



Recurso nº 1208/2017

Resolución nº 12/2018

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

En Madrid a 9 de enero de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D.C.M.Q. y D.B.M.Q., en representación de la mercantil “LA QUINTAESENCIA DE LA COMUNICACIÓN, S.L.”, contra el acuerdo adoptado de fecha 31 de octubre de 2017 por el que se excluye a la mercantil recurrente del proceso de licitación del contrato de servicios para la realización de actividades de sensibilización y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales en seis Comunidades Autónomas, contando con la participación de interlocutores sociales, expediente 1098/2017; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo convocó por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, licitación para la adjudicación del contrato de servicios para la realización de actividades de sensibilización y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales en seis Comunidades Autónomas, contando con la participación de interlocutores sociales, con un valor estimado de 261.000 €; habiendo sido publicada la convocatoria en el Boletín Oficial del Estado de 24 de julio de 2017 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 5 de julio de 2017.

Segundo. La recurrente, “LA QUINTAESENCIA DE LA COMUNICACIÓN, S.L.” participó en el proceso de licitación y presentó la oferta más ventajosa conforme los criterios de adjudicación contenidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que han de regir la licitación, razón por la que el 27 de septiembre de 2017 fue requerida para que presentara la documentación a que se refiere la cláusula



2.4.1 del PCAP en sus diferentes apartados. Recibida en tiempo y forma la anterior documentación, se comprueba que son administradoras mancomunadas de la Sociedad dos administradoras, por lo que habiendo solo una de ellas suscrito la oferta económica presentada, se requirió subsanación por falta de poder suficiente a la empresa.

Tercero. “LA QUINTAESENCIA DE LA COMUNICACIÓN, S.L”, en atención al requerimiento recibido, presentó escritura pública otorgada el 18 de octubre de 2017 en la que la administradora que no suscribió la oferta económica ratifica la presentada por la otra administradora mancomunada. El órgano de contratación, a la vista de la anterior documentación, acuerda excluir a la mercantil recurrente del proceso de licitación por no haber acreditado que la firmante de la oferta económica tuviera poder suficiente al tiempo en que suscribió la oferta. A tales efectos considera que no puede tenerse por subsanado el defecto con la aportación de una escritura de fecha posterior a la suscripción de la oferta.

Cuarto. Frente al anterior acuerdo se interpone por la mercantil excluida el presente recurso. Considera que la falta de firma siempre es un defecto de naturaleza formal y subsanable conforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que cita en su recurso.

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó informe en el que solicita la desestimación del recurso. Considera que no se trata de una omisión de firma sino de falta de apoderamiento suficiente, siendo subsanable si se acredita que el representante que firmó la oferta tenía poder suficiente al momento de su suscripción –de modo que se subsane la falta de acreditación de poder suficiente- pero no permitiendo incorporar un nuevo apoderamiento de fecha posterior, en cuyo caso no se estaría limitando la subsanación a la acreditación del cumplimiento del requisito, sino que se estaría permitiendo su cumplimiento fuera de plazo.

Sexto. La Secretaría de este Tribunal dio traslado con fecha 12 de diciembre de 2017 del recurso interpuesto a las empresas licitadoras que habían presentado oferta para la adjudicación del contrato, sin que ninguna de ellas haya evacuado alegaciones en el trámite conferido.



Séptimo. Con fecha 19 de diciembre de 2017 este Tribunal adoptó Resolución por la que se concedió la medida cautelar solicitada por la recurrente de suspender el procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en los arts. 43 y 46 del TRLCSP, de forma que, según lo establecido en el art. 47.4 del texto citado, será esta resolución la que acuerde el levantamiento de la medida cautelar adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. En cuanto a la legitimación de la recurrente para interponer el presente recurso, dispone el artículo 42 del TRLCSP que: *“podrá interponer 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”*.

Habiendo interpuesto el recurso la mercantil que ha sido excluida en virtud del acuerdo recurrido, su legitimación es clara e indiscutible.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el artículo 44 TRLCSP, habiéndose cumplido el resto de formalidades exigidas para la válida interposición del recurso.

Cuarto. La determinación de si estamos ante un contrato susceptible de recurso especial exige un análisis más detenido.

