución requeridos. La parte recurrente alega que no se le notificó el citado requerimiento en la dirección de correo electrónico facilitada, aportando un informe de parte en prueba de dicha circunstancia. Añade que la resolución de exclusión carece de motivación suficiente.

Por su parte, tanto el órgano de contratación como ENERPLUS, S.L.U., sostienen que se le notificó el citado requerimiento en fecha 30 de enero de 2017, por lo que la exclusión es correcta, al haberse presentado los certificados de buena ejecución el día 8 de febrero.

Obra como documento 10.5 del expediente administrativo, el compromiso de la recurrente en cuanto a las notificaciones en el expediente de contratación, conforme al cual *"D/D" D. J. E. P. M., con DNI XXXXXXXX, como representante de la empresa Compañía Española de Petróleos SAU con domicilio en Po Castellana, 259 A 20046 Madrid, en virtud de escritura de poder, otorgada ante el Notario de Madrid, D. C. S. V., el día 27 de marzo de 2015, no de protocolo 545, a través del cual acepta la comunicación electrónica como medio para la*

recepción de invitaciones y notificaciones practicadas bien a través de la Plataforma de Contratación del Estado, bien directamente por el Órgano de Contratación, y compromete su acceso a dicha plataforma mediante DNI electrónico o con un equipo que disponga de certificado electrónico que sea soportado por la plataforma @firma."

Por tanto, la ahora recurrente, aceptó la práctica de las notificaciones a través de la Plataforma de Contratación del Estado. Como se desprende del requerimiento de subsanación efectuado, el mismo fue remitido el 30 de enero de 2017, a las 10:09 de la mañana, constando en el citado documento el sello de tiempo, que conforme al artículo 5.1 d) de la Orden EHA/1220/2008 garantiza de manera fehaciente el momento de inicio de la difusión pública de la información. No consta que haya habido error alguno en el envío de la notificación al correo electrónico designado, que se genera de forma automática en la Plataforma, por lo que queda plenamente acreditada la notificación del requerimiento de subsanación el día 30 de enero de 2017, sin que a estos efectos pueda admitirse como prueba en contrario un informe de parte que no es realizado por una empresa especializada a tal efecto.

En cualquier caso, y aun cuando pudiera admitirse que no se envió aviso de notificación al correo electrónico designado, tampoco procedería acoger la tesis de la parte recurrente. Conforme al artículo 41.6 de la Ley 39/2015 *"Con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las Administraciones Públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/ o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida."*

De acuerdo con el citado precepto, y con independencia de la remisión o no del aviso al correo electrónico de la existencia de una notificación pendiente en la Plataforma de Contratación, la notificación efectuada el día 30 de enero de 2017 es plenamente válida y eficaz.

Debe concluirse, en consecuencia, la correcta exclusión de CEPSA del procedimiento de licitación, sin que, conforme a lo expuesto, se haya vulnerado el procedimiento legalmente establecido.

Séptimo. Como siguiente motivo en apoyo del recurso, considera la parte recurrente que se ha vulnerado el principio que denomina de subsanabilidad o pro actione. Entiende que en virtud del citado principio, procede otorgar un plazo para subsanar omisiones, al igual que procede concederlo para subsanar defectos de presentación de documentos, a la vista del artículo 73 de la Ley 39/2015. Sostiene que, por aplicación del citado principio, debieron admitirse los documentos presentados y por tanto la oferta de CEPSA.

Este Tribunal no puede compartir la citada alegación. Lo cierto es que por el órgano de contratación se concedió a la recurrente un plazo de tres días para la subsanación de la documentación, sin que sin embargo se presentara la misma en plazo. Debe recordarse que en materia de subsanación de ofertas, rige la norma especial prevista en el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, conforme al cual *"Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación".*

De acuerdo con este artículo, el plazo de subsanación otorgado fue conforme a Derecho, siendo la inactividad de la recurrente la que determinó su exclusión. Este motivo del recurso, por tanto, debe ser desestimado.

Octavo. Por último, en lo que se refiere a la exclusión, alega la parte recurrente que la resolución de exclusión carece de motivación suficiente, si bien se trata de una alegación genérica que se limita a citar la regulación contenida en la Ley 39/2015 sobre este extremo y una sentencia, pero sin especificar por qué en ese caso concreto concurre esa falta de motivación. Lo cierto es que la parte actora conoce las razones por las cuales ha sido excluida del procedimiento de licitación, como lo prueba el hecho de que el recurso

presentado va dirigido a tratar de desvirtuar esas razones, por lo que, procede desestimar este motivo del recurso.

Noveno. Como ya se señaló al inicio de esta resolución, la legitimación de la recurrente para recurrir la adjudicación del contrato, dependía del resultado estimatorio o desestimatorio del recurso interpuesto frente a la exclusión.

