



Recurso nº 791/2013

Resolución nº 547/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 27 de noviembre de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.M.A.P. actuando en calidad de Presidente de la Asociación Nacional de Productores de Energía Fotovoltaica (ANPIER) contra la licitación de contratos de asistencia técnica para la elaboración de estudios y análisis de estándares bajo distintas hipótesis y escenarios de las instalaciones de generación de electricidad en régimen especial por parte del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) (expediente nº12643.01.13), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Consejo de Administración de IDAE acordó el 23 de julio de 2013 la iniciación y tramitación del expediente de referencia. Este expediente tenía un presupuesto de gasto máximo de 900.000 € y consistía, según se expone en el pliego de condiciones, en la elaboración de un máximo de tres informes que permitieran valorar y establecer los estándares de costes de inversión y operación de las tecnologías de generación de electricidad que operan en régimen especial en España y para la asistencia técnica en procedimientos judiciales y arbitrales en los que sea parte la Administración General del Estado.

Segundo. En el mismo acuerdo se aprueba el expediente de contratación, que incluye los pliegos, y se aprueba la apertura del procedimiento negociado sin publicidad por razones de urgencia en los términos previstos en el artículo 170 e) del Real Decreto

legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Tercero. Una vez abierta la licitación se presentaron a ella varias empresas especialistas en la materia, tras haber sido invitadas por el órgano de contratación. Tras comprobar la documentación administrativa que presentaron se solicitó la subsanación de varias de ellas. Algunos de los defectos en la documentación fueron subsanados y otros no, por lo que se acordó la exclusión de determinadas ofertas.

Cuarto. De las dos ofertas que finalmente se valoraron en sus aspectos técnicos y económicos resultaron adjudicatarias la empresa Boston Consulting Group, S.L y la empresa Roland Berger Strategy Consultants S.A. La resolución de adjudicación fue notificada por el órgano de contratación de IDAE a los interesados el 1 de octubre de 2013, insertando en la misma fecha el anuncio correspondiente en el perfil del contratante y otorgando el plazo de 10 días para que se presentasen los documentos legalmente exigidos a los adjudicatarios.

Quinto. Durante la tramitación del procedimiento de licitación se recibieron varias solicitudes de información, entre ellas las siguientes de la entidad recurrente:

- El 21 de agosto solicita que se publique la licitación en cuestión.
- El 17 de septiembre solicita que se ponga a su disposición el expediente de contratación, que se identifique el acto administrativo por el cual se haya adjudicado el contrato y que se identifique a la autoridad responsable de la tramitación del expediente.
- El 18 de octubre el ahora recurrente informa de que el día 22 se personará en la sede del órgano de contratación acompañado de un notario con el fin de obtener una copia del expediente administrativo referido. Tal como se recoge en el recurso presentado así ocurrió efectivamente.

Sexto. El día 29 de octubre de 2013 la entidad recurrente anuncia ante el órgano de contratación la interposición del recurso especial en materia de contratación contra la licitación de este contrato.

Séptimo. Con fecha 20 de noviembre de 2013 este Tribunal acordó, conforme a los artículos 43 y 46 del TRLCSP, la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

Octavo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores, para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que a su derecho convinieran, trámite que ha sido evacuado por la sociedad Roland Berger Strategy Consultants S.A.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El objeto de este recurso, según se expone por el recurrente, es la licitación del contrato de asistencia técnica para la elaboración de estudios y análisis de estándares bajo distintas hipótesis y escenarios de las instalaciones de generación de electricidad en régimen especial por parte del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. En el primero de los fundamentos de derecho de su recurso añade que el contrato en cuestión *“se encontraría englobado dentro de los parámetros del artículo 40 del TRLCSP.”*

El órgano de contratación objeta la admisión del recurso considerando que el acto recurrido no se encuentra entre ninguno de los actos que pueden ser objeto del recurso establecidos en el artículo 40 de la Ley. Expone el órgano de contratación que la licitación no puede ser recurrida en esos términos sino que es necesario particularizar el acto concreto que se recurre. Ello supondría, siempre en opinión del órgano de contratación, que no se habría cumplido el requisito del artículo 44.4 c) de la Ley al no haber dado traslado del acto que se recurre ni indicado siquiera el expediente al que se refiere, siendo así que tal circunstancia era posible, pues con fecha 1 de octubre se dio la oportuna publicidad al acto de aprobación de la clasificación en el perfil del contratante.