El contrato que se examina es un contrato que tiene por objeto la prestación de un servicio para la realización de actividades de sensibilización y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, calificado en el CPV 79950000 (Servicios de organización de exposiciones, ferias y congresos) y 79952000 (Servicios de eventos), cuyo valor estimado es de 261.000 €. Luego, tanto por su objeto como por su importe, en



principio quedaría incluido en el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el TRLCSP en su art. 40.1 b).

Sin embargo, si se atiende a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, los servicios a que se refiere este contrato están incluidos en el nuevo Anexo XIV, siendo así que, conforme al artículo 4 d) de la citada Directiva, son contratos sujetos a regulación armonizada “los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios enumerados en el anexo XIV” cuyo valor estimado sea igual o superior a 750.000 euros.

En consecuencia, nos encontramos ante un contrato de servicios sociales que, por su importe, sería susceptible de recurso especial en materia de contratación según el TRLCSP, pero no con arreglo a la Directiva 2014/24/UE, cuyo plazo de transposición expiró el 18 de abril de 2016. Ello obliga a examinar el efecto directo que la nueva Directiva sobre contratación pública pueda tener en este caso.

La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA) a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas Directivas de Contratación Pública, de 15 de marzo de 2016, declara en su apartado 3.1.2.b), relativo al umbral de los contratos de servicios, lo siguiente:

“Debe reconocerse efecto directo a la distinción que hace la DN (Directiva Nueva) en su artículo 4, letras b), c) y d), entre: por una parte, los contratos públicos que tienen por objeto los denominados ‘servicios sociales y otros servicios específicos’ que son enumerados en su anexo XIV; y, por otra parte, aquellos contratos que tienen por objeto los demás servicios susceptibles de ser objeto de contrato de servicios sujeto a regulación armonizada (...).

Respecto de los contratos de servicios del anexo XIV DN el umbral es de 750.000 euros, de acuerdo con la letra d) del citado artículo 4 DN.

Respecto de los demás contratos de servicios el umbral es de 135.000 euros o 209.000 euros, según el caso, de acuerdo con las letras b) y c) del artículo 4 DN, respectivamente;



coincidiendo así con los umbrales actuales vigentes por aplicación del Reglamento 2015/2342”.

Y más adelante, en el apartado 3.2.5 de la citada Recomendación de la JCCA se declara lo siguiente:

“Debe reconocerse efecto directo al artículo 46 DC, el cual modifica la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y obras. La obligada aplicación de esta modificación supone, entre otros, los siguientes cambios respecto de lo establecido en el TRLCSP:

(...)

b) Por el mismo motivo (nueva delimitación de los contratos sujetos a regulación armonizada) queda ampliado el ámbito de actuación del recurso administrativo especial en materia de contratación del artículo 40 del TRLCSP a todos los contratos que merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada...”.

La delimitación de los contratos sujetos a regulación armonizada de la Directiva 2014/24/UE (norma sustantiva), se traslada al ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación, tal y como se desprende también del Documento sobre “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, aprobado el 1 de marzo de 2016 por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, en cuyo apartado IV se efectúan las siguientes consideraciones:

“La reforma de las Directivas europeas de contratación pública obliga a analizar igualmente la incidencia de las mismas sobre el recurso especial. Máxime, cuando la competencia objetiva para acudir a un órgano de recurso es una cuestión de orden público procesal, que aconseja un criterio claro y uniforme.

(...)



A) Adaptación del objeto del recurso especial al contenido de las nuevas Directivas de contratación pública.

La nueva regulación sobre contratación pública ha obligado a la adaptación de la normativa procesal contenida en la procesales Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras (en redacción dada por la Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007). No existe un cambio formal del contenido de esta Directiva de recursos, como bien se advierte en el considerando 122 de la Directiva 2014/24 al declarar que ‘Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva’. Únicamente se recogen modificaciones para adaptar el contenido de la Directiva de recursos a estas nuevas Directivas en artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23 de concesiones (...).

De la nueva redacción hay que resaltar el hecho de que el objeto del recurso debe coincidir plenamente con materias reguladas en las Directivas de contratación pública. Así se debe interpretar el inciso del referido precepto cuando dice ‘...cuando dichas decisiones hayan infringido el derecho de la Unión en materia de contratación pública...’, en tanto obliga a los Estados miembros a garantizar la posibilidad de recurrir cualquier infracción del Derecho de la Unión en materia contractual (lo que se refiere, fundamentalmente, a las Directivas de contratación pública).

