



Recurso nº 511/2019 C. Valenciana 99/2019

Resolución nº 641 /2019

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

En Madrid, a 13 de junio 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. G. R. en representación de VARESER 96, S.L., contra los “pliegos” del procedimiento “*Servicio de limpieza viaria y recogida selectiva residuos urbanos*” expediente 22/2019, convocado por el Ayuntamiento de Massanassa, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 20 de marzo de 2019 se dicta por el órgano de contratación acuerdo de inicio del procedimiento para la licitación del contrato de servicio de limpieza viaria y recogida selectiva residuos urbanos, expediente 22/2019, sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 3.008.078’50 euros, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

Segundo. Tras acordar el órgano de contratación el 25 de abril de 2019 la modificación de los Pliegos que rigen el contrato, se vuelven a publicar aquéllos en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 26 de abril del mismo año, finalizando el plazo para presentar ofertas el 03 de mayo de 2019 a las 14:30 horas. No consta que la recurrente presentara propuesta en el procedimiento de licitación que analizamos tal y como se aprecia en la Certificación remitida por el órgano de contratación a este Tribunal.

Tercero. Con fecha de 26 de abril de 2019 se interpone recurso especial en materia de contratación por la entidad VARESER 96, SL contra los pliegos y documentos contractuales de esta licitación con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) En primer lugar, entiende la recurrente que el precio de licitación no se ajusta a un precio de mercado, al ser superior al precio determinado como “valor estimado” del contrato. Esta impugnación se basa en la imposibilidad de verificar este extremo, ya que, según aquélla, los Pliegos no incluyen desglose de costes, ni directos, ni indirectos, ni de

la ejecución material de otros servicios, ni de los gastos generales de estructura, ni del beneficio industrial, conforme a lo establecido en el artículo 100.2 y en el 101.2 de la LCSP.

b) En segundo lugar, considera que el órgano contratante incluye erróneamente un criterio de solvencia como un criterio de adjudicación dependiente de juicios de valor. En particular, se refiere al Punto 4.10.1. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación, relativo al “Sistema de Gestión inteligente” valorado con 4,50 puntos, lo que considera un criterio de solvencia a la vista de lo señalado el Anexo 12.16. del Pliego de Prescripciones Técnicas, y en particular, de lo dispuesto en el Punto 16.3.5. que establece que *“La empresa adjudicataria deberá certificar en la documentación aportada al menos 3 integraciones del Software de Gestión que presente al concurso que hayan sido realizadas con sistemas de información externos”*, lo que según la recurrente corresponde más a un criterio de solvencia que a un criterio sometido a un juicio de valor.

c) Por tales motivos, la recurrente solicita se proceda a una nueva licitación con unos Pliegos que recojan un desglose adecuado de los costes del Servicio, y en los que desaparezca el criterio de solvencia que obliga a *“aportar al menos 3 integraciones del Software de Gestión que se presente al concurso que hayan sido realizadas con sistemas de información externos”*.

Cuarto. Consta informe del Órgano de Contratación oponiéndose a la estimación de este recurso con base, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) En cuanto al primero de los motivos, señala que en el expediente figura el correspondiente estudio económico, en el que se cuantifican los costes de todos los conceptos exigidos en el Pliego.

b) En lo relativo al segundo motivo de impugnación, se expone en el informe remitido a este Tribunal que lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas es independiente al criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor y al que se refiere la empresa recurrente. Añade el informe que la recurrente envió email al técnico municipal el 23 de abril, formulando la siguiente pregunta:

“Adjunto recorte del sistema de gestión. Habla de que es la empresa adjudicataria la que debe certificar que lo tiene integrado.

La empresa adjudicataria deberá certificar en la documentación aportada al menos 3 integraciones del Software de Gestión que presente al concurso que hayan sido realizadas con sistemas de información externos.”

A lo que el órgano de contratación responde en los siguientes términos:

“Lo que dice este párrafo es que el Software de Gestión que subcontrate la empresa licitadora para cumplir este contrato, no debe tener vinculación con el aspirante (es externo a su empresa), y que esa empresa informática posee experiencia en la implantación de este tipo de servicios, acreditándose (este es el certificado que aporta el licitador en su plica) que ha realizado tres o más implantaciones en contratos de similares características al que se está licitando”.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de éste dictó resolución de fecha de 14 de mayo de 2019 acordando la concesión de la medida provisional de suspensión 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. Competencia del Tribunal.

