



Expediente nº 74/2019

Resolución nº 255/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 15 de marzo de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D. M.R.V., en nombre y representación de NEW MEDIA AUDIOVISUAL, S.L.U. contra el "*Acuerdo de adjudicación*" de la licitación convocada por la Agencia Estatal de Meteorología (en adelante AEMET) para contratar el "*servicio de difusión radiofónica y audiovisual de la información meteorológica a través de medios de comunicación*". Expediente: 201800005099", el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 1 de junio de 2018, se acordó el inicio del expediente de contratación para el contrato de servicios de difusión radiofónica y audiovisual de información meteorológica de AEMET. Por resolución del Presidente de la AEMET de fecha 16 de octubre de 2018, fue aprobado el gasto la contratación del referido servicio por el procedimiento abierto, con precio de licitación de 871.200,00 euros IVA incluido y por un periodo de 36 meses desde la formalización del contrato.

Segundo. Con fecha 19 de octubre de 2018, se publicó el anuncio en el DOUE y con fecha 22 de octubre de 2018 en el BOE

Tercero. El plazo para la presentación de las ofertas finalizó el día 22 de octubre de 2018, habiéndose presentado las siguientes empresas: LUANMA FILMS, S.L.U., METEOPLAY, S.L. y NEW MEDIA AUDIOVISUAL, S.L.U.



Cuarto. En la sesión celebrada el día 10 de diciembre de 2018, la mesa de contratación procedió a la elevar al órgano de contratación propuesta de exclusión a la empresa NEW MEDIA AUDIOVISUAL S.L.U. (ahora recurrente), al no haberse aceptado la justificación propuesta en relación a los valores anormalmente bajos en los que se encontraba incurso la oferta.

Quinto. En la mesa de día 17 de diciembre de 2018, se eleva propuesta al órgano de contratación a favor de la empresa METEOPLAY, SL, por un importe de 509.160,00 euros (IVA excluido). En fecha 8 de enero se propone la adjudicación a favor de la empresa METEOPLAY, SL (Documento 29 expediente) y se acuerda la adjudicación del contrato por el órgano de contratación.

Sexto. En fecha 15 de enero de 2019, la recurrente, disconforme con el clausulado de los pliegos de interponer recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal.

Séptimo. El órgano de contratación emitió informe al recurso, de fecha 17 de enero de 2019.

Octavo. En fecha 22 de enero de 2019 la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 24 de enero de 2019 se presentan alegaciones por la entidad METEOPLAY, S.L.

Noveno. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de éste dictó resolución de 18 de enero de 2019 acordando la concesión de la medida provisional consistente en mantener la suspensión automática del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).



Segundo. Se han cumplido las prescripciones de plazo, lugar y forma de presentación del recurso especial previstas en el artículo 50 de la LCSP.

Tercero. Constituye el objeto del presente recurso especial el acuerdo de la Presidencia de la AEMET, de fecha 8 de enero de 2019, por el que se acuerda la adjudicación del contrato de servicios de difusión radiofónica y audiovisual de la información Metrológica a través de medios de comunicación, a favor METEOPLAY, S.L.

Cuarto. En cuanto al fondo del recurso, alega el recurrente su disconformidad con el acuerdo de adjudicación, solicitando se declare la nulidad de la adjudicación por no ser ajustada a Derecho. Alega, en síntesis, como único motivo, que los pliegos no prevén la subrogación del personal por parte del nuevo adjudicatario, en contra de lo previsto en el convenio colectivo de la industria de producción audiovisual y en función del objeto del contrato.

Quinto. Planteada en estos términos la cuestión litigiosa, la resolución del recurso pasa por determinar si la impugnación de los pliegos puede o no realizarse con ocasión del recurso frente al acuerdo de adjudicación, cuando la cláusula controvertida no hubiera sido impugnada con anterioridad, examen que necesariamente nos ha de llevar a declarar la inadmisión del recurso interpuesto por las siguientes razones.