El artículo 40 del TRLCSP identifica cuáles son los actos recurribles por la vía del recurso especial en materia de contratación:

“Artículo 40. 2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

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.

(...) 3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”

En este precepto se hace una delimitación del objeto del recurso identificando primeramente los actos que pueden ser objeto del mismo, y señalando a continuación la posibilidad de alegar respecto de otras irregularidades al recurrir el acto final del procedimiento de selección del contratista, que es la adjudicación.

Teniendo en cuenta estas consideraciones es obvio que la licitación no es ninguno de los actos identificados en el precepto y en este sentido es correcta la afirmación del órgano de contratación. Es claro que no es posible recurrir la licitación como conjunto de actos sin identificar el acto concreto que está viciado y el vicio que se le imputa; y es más claro todavía que es jurídicamente inviable recurrir la decisión de iniciar una licitación por parte del órgano de contratación, pues tal decisión deriva de una potestad no sujeta a control por este Tribunal.

No obstante, pecaríamos de un exceso de celo formal si no analizásemos la cuestión ateniéndonos no sólo a los estrictos términos en que se manifiesta el recurrente, sino

también a su verdadera intención, a la manifestación de lo que realmente quiere recurrir. Para ello es menester analizar, siquiera sea someramente, la razón por la cual interpone su recurso, razón que está centrada sustancialmente en la ausencia de publicación del anuncio de licitación de conformidad con el artículo 142 de la Ley. Tal circunstancia no encaja fácilmente en ninguna de las categorías de actos enumerados en el artículo 40, ni siquiera en la referencia relativa a la posibilidad de recurrir el anuncio de licitación, que incluye la convocatoria, porque esta posibilidad se refiere al aspecto sustantivo, al contenido del anuncio, mientras que aquí se invoca la falta de publicidad del mismo.

La publicación del anuncio de licitación es un acto de trámite que sólo podría, por tanto, encajar en la mención que hace la ley a 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. No parece que con la falta de publicación se decida la adjudicación ni que se determine la imposibilidad de continuar el procedimiento, por lo que estas dos referencias tampoco encajarían en el caso que nos atañe.

Restaría únicamente analizar la existencia de indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos, siendo esta una posibilidad que exige analizar las consecuencias del acto recurrido en la esfera de derechos del interesado, de modo que la ausencia de efecto en los derechos e intereses del recurrente determinaría la imposibilidad de incluir el recurso del demandante en este último supuesto.

Sin embargo, este Tribunal considera que esta es una cuestión que enlaza directamente con la legitimación del recurrente y debe ser resuelta de manera coordinada con ella. Si consideramos que sus derechos o intereses legítimos se han visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, es decir, por la falta de publicación del anuncio en el caso de que fuera este un vicio de nulidad, entonces el recurso tendría por objeto un acto de trámite cualificado. De no ser así, además de una posible inadmisión por falta de legitimación, podríamos añadir que el recurso ha sido interpuesto contra un acto que no puede ser recurrido por esta vía y tendría razón el órgano de contratación en la afirmación antes expuesta.

Segundo. Es menester, por lo que acabamos de exponer, resolver la cuestión de la legitimación para recurrir de ANPIER. La recurrente expone en su recurso que ANPIER es la asociación más representativa de generadores de energía fotovoltaica lo que, en consonancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de Julio de 2.010 y del Tribunal Supremo de 19 de Noviembre de 1.993 o de 8 de Abril de 1.994 le legitimaría para interponer el recurso.

El órgano de contratación, por el contrario, niega la existencia de legitimación para recurrir, exponiendo que el recurrente no ha acreditado cuáles son los fines de la asociación. Expone el órgano de contratación que es necesario que esos fines tengan una conexión con el objeto del procedimiento de licitación pues, de lo contrario, carecería de legitimación.

Señala el órgano de contratación que la falta de determinación de los fines de la entidad recurrente impide comprobar si la anulación del acto recurrido le supondría un perjuicio en su esfera de derechos e intereses.