Este Tribunal es competente para resolver el recurso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y en virtud del Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE 17 de abril de 2013).

Segundo. Acto recurrible.

El recurso se formula contra a un acto dictado en un procedimiento de licitación susceptible de este recurso especial, y frente a un contrato recurrible, pues se interpone respecto de los pliegos en que se establecen las condiciones que deben regir la contratación (art. 44.2

a) LCSP), y en relación con un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros (art. 44.1 a) LCSP).

Tercero. Plazo de interposición del recurso.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Cuarto. Legitimación.

En este punto, debemos analizar la cuestión de la legitimación de la recurrente para impugnar los Pliegos, al tratarse de un requisito de orden público de cuya concurrencia depende la admisión a trámite de la reclamación.

El artículo 48 de la LCSP dispone que: *"podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso"*. Por su parte, el artículo 50 1. b) señala 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"*.

En relación a la legitimación para recurrir los pliegos de una licitación, este Tribunal ha señalado de forma reiterada la necesidad de 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 especial 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.

Así, en la Resolución nº 325/2019, haciendo mención, a su vez, a la Resolución 862/2018 de 1 de octubre afirmamos que:

"La Resolución 235/2018, de 12 de marzo, en orden a la legitimación para recurrir, en el derogado TRLCSP, sintetizó la doctrina que sigue siendo aplicable tras la entrada en vigor de la nueva LCSP, así: «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 2315/2014y 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».

Con mucha generosidad, incluso, la misma Sala III 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.

C) Estos postulados están 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 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 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».

En el presente caso, el recurrente se limita a impugnar el precio del contrato alegando la falta de desglose de costes directos, indirectos y otros gastos del presupuesto, sin afirmar siquiera mínimamente su insuficiencia. También alega la incorrecta inclusión de un criterio de solvencia como criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor. Este Tribunal considera que estas supuestas deficiencias de los pliegos no le impedían presentar oferta, por lo que se le niega legitimación para recurrir.

En cualquier caso, y aun en el supuesto de reconocerle legitimación a la recurrente, no permitiría estimar las pretensiones de la misma. En cuanto a la determinación del precio, tal y como afirmamos en la Resolución 300/2019, la determinación del precio del contrato continúa teniendo, bajo la vigencia de la nueva normativa que rige los contratos del sector público, la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica, si bien debe reconocerse el mayor protagonismo conferido a los convenios colectivos a la luz de la redacción de los artículos 100.2 y 102. 3 LCSP. En este caso,

consta en el expediente administrativo Informe de los servicios técnicos municipales (documento 23 del expediente de contratación) en el que se desglosan los costes estimados en el contrato de los servicios de limpieza viaria y recogida selectiva. Pero es que además consta “ESTUDIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE LIMPIEZA VIARIA Y RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS” en el que se realiza un estudio detallado de los criterios tenidos en cuenta para determinar el precio, y entre ellos, *“los costes laborales de la plantilla de Massanassa y los costes de operación actuales, y características técnicas de maquinaria, de contenedores y sistema de gestión de flotas a varias empresas”*. En base a ello, ha de entenderse que constan en documentos reguladores de la licitación los costes y gastos eventuales para la determinación del precio conforme lo establecido en el art. 100.2 y 100.3 de la LCSP.

Por lo que se refiere al segundo motivo de impugnación, no procedería estimar su pretensión por cuanto el criterio de adjudicación dependiente de juicio de valor contenido en el punto 4.10.1. del PCAP, y en particular en lo referido al “Sistema de gestión inteligente” cumple los requisitos exigidos en el artículo 145 de la LCSP, siendo el mismo valorado conforme a los “PARÁMETROS DE PUNTUACIÓN” contenidos en el mismo Pliego, sin que sea incongruente con el PPT tal y como señala el órgano contratante.

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 presentado por D. J. G. R. en representación de VARESER 96, S.L., contra los “pliegos” del procedimiento “Servicio de limpieza viaria y recogida selectiva residuos urbanos” expediente 22/2019, convocado por el Ayuntamiento de Massanassa.

Segundo. Levantar la suspensión acordada por este Tribunal, de conformidad con el art. 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de la Comunidad Valenciana, 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.