

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. – 35 /2021

RESOLUCIÓN Nº.- 35 /2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

En Sevilla, a 10 de septiembre de 2021.

Visto el escrito presentado en nombre y representación de la mercantil BIOMASA DEL GUADALQUIVIR, S.A., mediante el que se interpone reclamación en materia de contratación contra el Anuncio de Licitación y los Pliegos relativos a la “**Contratación del servicio de gestión de los lodos procedentes de las Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales urbanas (EDAR) y de la Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) Carambolo de EMASESA**”, Expediente 185/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (en adelante EMASESA) este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de junio de 2021 se remite al DOUE anuncio de licitación del contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, descrito en el encabezamiento, con un valor estimado de 5.562.527,84 €, tramitándose mediante procedimiento abierto, con múltiples criterios de adjudicación.

La licitación se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, junto con los Pliegos y Anexos correspondientes, el día 25 de dicho mes, constando en el mismo, que el plazo de Presentación de Ofertas finalizaba el 22/07/2021.

El 16/07/2021, la hoy recurrente, BIOMASA del GUADALQUIVIR, S.A. realizó una consulta a través de la Plataforma de Contratación en la que se ponía de manifiesto la necesidad de que el contrato se dividiera en Lotes de “modo que se promueva y facilite el acceso a un mayor número de empresas.”

Con fecha 16 de julio, a través de su publicación en la Plataforma, se pone en conocimiento de los interesados que con tal fecha queda suspendido el procedimiento

de adjudicación del expediente 185/21, para llevar a cabo una modificación de los pliegos de la licitación consistente en el establecimiento de una división en lotes de la prestación, que, manteniendo el favorecimiento de la concurrencia, aporte garantías de su ejecución en relación a las obligaciones legales inherentes a las plantas de tratamiento y a los objetivos marcados por EMASESA de reducción de riesgos en el transporte, indicándose que el levantamiento de la suspensión se publicará igualmente en esta misma plataforma de contratación, con ampliación del plazo de presentación de ofertas.

Con fecha 26/07/2021, se publican en la Plataforma de Contratación dos Informes: el Informe técnico de división en lotes y el Informe de modificación de pliegos y levantamiento suspensión, justificando y motivando, técnica y jurídicamente, la procedencia de la modificación y el establecimiento de Lotes, destacando que “aún no se han presentado ofertas por parte de los licitadores, por lo que la suspensión del procedimiento para modificar los pliegos y la propia modificación no producirían efectos desfavorables para ningún licitador, ni se vulnerarían los principios de igualdad y concurrencia. Antes bien, se garantizaría una mejor configuración de la prestación y se facilitaría el cumplimiento de los requisitos previos por parte de los licitadores”, y defendiendo que “encontrándonos en la fase inicial de la licitación, la modificación se acordaría cuando aún se encuentra abierto el plazo inicial de presentación de ofertas. En esta tesitura, y por analogía con las situaciones resueltas por el TACRC, es fácil advertir que, en realidad, la apertura de un nuevo procedimiento de licitación al que se incorporase ya el nuevo texto de los pliegos no supondría diferencia sustancial respecto de la actual situación de publicación de un nuevo anuncio de licitación incorporando la modificación y con otorgamiento de un nuevo plazo completo de presentación de ofertas. No tratándose los errores advertidos de vicios de nulidad del pliego, sino de corregir la configuración actual del servicio para favorecer el cumplimiento de los criterios de selección previa de los adjudicatarios, y con ello favorecer la concurrencia, ofreciendo además una disminución del riesgo asociado al transporte de lodos por carretera, y teniendo presentes los razonamientos previamente expresados así como el principio generalmente aplicable de economía procedimental, carecería de sentido acordar una retroacción del procedimiento cuyo único efecto sería el de tener que volverse a publicar los pliegos con las modificaciones propuestas, pues el resultado sería el mismo que el que se logra suspendiendo momentáneamente el procedimiento, modificando los pliegos y otorgando nuevo plazo”, proponiendo así al Órgano de Contratación “la aprobación de la nueva versión de los pliegos del expediente 185/21, de Gestión de los lodos generados por EMASESA; su publicación, y la concesión de nuevo plazo de presentación de ofertas”.

En esa misma fecha, 26/07/2021, se publican en la Plataforma, la Rectificación del Anuncio de Licitación y los nuevos Pliegos, en los que el contrato se divide en Lotes, estableciéndose nuevo Plazo de Presentación de Ofertas, hasta el 27/08/2021. El día 26 de julio se remite al DOUE rectificación de Anuncio, siendo objeto de publicación con fecha 30 de dicho mes.