Añade que la entidad recurrente sólo estaría legitimada en el caso de que pudiese acreditar que sus miembros podrían resultar posibles licitadores y, en consecuencia, afectados por la resolución de adjudicación del contrato. Si por su actividad pudieran participar en la licitación y pudieran ser perjudicados por la decisión que se tome en el procedimiento de licitación, tendría legitimación. En caso contrario, no la tendrían.

Indica finalmente el órgano de contratación que los elementos necesarios para comprobar la legitimación deben ser aportados con la petición inicial del recurso. No habiéndose hecho esto, el recurrente carecería de legitimación tanto al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP como al amparo de lo dispuesto en el artículo 31 de la ley 30/92, y de la interpretación que de los mismos ha hecho la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional en relación con el concepto de interés legítimo, que cita extensamente.

El artículo 42 del TRLCSP establece 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".

En términos generales para poder determinar si la recurrente es titular de un derecho o interés legítimo que pueda verse perjudicado o afectado por las decisiones objeto del recurso conviene citar, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, en la que se define el concepto de legitimación en materia contractual pública. Dice el Alto Tribunal 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.”*

De la Jurisprudencia citada se deduce que no siempre es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, cosa que, por otro lado, es congruente con lo indicado en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE que, en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE, establece que *“los Estados miembros velarán porque, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.”*

Lo cierto es que, como se afirma en nuestra resolución nº 190/2013, *“este Tribunal, frente al carácter mínimo del concepto de interés legítimo predicado por la citada Directiva, ha*

venido haciendo una interpretación más amplia del requisito de legitimación, admitiendo la interposición de recursos por terceros no licitadores ni interesados en concurrir a la licitación, en todo caso, bajo el principio axial, afirmado en la resolución 277/2011, de que el requisito de legitimación del artículo 42 TRLCSP debe interpretarse a la luz de la doctrina sentada por los Tribunales, que, en relación con el concepto de interés legítimo, exige, para que pueda considerarse que el mismo concurre, 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)".

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, 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.

En consecuencia, siguiendo la doctrina de este Tribunal expuesta, por ejemplo, en la resolución 290/2011, cuando no existe un interés propio de la recurrente no puede entenderse que existe legitimación.

Sentadas estas premisas es necesario analizar si el acto recurrido daña de algún modo a la recurrente o si la estimación del recurso le puede proporcionar algún tipo de ventaja. Sin embargo, es oportuno acotar desde este momento que no estamos en presencia de cualquier tipo de ventaja, moral o hipotética, sino que tiene que tratarse de una ventaja específica derivada de la licitación. Esta ventaja puede consistir en la participación en la licitación o en otra diferente, pero tiene que estar concretada de manera precisa y debe constar a este Tribunal.

Es obvio que las entidades productoras de energía eléctrica a través del sistema fotovoltaico pueden tener un interés genérico en el sector y en las actuaciones de la Administración en este punto, pero también lo es que tal interés resulta difuso si no es concretado.

Para su concreción habitualmente se puede acudir a la exposición que el propio recurrente hace en su escrito, pero en este caso resulta que lo que objeta el recurrente es que no se haya publicado el anuncio de licitación, cuestión respecto de la cual ninguna ventaja generaría para la recurrente o para las entidades a las que representa. Y es que la publicación del anuncio podría tener una incidencia en la concurrencia. Pero resulta claro que las empresas que podrían concurrir al procedimiento de licitación no son empresas productoras de energía, sino empresas consultoras especializadas. Nuevamente en este punto el interés de la recurrente se muestra difuso y completamente carente de concreción.

En definitiva, parece claro que en este caso ni se alega ni se alude al beneficio o perjuicio a evitar para la recurrente. No se ha acreditado a este Tribunal que ninguna de las empresas cuyos intereses pudiese representar la entidad recurrente pueda ser perjudicada como licitadora potencial del contrato. Tampoco puede invocarse la existencia de un interés legítimo respecto de una cuestión que no ha sido planteada, como es la inadecuación del procedimiento de contratación, y mucho menos respecto de declaraciones genéricas como las que contiene el recurso que estamos analizando. La única razón que este Tribunal estima que se contiene en el recurso para atacar la actuación del órgano de contratación es la presunta incorrección del proceder del mismo, lo cual se puede perfectamente asimilar con el interés por la legalidad de la contratación pública y el respeto a los principios que la informan que, como hemos señalado, no es suficiente según nuestra jurisprudencia, para otorgar legitimación al recurrente.