Como señalamos en nuestra reciente resolución 216/2017 de 24 de febrero *"El concepto de interés legítimo se ha ido elaborando legal y jurisprudencialmente, siendo el mismo la base para el reconocimiento de legitimación, al suponer la condición de interesado en el procedimiento.*

Dispone el artículo 31 de la Ley 30/1992 que "Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento".

Por su parte, el artículo 42 del TRLCSP señala que "Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso."

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002: "No obstante, considerando que el interés como contratista que licita en los contratos convocados por la Administración, se invoca por la parte en defensa de su condición de interesado a los efectos previstos en el art. 31 de la Ley 30/92, cuya infracción también se alega en este motivo, conviene señalar que se está invocando la condición de interesado en cuanto titular de intereses legítimos afectados por las resoluciones cuya nulidad se postula, condición que exige el art. 102.1 de dicha Ley para instar la declaración de nulidad y que se identifica por la jurisprudencia con la persona para la que derivan beneficios o perjuicios actuales o futuros, pero ciertos del acto impugnado (ss.6-6-2001 EDJ 2001/11100 , 25-2-2002 EDJ 2002/3739 y 1-4-2002 EDJ 2002/7663), es decir y como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000 EDJ 2000/22772 respecto de la legitimación al interpretar dicho concepto de interés legítimo, aquellas personas respecto a las cuales la anulación pretendida produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación , y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo EDJ 1995/1042 y 30 de junio de 1995 EDJ 1995/3724 (y) y 12 de febrero de 1996 EDJ 1996/570, 9 de junio de 1997 EDJ 1997/5672 y 8 de febrero de 1999 EDJ 1999/572, entre otras muchas; SSTC 60/1982 EDJ 1982/60, 62/1983 EDJ 1983/63, 257/1988 EDJ 1988/573, 97/1991 EDJ 1991/4834, 195/1992 EDJ 1992/11281, 143/1994 EDJ 1994/4114 y ATC 327/1997 (Auto)).""

Por tanto, los requisitos para que pueda apreciarse la existencia de interés legítimo y, en consecuencia, de legitimación activa, son los siguientes:

1. Por interés, que la normativa vigente califica bien de "legítimo, personal y directo", o bien, simplemente, de "directo" o de "legítimo, individual o colectivo", debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica

jurídico-administrativas propias, independientes de su conexiónn o derivación con verdaderos derechos subjetivos.

2. Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada.

3. Ese "interés legítimo", que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir ya, de las notas de "personal y directo", pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en Sentencias, entre otras, de este último, 60/1982, de 11 octubre, 62/1983, de 11 julio, 160/1985, de 28 de noviembre, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32y 97/1991 y 195/1992, y Autos 139/1985, 520/1987 y 356/1989) han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superador y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.

En materia de legitimación ya en el ámbito de la contratación señala la citada sentencia que

"Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación , en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de

efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado."

En idéntico sentido, se ha venido pronunciando este Tribunal, pudiendo citar, por todas, nuestra resolución 4/2017 de 13 de enero, recurso 1061/2016, que sobre esta cuestión señala que "En puridad, la ley reconoce legitimación para promover este recurso a aquellos licitadores que en caso de ser estimado el recurso pudiera verse estimadas por lo que en caso de estimarse el recurso podrían verse afectados sus derechos e intereses legítimos.

Lo cierto es que dicha doctrina de este Tribunal he resultado incontrovertida, tal y como se señala por todas en la Resolución no 1155/2015 de 18 de diciembre de 2015:

Este precepto ha sido tratado por este Tribunal en multitud de ocasiones. Así, por ejemplo, en la reciente Resolución no 907/2015, de 5 de octubre y en muchas otras anteriormente, hemos fijado una doctrina constante que es congruente con los pronunciamientos del Tribunal Supremo en esta materia. En efecto, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su sentencia de 20 mayo de 2008 expone lo siguiente:

"Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6 2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”

Pues bien, como ya hemos dicho en muchas ocasiones, para determinar si en un asunto concreto concurre el requisito de la legitimación en el reclamante ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto de interés legítimo con criterios amplios, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad. En nuestra Resolución 290/2011 indicamos que el Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, expone que el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, 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. Por lo tanto, para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento

jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras).