Sexto. En primer lugar, procede la inadmisión del recurso, toda vez que la mercantil recurrente carece de legitimación activa para interponer el presente recurso, de acuerdo con lo establecido en el art. 48 LCSP.

Este precepto ha sido tratado por este Tribunal en multitud de ocasiones. Así, por ejemplo, en la Resolución no 907/2015, de 5 de octubre y en muchas otras, fijando 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)."*

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, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad.

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 la mercantil recurrente ha quedado excluida en el procedimiento de licitación cuya adjudicación se recurre en este recurso – exclusión cuya conformidad a Derecho no se discute (Documento 24 expediente) - siendo así que eventual estimación de este recurso no le convertiría en adjudicataria del contrato, habida cuenta de que aun quedando desierta la licitación, la posibilidad de que el contrato vuelva a licitarse no puede ser considerada como un beneficio que repercuta de forma real y actual en su esfera jurídica, toda vez que no puede llegar a saberse con certeza si se volvería a licitar el contrato.

Séptimo. En segundo lugar, ha lugar a la inadmisión del recurso por haberse presentado el mismo de forma extemporánea.

El análisis de esta segunda cuestión debe partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que *"los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación"* (Resolución 241/2012, de 31 de octubre)

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieran firmeza. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 y otras resoluciones de este Tribunal: 178/2013, 17/2013, 45/2013 y más recientemente la Resolución 613/2018 al señalar que *"el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo ,especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía"*.



Octavo. El art.50 LCSP contempla la posibilidad de impugnar los pliegos, de forma excepcional, al disponer que *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”*.

La posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como es el acto de adjudicación) atiende ante todo a circunstancias objetivas, como son las vinculadas al examen de la concurrencia de vicios de nulidad de pleno Derecho. Ello no obstante, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a los propios actos (*venire contra factum proprium non valet*) y, en última instancia, en la buena fe.

En este sentido se han pronunciado entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2015, rec. 301/2014, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de noviembre de 2016, rec. 4274/2015, concluye que *“La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora... S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial.*

Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que URBASER, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al resultar excluida y para optar de nuevo a la adjudicación, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido –esto es, el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico.”

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso



634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar *“a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”*.

(...) *En nuestro caso, si lo denunciado es la presuntamente defectuosa calificación del contrato -que en opinión de la recurrente debería haber dado lugar a mayor publicidad conforme al TRLCSP-, lo cierto es que tal pretendido defecto no ha perjudicado en ningún momento a la propia recurrente –pues obviamente **conoció la existencia de la licitación**, ya que concurrió a ella-; y, en todo caso, **no necesitaba esperar a la adjudicación** para constatar su existencia o conocer su alcance. Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, **es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria, y solo al no haber resultado así, pide su anulación; lo cual es flagrantemente contrario al “venire contra factum proprium” y al principio de buena fe”**.*

Noveno. Si proyectamos la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, nos encontramos con que la mercantil ahora recurrente desde un primer momento necesariamente advirtió que los pliegos no recogían la previsión de subrogación obligatoria conforme a lo establecido en el art. 35 del Convenio Colectivo de la industria de producción audiovisual, consintiendo el pliego mediante la propia participación confiando en resultar adjudicataria, y, sin embargo, no es sino después de resultar excluida cuando decide impugnar los pliegos por considerarlos contrarios al ordenamiento jurídico.

Si la mercantil ahora recurrente entendía que el clausulado de los pliegos no era conforme a derecho, por infringir lo dispuesto en el artículo 35 del Convenio debió impugnarlos en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hubieran sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 50 LCSP.

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. M.R.V., en nombre y representación de NEW MEDIA AUDIOVISUAL S.L.U. contra el *“Acuerdo de adjudicación”* de la licitación convocada por la AEMET para contratar el *“servicio de difusión radiofónica y audiovisual de la información meteorológica a través de medios de comunicación. Expediente: 201800005099”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

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.