A la fecha de terminación del plazo de presentación de ofertas, consta la concurrencia de dos licitadores, no habiéndose presentado oferta por parte de la hoy recurrente.

SEGUNDO.- Con fecha 17 de julio, se comunica por el Registro General, la interposición de reclamación en materia de contratación, en nombre y representación de la mercantil BIOMASA DEL GUADALQUIVIR, S.L., manifestando “No estando conforme BIOMASA del

GUADALQUIVIR con el procedimiento seguido para la modificación de Pliegos y la publicación del nuevo ANUNCIO DE LICITACIÓN como RECTIFICACIÓN, por considerar tanto el propio ANUNCIO como todo el procedimiento contrario a derecho y lesivo de nuestros intereses”.

La documentación recibida en este Tribunal con fecha 7 de septiembre, se traslada ese mismo día, a la unidad tramitadora del expediente, solicitando la remisión del expediente e informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP. La documentación remitida por parte de la citada unidad, tiene entrada en este Tribunal el 8 de septiembre, oponiéndose a las alegaciones de la reclamante, defendiendo la inadmisión del recurso y manifestando el traslado de la reclamación a los interesados, a efectos de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, en primer término, el estudio y consideración de la acción ejercitada por el recurrente, habida cuenta de que nos encontramos ante un procedimiento de contratación tramitado por un poder adjudicador, no Administración Pública, como es EMASESA, que tiene la consideración de Entidad Contratante del Sector del Agua (Disposición Adicional 8ª LCSP 9/2017, Artículos 5 y 8 R.D. 3/2020).

En efecto, EMASESA, es una entidad sujeta en su contratación al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, conforme al cual (art. 5), EMASESA es una entidad contratante dedicada a una de las actividades reguladas en dicha ley (art. 8), estando el contrato igualmente sujeto a la misma al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral establecido en su art. 1, no encuadrándose entre las exclusiones previstas, lo que determina que el régimen de impugnación será el previsto en los art. 119 y siguientes de la misma, procediendo, en consecuencia, la reclamación prevista en el citado Real Decreto

En este sentido, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas dispone que el contrato se encuentra sujeto a en el RDL 3/2020, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado (Cláusula 3), determinándose en el Anexo I que la legislación aplicable es el Real Decreto-ley 3/2020, así como la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación del art. 119 RDL 3/2020.

SEGUNDO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 del RDL 3/2020, y los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012, Acuerdo de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y acuerdo de

la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

TERCERO.- En cuanto al plazo y lugar de interposición, habremos de estar a lo dispuesto en la LCSP, a cuyo régimen jurídico se remite expresamente al art. 121 del RDL 3/2020. Conforme al art. 51.3 de la LCSP:

“3. El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.”

Cumplíendose los requisitos de lugar y plazo, con carácter previo al examen del fondo de la reclamación planteada, hemos de analizar si la misma supera la barrera de la admisibilidad, por haber sido interpuesta por persona legitimada para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, habida cuenta de que la reclamación se ha interpuesto por una empresa que, si bien está interesada en la licitación, no obstante no ha tomado parte en ella, por tanto se trata de un tercero no licitador, lo que plantea el problema de su legitimación

Conforme al artículo 48 de la LCSP, *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*

El criterio del legislador tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio. En este sentido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado en sus sentencias el concepto de interés legítimo de manera amplia.

En relación con la concurrencia de “interés legítimo”, la jurisprudencia española exige 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. Ello implica que el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (Sentencia de Tribunal Constitucional 60/82, y 257/88, entre otras, y Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1997, de 11 de febrero de 2003 o Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008, entre otras). La Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2008, de 13 de octubre, recuerda que en la legitimación activa ante la jurisdicción contencioso administrativa, el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo

o negativo actual o futuro pero cierto, considerando incluso suficiente ser titular potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta.