De esto se desprende un hecho trascendente: el objeto del recurso depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que, si éstas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública. Y ello, aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva de recursos que es una norma de carácter adjetivo.”

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal ha de atender, a efectos de determinar su competencia objetiva (cuestión, como se ha indicado, de orden público), al contenido material de las Directivas de contratación pública vigentes, siendo así que la Directiva 2014/24/UE considera sujetos a regulación armonizada los contratos del Anexo XIV



(entre los que se incluyen los servicios de organización de exposiciones, ferias y congresos -CPV 79950000- y los servicios de eventos -CPV 79952100-) cuyo importe sea igual o superior a 750.000 euros.

Es importante destacar que la Directiva 2014/24/UE modifica el propio concepto de contrato de servicios sujetos a regulación armonizada del artículo 16.1 del TRLCSP (con arreglo al cual “están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II (...)” cuyo valor estimado sea igual o superior a los importes en dicho precepto indicados, de 135.000 euros o 209.000 euros, según el poder adjudicador de que se trate). En la nueva Directiva desaparece la distinción que recoge el TRLCSP entre los contratos armonizados de las categorías 1 a 16 del Anexo II, y los contratos no sujetos a regulación armonizada de las categorías 17 a 27 del referido Anexo II, pero susceptibles de recurso especial cuando su valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros (artículo 40.1.b) del TRLCSP). Como se indica en el apartado 3.1.2 de la Recomendación de la JCCA antes citada, *“como consecuencia del efecto directo del artículo 2.9 de la DN a partir del 18 de abril (de 2016) podrán ser objeto de estos contratos (de servicios) cualesquiera servicios (y no sólo los servicios de las categorías 1 a 16 del anexo II del TRLCSP como actualmente establece en su artículo 16.1) distintos de aquéllos susceptibles de ser objeto de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada y cuando no estén expresamente excluidos por la DN de su ámbito objetivo de aplicación en virtud de sus artículos 7 a 17”*.

De acuerdo con lo expuesto, el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación ha de coincidir plenamente con el contenido material de las Directivas de contratación pública. La delimitación de los contratos de servicios susceptibles de recurso especial recogida en el artículo 40.1.b) del TRLCSP debe entenderse superada desde el momento en que la Directiva 2014/24/UE no mantiene la distinción de servicios que recoge el artículo 16.1 del TRLCSP, basada en un Anexo II que desaparece en la nueva Directiva.

Cabe añadir que este Tribunal ya ha reconocido y aplicado en anteriores ocasiones el efecto directo de las nuevas Directivas de contratación pública para determinar el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación.



Así, en la resolución 738/2017, de 5 de septiembre, dictada en los recursos acumulados 712, 716, 718, 728, 731,732 y 764, y en la posterior resolución 775/2017, de 8 de septiembre, dictada en el recurso 638/2017, este Tribunal abordó la calificación jurídica de un contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera, y en dichas resoluciones se efectuaron las siguientes consideraciones:

“Sobre esta materia ha tenido particular incidencia el transcurso, el pasado 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien que, por diversas normas legales, se ha introducido parte del contenido de dichas Directivas en el TRLCSP. Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciado con posterioridad al 18 de abril de 2016 —entendiendo por tales conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1, del TRLCSP, sensu contrario, aquellos procedimientos abiertos en que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, con posterioridad a dicha fecha y, en el caso de procedimientos negociados, se hubieran aprobado los pliegos igualmente con posterioridad a dicha fecha—, están sujetos al efecto directo de la Directiva de concesión. A tal efecto ha de tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos:



- *La recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública, de 15 de marzo (R JCCA de 15 de marzo de 2016).*
- *Los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que estos acordaron el 1 de marzo de 2016.*

Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

Pues bien, la DC incluye entre la tipología de contratos armonizados, y por tanto bajo el efecto directo de la Directiva, quedando sujetos por ello a recurso especial en materia de contratación, los contratos de concesión como los define la DC en su artículo 5.1, que pueden ser de dos tipos, contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios, los cuales hasta que haya una norma interna de transposición se considerarán equivalentes, respectivamente, a los contratos que internamente, de acuerdo con el TRLCSP, se denominan contratos de concesión de obras públicas y contratos de gestión de servicios públicos.

