



Recurso nº 130/2019 C. Valenciana 25/2019

Resolución nº 228/2019

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

En Madrid, a 8 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. B. S. en nombre y representación de PLUS CONSULTORES DE SEGUROS contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la licitación del *“contrato de las pólizas de seguro colectivo de vida y accidentes de los empleados públicos del Ayuntamiento de Alzira”*, expediente de contratación 6872/2018; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Alzira (Valencia) acordó en virtud de Decreto 149/2019, de 16 de enero de 2019, iniciar el expediente de *“contratación de las pólizas de seguro colectivo de vida y accidentes de los empleados públicos del Ayuntamiento de Alzira”*, por tramitación ordinaria y procedimiento abierto, con número de expediente 6872/2018. El valor estimado del contrato se fijó en 140.000 €.

Segundo. El acuerdo de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 17 de enero de 2019. Consta en el expediente que en el anuncio de licitación se fijó como último día de plazo para la presentación de ofertas el 1 de febrero de 2019 a las 10,00 horas, constando asimismo certificado del órgano de contratación emitido el 5 de febrero en el que se hace constar que tan solo una empresa ha presentado oferta a la licitación, Vida Caixa S.A. de Seguros y Reaseguros.

Tercero. La mercantil recurrente interpone el presente recurso especial en materia de contratación por considerar que el apartado 2.1 de la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas



Administrativas Particulares (PCAP) que ha de regir la licitación es discriminatoria por cuanto establece como criterio de adjudicación la aportación de un mediador de seguros con oficina en Alzira, de modo que introduce en un criterio de valoración el denominado principio de arraigo territorial vedado por la normativa europea por ser discriminatorio. En concreto, dispone la citada cláusula del PCAP lo siguiente:

“Criterios subjetivos, cuya cuantificación depende de un juicio de valor, hasta un máximo de 15 puntos.

2.1. Aportación de un Mediador de seguros con oficina en Alzira: Se puntuará hasta un máximo de 15 puntos en función de su capacidad de servicio”.

Considera la mercantil recurrente que este criterio de adjudicación resulta discriminatorio y está absolutamente injustificado, máxime en el momento actual en que las notificaciones y comunicaciones se hacen mayoritariamente por medios electrónicos.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC). En él, el órgano de contratación se opone al recurso considerando que el arraigo territorial solo ha sido objeto de censura cuando es utilizado como criterio de solvencia, no en el supuesto, como el que es objeto de esta Resolución, en que no se exige para licitar tener abierto un establecimiento en Alzira, sino únicamente se valora como criterio de adjudicación -para aquéllos que voluntariamente así lo consideren- aportar un mediador con oficina en dicha localidad. A ello añade que además el establecimiento abierto en Alzira tampoco se exige al licitador, sino al mediador de seguros, de modo que la opción de cumplir este criterio de adjudicación está al alcance de todos los licitadores siempre que decidan aportar un mediador que cumpla con esta exigencia.

Quinto. La Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a la única licitadora que ha participado en el procedimiento de licitación, Vida Caixa S.A. de Seguros y Reaseguros, que ha evacuado el trámite conferido y ha presentado alegaciones al



recurso. Alega esta empresa que el criterio de valoración subjetivo es proporcionado y está justificado en una mejor prestación del servicio, pudiendo incardinarse en el art. 79 de la LCSP. Argumenta además que las cláusulas que utilizan criterios de arraigo territorial no pueden considerarse automáticamente discriminatorias, como lo hace la recurrente, debiendo ser objeto de un examen casuístico, como lo demuestra el hecho de que existen varias Resoluciones de este Tribunal que han considerado válidas criterios de valoración relativos al compromiso de puesta a disposición de locales o medios en un territorio determinado, citando la Resolución 765/2018, de 7 de septiembre, de este Tribunal a título ejemplificativo. Solicita, por todo ello, la íntegra desestimación del recurso interpuesto.

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 46 de la LCSP, art. 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013, publicado en el BOE nº 92 de 17 de abril de 2013.

Segundo. El recurso se interpone contra los Pliegos que han de regir la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado se ha fijado en 140.000 €

Dispone el apartado 2 del citado artículo 44 de la LCSP lo siguiente: *“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”*. Por tanto, el recurso se interpone de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 a) frente a un acto susceptible de dicho recurso, estando el contrato de servicios a que se refiere incluido entre los previstos en el art. 44.1 a) de la LCSP, al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los cien mil euros.



Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, habiéndose cumplido con el resto de formalidades a que se refiere el art. 51 de la LCSP.

Cuarto. En cuanto a la legitimación para recurrir, este requisito debe ser objeto de especial consideración habida cuenta que la mercantil recurrente no ha presentado ninguna proposición en el procedimiento de licitación a que se refieren los Pliegos impugnados.