En numerosas resoluciones, tanto este Tribunal (entre las más reciente, Resoluciones 21 y 22 de 2021), como otros Tribunales análogos (entre otras, Resoluciones Tribunal de Andalucía 82/2017, 331/2018, 337/2018, 342/2018, 185/2019, 317/2020419/2019, y las más recientes 129/2021 o 296/2021, Tribunal de Madrid, Resolución nº 172/2017, Tribunal Central de Recursos, TACRC, Resoluciones 1298/2020, 10/2020, 359/2019, 247/2019, 879/2018, 1177/2018, 1187/2018, 506/2017, 198/2017, 191/2017 y, entre otras, la 31/2015, confirmada por el TSJ de Murcia en Sentencia 270/2017) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato. En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella. En el caso de la impugnación de Anuncios, Pliegos y documentación contractual, la concurrencia del interés legítimo del no licitador, se vincula con el hecho de los mismos le ocasionen un perjuicio o le impidan concurrir en condiciones de igualdad, admitiéndose, así, la impugnación de los pliegos por parte de quienes que no hayan podido tomar parte en la licitación precisamente por el motivo en que fundamentan su recurso.

En efecto, 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)).”*

En su Sentencia de 5 junio 2013, Rec. 866/2011, el Tribunal Supremo, (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7), hace referencia a ese impedimento del que hablábamos, señalando que la jurisprudencia excepcionalmente ha aceptado la legitimación en materia de contratos de entidades públicas para personas o entidades que no participaron en la licitación, casos que están referidos a los *"Pliegos o Condiciones que, habiendo sido publicados en la correspondiente convocatoria como rectores de la contratación objeto de la misma, fueron los que impidieron a dichas personas o entidades participar en un plano de igualdad en la licitación"*.

En nuestra Resoluciones 21 y 22 de 2021, nos referíamos, citando al Tribunal Central, a los requisitos para que pueda apreciarse la existencia de interés legítimo y, en consecuencia, de legitimación activa, a saber:

"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 conexión 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 nuestra Resolución 26/2020 analizábamos la cuestión, trayendo a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional 348/2016, *«En relación con el concepto de interés legítimo sobre el que gravita el reconocimiento de legitimación existe una acabada jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso referida al alcance con el que cabe reconocerla a los sindicatos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Según esta jurisprudencia (por todas STS de 17 de mayo de 2005, rec. cas. 5111/2002, dictada precisamente en materia contractual), la legitimatio ad causam de la parte recurrente viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un*

derecho o interés legítimo 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. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva. No es suficiente, como regla general, que se obtenga una recompensa de orden moral o solidario, como puede ocurrir con la mera satisfacción del prestigio profesional o científico inherente a la resolución favorable al criterio mantenido o con el beneficio de carácter cívico o de otra índole que lleva aparejado el cumplimiento de la legalidad. Así, el Tribunal Supremo ha insistido en 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 1.990), 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"».

El Tribunal Supremo, como recordábamos en la citada Resolución 26/2020, también ha declarado reiteradamente, según se refiere en las Sentencias de 7 de Abril de 2005 (recurso 5572/2002) con cita de las Sentencias de 29 de Octubre de 1986 , 18 de Junio de 1997 y de 22 de Noviembre de 2001 (recurso 2134/1999), que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación "*ad procesum*" y la legitimación "*ad causam*". Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que "*es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos*".

Pero distinta de la anterior es la legitimación "*ad causam*" que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la Sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e "*implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito*".

La LCSP no confiere, en efecto, una acción popular en materia contractual, sino que, antes bien, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del recurrente, derechos o intereses legítimos que, tratándose de una licitación, no pueden identificarse con algo distinto que la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 – confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014- y 37/2015, entre otras). Este postulado es coherente con la definición de la legitimación en nuestro Ordenamiento, que la concibe como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de esta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-). Por ello, la regla es que únicamente los operadores

económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de diciembre de 2001 (Roj STS 10238/2001) afirmó:

"[...] la postura de la parte en cuestión no era la de un "francotirador" que interviene a destiempo en una contienda que no le ha afectado y a la que no ha atendido – supuestos a los que se refieren las sentencias de esta Sala que de contrario se citan, y tantas otras–, impugnando, por ejemplo, pliegos de un concurso en el que no ha participado, casos en el que carecería de legitimación activa, sino la de alguien que ha patentizado un interés en lo que pretende, lo que sí genera en su favor dicha legitimación que, por consiguiente, ha de ser aceptada por esta Sala."