Teniendo en cuenta esta doctrina parece claro que para determinar si el interés que muestra la entidad recurrente excede del mero interés por la legalidad es preciso analizar si efectivamente concurre alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta y que correspondería al recurrente en caso de prosperar su pretensión. Recordemos que el recurrente ha quedado clasificado en tercera posición en el procedimiento de licitación cuya adjudicación se recurre en este recurso (documento 16 del expediente de contratación) y que las críticas jurídicas que esgrime contra la resolución recurrida se centran en la falta de documentación de la oferta del adjudicatario y en el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas que la oferta de aquel representa. De hecho, su pretensión radica en la exclusión del licitador que ha resultado adjudicatario por causa de deficiencias de su oferta. Por tanto, la eventual estimación de este recurso no le convertiría en adjudicatario del contrato sino que tal condición pasaría a investir al segundo clasificado, esto es, a Ambulancias Sureste S.L., que obtuvo 90 puntos frente a los 69,33 de la entidad recurrente.

Este efecto viene expresamente establecido por la ley e implica que al recurrente no se le otorgue una ventaja directa e inmediata con el éxito de su pretensión impugnatoria ante este Tribunal. Tal circunstancia sólo se podría haber producido si el recurrente hubiese invocado también la existencia de causas que justificasen la exclusión del segundo licitador clasificado, cosa que no ha hecho en ningún momento.

Este criterio ha sido sostenido por este Tribunal en casos precedentes. Así, en nuestra Resolución n° 57/2012, citada por la Resolución 31/2015, decíamos a este respecto:

"resulta evidente que el beneficio perseguido por la UTE recurrente no puede ser otro que resultar adjudicataria del contrato, situación ésta del todo imposible en cuanto que, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, aun admitiéndose su pretensión —

Pues bien, en este caso concreto es cierto que la empresa recurrente está situada en segundo lugar, pero, y esto es lo relevante, no recurre contra la adjudicación para intentar que sea ésta revocada respecto del adjudicatario sino que, de manera inusual, recurre por

no haberse excluido la empresa que resultó posicionada en tercer lugar. Dice que, de haberse excluido la tercera empresa, se habría procedido a incorporar la fórmula matemática de valoración de otra manera y que entonces hubiese podido resultar adjudicataria de dicho contrato. Parece evidente que en tales términos no puede aceptarse la legitimación activa para impugnar la adjudicación y pretender que el tercer clasificado sea excluido. En efecto, no sólo es que los argumentos para tal exclusión se antojen desacertados, sino que realmente no debemos ni entrar a valorarlos dado que es evidente que la pretensión de favorecer los intereses del recurrente es meramente hipotética, se basa en meras conjeturas y desnaturalizaría el concepto de legitimación ya que no se recurre contra la adjudicación propiamente dicha sino contra la falta de exclusión de un tercer licitador y, por lo tanto, lo que se impugna es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación pues la no exclusión de un tercer clasificado no constituye ninguno de los actos recurribles con arreglo al art. 40,2 del TRLCSP. Asiste razón al órgano de contratación cuando señala: Es decir, que queda claro que todo este contenido es el que debe ir incorporado formalmente en el acuerdo de adjudicación de modo que pueda proveerse de la información necesaria para que o bien el licitador excluido puede recurrir su exclusión, o bien quien no haya sido adjudicatario pueda impugnar el acuerdo por la que se Este efecto viene expresamente establecido por la ley e implica que al recurrente no se le otorgue una ventaja directa e inmediata con el éxito de su pretensión impugnatoria ante este Tribunal. Tal circunstancia sólo se podría haber producido si el recurrente hubiese invocado también la existencia de causas que justificasen la exclusión del segundo licitador clasificado, cosa que no ha hecho en ningún momento.

Este criterio ha sido sostenido por este Tribunal en casos precedentes. Así, en nuestra Resolución n° 57/2012, citada por la Resolución nº 31/2015, decíamos a este respecto:

"resulta evidente que el beneficio perseguido por la UTE recurrente no puede ser otro que resultar adjudicataria del contrato, situación ésta del todo imposible en cuanto que, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, aun admitiéndose su pretensión —

Pues bien, en este caso concreto es cierto que la empresa recurrente está situada en segundo lugar, pero, y esto es lo relevante, no recurre contra la adjudicación para intentar que sea ésta revocada respecto del adjudicatario sino que, de manera inusual, recurre por