El artículo 48 de la LCSP establece que: *“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.”*

La Resolución de este Tribunal 235/2018, de 12 de marzo, sintetizó la doctrina en orden a la legitimación para recurrir que, si bien se hizo bajo la vigencia del derogado TRLCSP, sigue siendo aplicable tras la entrada en vigor de la nueva LCSP, sintetizando dicha doctrina como sigue:

«B) Ciertamente, el TRLCSP no confiere 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 (cfr.: artículo 42 TRLCSP), 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». Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario 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), en la que se lee: «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 unas determinadas empresas, 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».

En aplicación de un criterio amplio en materia de legitimación, incluso la misma Sala III del Tribunal Supremo ha llegado a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo



de procedimiento elegido, y así, en sentencia de 29 de junio de 2006 (Roj STS 4550/2006), afirmó:

«Entiende la Sección que, a más de que la alegación del recurrente sea cierta, no debe mantenerse en términos tan estrictos la falta de legitimación por inexistencia de interés personal. Según se desprende de los autos el demandante es militar de profesión, y por tanto podría eventualmente optar a la adjudicación de una vivienda militar, no siéndole indiferente cual sea el procedimiento de adjudicación por concurso o por subasta. Por ello, aunque no exista un interés personal presente y real no puede descartarse la posibilidad de que el actor tuviera interés en optar a la adjudicación de viviendas, por ejemplo si se hubiera convocado en otras condiciones».

Consideraciones que, aún relativas a la adjudicación de una vivienda sometida a la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, son extrapolables “mutatis mutandis” a un procedimiento de licitación de contratos públicos.

Estos postulados están asimismo firmemente asentados en el Derecho Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE 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 ésta 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 TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C 230/02), señala:

“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”.

Descritos tales antecedentes, debe analizarse si en el caso objeto de este recurso especial puede afirmarse la legitimación de la recurrente que, como ha quedado expuesto en los hechos de esta Resolución, no ha presentado oferta para participar en la licitación a que se refieren los Pliegos recurridos. PLUS CONSULTORES DE SEGUROS fundamenta el recurso en la existencia de un criterio de valoración subjetivo incluido en los Pliegos que incorpora una condición de arraigo territorial y, que, por tanto, califica la recurrente de discriminatorio. Dicho criterio es el incorporado en el apartado 2.1 de la cláusula 15 de los PCAP –transcrito más arriba- consistente en la aportación de un mediador de seguros con sede en la localidad de Alzira, a valorar con un máximo de 15 puntos en función de su capacidad de servicio.

Pues bien, es innegable que el alegado carácter discriminatorio del criterio de valoración cuestionado no impide a la recurrente participar en la licitación. De acuerdo con la doctrina transcrita, no habiendo el recurrente presentado oferta para participar en el proceso de contratación objeto de los pliegos recurridos, su legitimación solo puede ser reconocida si existiera en los pliegos reguladores del contrato alguna situación de discriminación que impidiera al recurrente participar en el procedimiento o participar en condiciones de igualdad, de modo que el fin del recurso fuera remover tales obstáculos a fin de poder participar efectivamente o participar igualitariamente.



Sin embargo, en ninguno de los argumentos anteriores se justifica que los pliegos entrañen ninguna discriminación concreta respecto al recurrente. Ninguna duda cabe de que desde la subjetividad del recurrente la estimación de su recurso mejoraría posiblemente su percepción de los criterios de valoración a ponderar en el proceso de licitación; sin embargo, su situación objetiva respecto a su capacidad para participar en la licitación sería idéntica fuera o no estimado el recurso, con independencia de que le fuera menos costoso cumplir con uno de los criterios de valoración de las ofertas a ponderar subjetivamente, cuestión que ni siquiera indirectamente puede afectar de algún modo a los derechos e intereses de la mercantil recurrente en la situación actual, al no haber presentado oferta en la concreta licitación a que se refiere, de modo que la alegación de discriminación realmente solo puede ser invocada por PLUS CONSULTORES DE SEGUROS desde una concepción genérica de defensa de la legalidad.

En idéntico sentido, ante un supuesto similar, se ha pronunciado la reciente Resolución de este Tribunal 862/2018, de 1 de octubre.

Procede, por tanto, en aplicación de la doctrina expuesta, declarar que PLUS CONSULTORES DE SEGUROS carece de legitimación para recurrir los Pliegos objeto de este procedimiento.

En consecuencia, el recurso ha de ser inadmitido.

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. B. S. en nombre y representación de PLUS CONSULTORES DE SEGUROS contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la licitación del contrato de las pólizas de seguro colectivo de vida y accidentes de los empleados públicos del Ayuntamiento de Alzira, al haberse interpuesto por empresa que carece de legitimación.



Segundo. 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.