Así los contratos de concesión de servicios —similares aunque no siempre idénticos a los denominados por el TRLCSP contratos de gestión de servicios públicos—, están sujetos a regulación armonizada cuando superen el umbral de aplicación que establece la DC, y puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC y, además, no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación.



La calificación de un contrato de concesión de servicios ha de ajustarse a la definición dada en el artículo 5.1 b) DC, que literalmente define el contrato de concesión de servicios como: 'un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable'.

(...)

Cuando no concurra el requisito de la transferencia del riesgo operacional a los efectos de las directivas comunitarias no estaremos ante un contrato de concesión servicios sujeto a la DC, sino ante un contrato de servicios".

Y entendió este Tribunal que "La conclusión sobre la normativa comunitaria e interna expuesta no puede ser otra que la inexistencia de competencia de este Tribunal para conocer de la legalidad de los pliegos impugnados, por encontrarnos ante unos pliegos de condiciones de un contrato de concesión de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la DC (artículo 10) con un régimen especial configurado en el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 1370/2007", y que "La competencia de este Tribunal para revisar las actuaciones administrativas en los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos ex artículo 40.2 del TRLCPS es improrrogable y dado que no nos hallamos ante



un contrato relacionado en el artículo 40.1 del TRLCPS y extramuros de la DC (artículo 10) hemos de declarar la inadmisión de los recursos especiales formalizados y acumulados en la presente Resolución”.

El efecto directo de las nuevas Directivas de contratación pública, a efectos de determinar el ámbito objetivo del recurso especial, también se abordó en la Resolución 852/2017, de 3 de octubre de 2017, dictada en el recurso 754, y relativa a la impugnación de la resolución de adjudicación de una concesión de abastecimiento y suministro de agua potable a poblaciones. En la misma se indicó lo siguiente:

“...este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto similar si bien se impugnaban los pliegos de cláusulas que regían el procedimiento. Así en la reciente resolución 645/2017, se establece que: ‘Como dice la Recomendación de la JCCA, de 15 de marzo de 2016, en su apartado 3.1.5, en relación con el efecto directo de las Directivas Comunitarias, los contratos de gestión de servicios públicos pueden caracterizarse como ‘sujetos a regulación armonizada’ cuando: i) superen el umbral de aplicación que establece la DC (5.225.000 €), ii) puedan tipificarse como tales y, además, iii) no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación. En el presente caso se cumplen las dos primeras características, pero no la tercera, puesto que el artículo 12 de la Directiva 2014/23/UE declara excluidas de su aplicación las concesiones adjudicadas para la explotación del agua potable, y la eliminación o tratamiento de las aguas residuales’.

Siendo que el contrato convocado por parte del Ayuntamiento de Corral de Almaguer es de concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable no cabe duda que la Directiva citada no es de aplicación, por lo que en este punto lo señalado por el recurrente no puede prosperar”.

En idéntico sentido debe citarse la Resolución 1056/2017 dictada en el recurso 997/2017 sobre un contrato de vigilancia de seguridad de un edificio.

En la medida en que el contrato objeto de los Pliegos recurridos se califica en el CPV 79950000 y 79952000, que están ambos incluidos en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE en la categoría “Servicios sociales y de salud y servicios conexos”, pero su



valor estimado no alcanza los 750.000 euros que el artículo 4.d) de dicha Directiva establece para poder considerarlo sujeto a regulación armonizada; el Tribunal, de conformidad con lo expuesto, ha de concluir que dicho contrato no es susceptible de recurso especial en materia de contratación, lo que determina la inadmisión del recurso.

No procede, por tanto, entrar en el fondo de la cuestión planteada.

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con el cual *“el error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede devolver el citado escrito al órgano de contratación para su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la Ley 39/2015 citada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D.C.M.Q. y D.B.M.Q., en representación de la mercantil “LA QUINTAESENCIA DE LA COMUNICACIÓN, S.L.”, contra el acuerdo adoptado de fecha 31 de octubre de 2017 por el que se excluye a la mercantil recurrente del proceso de licitación del contrato de servicios para la realización de actividades de sensibilización y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales en seis Comunidades Autónomas, contando con la participación de interlocutores sociales, expediente 1098/2017; al referirse a un contrato no incluido en el ámbito competencial de este recurso especial.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, según lo establecido en el artículo 47.4 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, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.