A esta conclusión no obsta la doctrina sentada por las sentencias invocadas por la recurrente. En el primero de los casos descritos, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de Julio de 2.010 la discusión acerca de la legitimación se centra en la figura de un colegio profesional, no de una asociación. Y por otro lado en esa misma sentencia se diferencian dos tipos de supuestos:

- Los casos en que no se pretende recurrir actos o disposiciones referidos a los intereses o al estatuto de la profesión o de los colegiados, sino actos o disposiciones que simplemente pueden tener efectos en los sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran la corporación o sobre derechos e intereses de aquellas personas en beneficio de las cuales están llamados a ejercitar sus funciones profesionales.
- Los casos en que la actividad administrativa impugnada no resulta ajena al ámbito del ejercicio profesional y de los intereses de la profesión objeto del colegio y de sus colegiados, esto es, no se recurre una actividad que únicamente tiene efectos en sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran el colegio o sobre derechos o intereses de las personas en beneficio de las cuales se ejerce la profesión, sino que se trata de algo más específico, con efectos concretos sobre las entidades representadas.

Para los primeros casos el Tribunal Constitucional, con cita de las sentencias del TS de 6 de abril, 21 de junio y 29 de junio de 2004 considera que el colegio recurrente carece de legitimación. En los restantes sí la tendría.

Nuestro caso se inserta claramente entre los primeros. Se trata de la emisión de informes que se refieren al sector pero ni siquiera se puede saber todavía cómo influirán en él. No puede haber un beneficio o perjuicio concreto para el recurrente, quien no conoce todavía su contenido, no tratándose de actos administrativos ni siendo vinculantes en modo alguno. Además, como bien expone el órgano de contratación, el recurrente no nos identifica en modo alguno cuáles son sus fines, a diferencia de lo que ocurría en el caso resuelto por la sentencia que venimos comentando.

Y finalmente, cabe destacar que el TC manifiesta que *“que se procediese a la publicación de la convocatoria del concurso en los medios oficiales legalmente establecidos, puede subsumirse tanto en el ámbito de la representación y defensa del interés general o colectivo de la profesión misma, como en el ámbito de la defensa de los intereses de los profesionales colegiados, pues mediante la publicidad pretendida se perseguía en defensa de los intereses de la profesión la libre concurrencia en términos de igualdad en un proceso de licitación de indudable competencia de los arquitectos, a la vez que, en*

defensa de los intereses de sus colegiados, se quería que éstos a través de los medios legalmente establecidos pudieran tener conocimiento de la convocatoria llevada a cabo y evitar que vieran cercenadas sus posibilidades de participación como consecuencia de una indebida publicidad del concurso, lo que para ellos suponía una indudable y concreta ventaja o utilidad, estrechamente conectada con el fin del colegio de defender los intereses profesionales de sus colegiados.”

No estamos ante el mismo caso, pues no parece que las empresas de producción de energía fotovoltaica pudiesen haber concurrido a la licitación. Nada se ha afirmado ni acreditado a este respecto.

Lo mismo podemos predicar de las Sentencias del Tribunal Supremo invocadas por el recurrente, de 19 de noviembre de 1993 o de 8 de abril de 1994 en las que se trataba respectivamente de una persona responsable del pago de un tributo por fallecimiento de su progenitor y de un pacto voluntario de asunción de deuda, cuestiones cualitativamente muy diferentes de las que aquí nos atañen.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que la recurrente carece de legitimación para recurrir en el presente caso, lo que debe llevar a la inadmisión del presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, por los fundamentos de la presente resolución, el recurso interpuesto por D. M.A.M.A.P., actuando en calidad de Presidente de la Asociación Nacional de Productores de Energía Fotovoltaica (ANPIER) contra la licitación de contratos de asistencia técnica para la elaboración de estudios y análisis de estándares bajo distintas hipótesis y escenarios de las instalaciones de generación de electricidad en régimen especial por parte del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) (expediente nº12643.01.13).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación acordada por el Tribunal de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. 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.

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