no haberse excluido la empresa que resultó posicionada en tercer lugar. Dice que, de haberse excluido la tercera empresa, se habría procedido a incorporar la fórmula matemática de valoración de otra manera y que entonces hubiese podido resultar adjudicataria de dicho contrato. Parece evidente que en tales términos no puede aceptarse la legitimación activa para impugnar la adjudicación y pretender que el tercer clasificado sea excluido. En efecto, no sólo es que los argumentos para tal exclusión se antojen desacertados, sino que realmente no debemos ni entrar a valorarlos dado que es evidente que la pretensión de favorecer los intereses del recurrente es meramente hipotética, se basa en meras conjeturas y desnaturalizaría el concepto de legitimación ya que no se recurre contra la adjudicación propiamente dicha sino contra la falta de exclusión de un tercer licitador y, por lo tanto, lo que se impugna es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación pues la no exclusión de un tercer clasificado no constituye ninguno de los actos recurribles con arreglo al art. 40,2 del TRLCSP. Asiste razón al órgano de contratación cuando señala: Es decir, que queda claro que todo este contenido es el que debe ir incorporado formalmente en el acuerdo de adjudicación de modo que pueda proveerse de la información necesaria para que o bien el licitador excluido puede recurrir su exclusión, o bien quien no haya sido adjudicatario pueda impugnar el acuerdo por el que se desestima su oferta, a cuyos efectos se identificarán las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia al resto (es decir, la referencia para impugnar el no haber sido adjudicatario se encuentra en las características y ventajas de la oferta de quien resultó ser adjudicatario), pero lo que en modo alguno es exigible es el tener que motivar el hecho de no haberse excluido la oferta de una determinada empresa (que en todo caso sería una decisión de facto adoptada por la Mesa desde el momento en que se abre el sobre C en acto público y se da cuenta de la puntuación del sobre con la oferta técnica obtenida por cada empresa, momento en el que SIEMENS tampoco alegó nada en contra), ya que al contrario, lo que se debe justificar y motivar en todo caso, es la exclusión de una empresa para que la misma (y no otra) pueda interponer los recursos oportunos contra esa resolución para el caso que no se hubiera notificado de forma independiente la exclusión por parte de la Mesa, como acto de trámite cualificado que es (entre otras Res. TACRC 50/2013, de 30 de enero); lo pretendido ahora por SIEMENS en su intento de ser adjudicataria de este contrato, es abrir la opción de que se pueda impugnar la no exclusión de una tercera empresa que no es

adjudicataria y, ya puestos, incluso llegado el caso y si las matemáticas así lo permiten, llegar a impugnar la decisión de la Mesa de excluir a una tercera empresa.

Este intento de SIEMENS de forzar la situación en base al mero juego de los números resultantes de las fórmulas matemáticas recogidas en el Pliego, les ha llevado a que cuatro personas de esta empresa (según consta en la diligencia de audiencia) examinaran de forma meticulosa y detallada (estaban en su derecho) la oferta de GENERAL ELECTRIC y al no encontrar nada irregular, desviaron su atención a los cientos de páginas de la oferta técnica de PHILIPS hasta descubrir lo que según ellos, es un incumplimiento grave de la oferta, lo que les lleva a pedir su exclusión con la intención ya expuesta .

En cierta manera son correctos los números que indica SIEMENS por cuanto si se excluyera a PHILIPS, serían ellos los adjudicatarios con 62,30 puntos, frente a los 58,49 que obtendría GENERAL ELECTRIC, de igual modo que si se decidiera excluir a la cuarta empresa en liza (TOSHIBA), seguiría siendo GENERAL ELECTRIC [a adjudicataria con 63,42 puntos frente a los 62,30 de SIEMENS, opción que obviamente no es del interés de la recurrente: quiere ello decir que introducir estas opciones de interponer recursos contra la no exclusión o la no adjudicación a terceros en atención a cábalas sobre el resultado final, nos llevaría a un conjunto de combinaciones que alterarían claramente el esquema legalmente previsto sobre cuáles son los actos y decisiones susceptibles de ser recurridas, así como el resultado final derivado de una juiciosa y prudente valoración de criterios conforme a juicios de valor, incompatible con los principios de seguridad jurídica propios de la contratación administrativa."

De acuerdo con esta doctrina, para que pueda apreciarse la existencia de legitimación para la impugnación de resoluciones administrativas en materia contractual, deben concurrir los siguientes requisitos:

1.- Con carácter general, el interés legítimo viene determinado por la participación en la licitación.

2.- No obstante, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo.

En consecuencia, para que pueda reconocerse interés legítimo, sería necesario que la resolución recurrida, con carácter general, colocara a la parte recurrente en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, y que además, la decisión que se adopte sobre esa resolución repercuta, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del recurrente.

Ninguno de estos requisitos se cumple en este caso, en el que la recurrente ha sido excluida previamente de la licitación, exclusión que hemos declarado conforme a Derecho, por lo que ninguna ventaja o beneficio puede seguírsele de la anulación de la adjudicación, sin que sea en consecuencia necesario entrar a analizar las alegaciones planteadas en cuanto a dicho acto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. R. G. C. en nombre y representación de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A.U. (CEPSA) contra el acuerdo de exclusión de 3 de febrero de 2017 y el acuerdo de adjudicación de 27 de febrero de 2017, mencionados en el encabezamiento de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación acordada por este Tribunal el 9 de marzo de 2017 y la automática producida como consecuencia del recurso contra la adjudicación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.