En suma, y como recuerda la Sentencia de la misma Sala III del Alto Tribunal de 9 de marzo de 2006 (Roj STS 1616/2006): *"Es frecuente en los procedimientos selectivos o en concurrencia, ya sean oposiciones o concursos, ya concursos para la adjudicación de contratos, negar legitimación a quienes están fuera de la relación o no participan como aspirantes en los mismos, en este sentido las Sentencias de este Tribunal de 4 de junio de 2001, 15 de marzo o 20 de julio de 2005, porque para quienes se encuentran fuera de esta relación no existe en principio un perjuicio o beneficio de la anulación del acto administrativo."* Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el licitador impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, hipótesis abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005), conforme a la cual: *"Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a una determinada empresa, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad. Sin que a lo anterior obste el que la parte recurrente alegue que el interés ha de ser específico, actual, real y ni potencial o hipotético, pues ese es precisamente el interés que la parte recurrida aduce, y que no es otro, que el de participar en condiciones de igualdad con todos los posibles concursantes, y obviamente si así participa, tiene un interés concreto y real, como es, por un lado el participar en el concurso en condiciones de igualdad con las demás empresas, y por otro, tener derecho a obtener la adjudicación si reúne las condiciones exigidas y obtiene mejor puntuación que las demás empresas."*

Estos postulados están firmemente asentados en el Derecho Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, de 25 de febrero de 1992 requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles *"como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato"*, expresión esta que se refiere *"a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo"* (cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de septiembre de 2005 – asunto C-129/04-).

Sin embargo, y como acaece en nuestro Derecho interno, dicho principio admite excepciones, y así, la Sentencia del TJUE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló:

“27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.

28 No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate.”

Llegados a este punto, estamos en condiciones de abordar si, efectivamente, cabe reconocer a la mercantil BIOMASA un interés legítimo para impugnar el Pliego rector de una licitación en la que no consta haya tomado parte. A nuestro juicio, se impone una respuesta negativa, al no fundamentarse ni acreditarse los elementos fundamentales que le resultan perjudiciales, le impiden participar en la licitación y/o le sitúan en una posición desfavorable o de desventaja. Ciertamente, no se alega aquí el elemento perjudicial y discriminatorio de las condiciones de la licitación que impiden su participación en condiciones de igualdad, que es el supuesto paradigmático en el que se reconoce la legitimación para impugnar un pliego a quien no ha presentado oferta.

La recurrente fundamenta su legitimación “en la condición prevista en el art. 48 LCSP, ya que tiene interés directo en la Licitación como acredita el hecho de haber sido licitadora en las anteriores convocatorias para el mismo servicio (como así consta en los previos Recursos 6/2020 y 24/2021 tramitados ante este mismo Tribunal) y como acredita también el hecho de haber realizado la consulta que precisamente da pie a la decisión de EMASESA de la división en 3 lotes de la presente Licitación, manteniendo BIOMASA del GUADALQUIVIR su interés en presentar oferta, una vez se resuelva la presente reclamación”.

Como señala el órgano de Contratación en el informe remitido al Tribunal “en la reclamación no se identifica ningún tipo de perjuicio causado por las pretendidas irregularidades del procedimiento, como tampoco se manifiesta en qué manera la rectificación y publicación de los pliegos, y los actos de publicidad de los mismos han impedido a Biomasa del Guadalquivir presentarse a la licitación en condiciones de igualdad, máxime cuando precisamente dicha entidad solicitó, como así reconoce, una división en lotes del contrato”, defendiendo la falta de legitimación de la recurrente y trayendo a colación la Resolución del TACRC número 1298/2019, conforme a la cual:

“Así pues, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación resulta necesario que el recurrente haya participado en la licitación o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

La recurrente, cuyo objeto social comprende los servicios incluidos en el objeto del contrato, no ha presentado oferta en la licitación dentro del plazo establecido para ello, aduciendo que la duración

del contrato desincentiva su participación dado que no se rentabilizan las inversiones a realizar, sin desarrollar o justificar esta aseveración de modo alguno y sin alegar en qué medida las restantes infracciones imputadas a los pliegos le han supuesto un perjuicio que ha impedido su participación en la licitación”.

Como destaca el informe, “No puede admitirse la advocación de la entidad reclamante a que su legitimación (apartado 1.3 de la reclamación) proceda de su condición de licitador habitual, si posteriormente no ha presentado oferta”, considerando incluso que “La realidad, al interponer el recurso sin identificar perjuicio alguno para sí misma y pretender la adopción de una medida cautelar de suspensión, no es otra que alargar el contrato que, sobre el mismo objeto que la licitación, tiene en vigor con Emasesa (expediente 290/17, lote 2, estando en prórroga extraordinaria prevista en pliegos para garantizar el servicio hasta la adjudicación del nuevo contrato, según ampliación firmada el pasado 21/6/2021)”, llegando a solicitar la imposición de sanción por temeridad y mala fe.

El órgano de Contratación argumenta que “no basta denunciar sin más, como hace la reclamante, la existencia de algún vicio de invalidez que estime procedente cuestionar, sino que ese vicio ha de impedirle presentar oferta, y ese no es el caso de la presente reclamación”, destacando que “Por parte de la reclamante no se critica los motivos técnicos ni la decisión de división en lotes (faltaría más, pues le beneficia, habida cuenta de su patente incapacidad para resultar adjudicataria de la completa prestación, como quedó de manifiesto con su exclusión en el procedimiento anterior), sino que dicha división no se hiciera a través de la figura del desistimiento, entendiéndose que esta modificación excede los límites previstos en la legislación contractual y administrativa. Nuevamente ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la reclamante no formula proposición porque entiende que el proceso de corrección y publicación no es el adecuado, y no porque la forma en que dichos actos se produjeron o su contenido le cause un perjuicio”, defendiendo la justificación técnica y jurídica de la corrección practicada, trayendo a colación diversas Resoluciones que la amparan, y destacando que “en todo momento se ha actuado evitando cualquier tipo de perjuicio a los posibles licitadores, ya que:

- Se ha publicado la suspensión del procedimiento en la plataforma de contratación.
- Se han publicado los informes técnicos y jurídicos relativos a la corrección en la misma plataforma de contratación.
- Se ha reiniciado -y no reanudado- el plazo de presentación de ofertas, otorgando nuevamente 30 días naturales desde el envío a DOUE del anuncio rectificativo, fecha en que también se pusieron los nuevos pliegos y los informes justificativos a disposición de los interesados.
- No se ha alterado ni el precio, ni se han aumentado los requisitos de solvencia, ni las habilitaciones administrativas, ni los CPV, ni ninguna otra cuestión que pudiera determinar que alguna empresa interesada en la prestación inicial desistiera en su idea de presentarse una vez dividido el contrato en lotes. Es más, se ha reforzado la posibilidad de concurrencia de pequeñas y medianas empresas.
- Se ha rectificado el plazo de presentación de ofertas en el DOUE, manteniéndose en el anuncio el enlace a la plataforma de contratación en el que se publicaron los pliegos y los demás documentos preparatorios, de manera que, por mucho que la reclamante denuncie que no se rectificara la información relativa a lotes, toda la documentación necesaria para conocer el objeto, condiciones de acceso de los licitadores y plazos de presentación, estuvieron siempre disponibles para Biomasa (que acaso no ha presentado oferta porque no tiene interés en que se adjudique el contrato a un tercero) y para cualquier otro licitador, nacional o extranjero. “

Concluye, así el órgano de Contratación que “Habiendo permitido la corrección realizada la mayor concurrencia de empresas, habiéndose publicado y permitido el acceso a pliegos de todos los licitadores, habiéndose publicado los nuevos plazos y extendido éstos al total inicialmente previsto de 30 días naturales, y no existiendo prueba alguna ni siquiera indiciaria de la producción de perjuicios a la reclamante o a terceros, no cabe la estimación de la reclamación de Biomasa del

Guadalquivir, quien, por otro lado y como se ha expuesto, no es siquiera parte interesada en la licitación”.

En efecto, y en aplicación de la doctrina expuesta, considera este Tribunal, que en el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente no ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación, lo hace en condiciones gravosas o le impide concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, dificultando la libre competencia. Por tanto, ante la falta de desarrollo pormenorizado por la recurrente de los motivos que imposibilitaron la presentación de oferta, procede negarle legitimación para recurrir y, en consecuencia, inadmitir el recurso presentado, no procediendo, en consecuencia entrar a considerar el resto de las cuestiones planteadas por las partes.

Conforme a los preceptos legales de aplicación, y teniendo en cuenta cuanto antecede, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir, por falta de legitimación, la reclamación interpuesta por la mercantil BIOMASA DEL GUADALQUIVIR, S.A., contra el Anuncio de Licitación y los Pliegos relativos a la **“Contratación del servicio de gestión de los lodos procedentes de las Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales urbanas (EDAR) y de la Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) Carambolo de EMASESA”**, Expediente 185/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla.

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 TITULAR DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES