



**Recurso nº 536/2019 C. Valenciana 106/2019**

**Resolución nº 686/2019**

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

En Madrid, a 20 de junio de 2019.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.P.S. en representación de la mercantil CULTURAL ACTEX, S.L. contra los pliegos que regulan la *“Contratación, mediante procedimiento abierto y por vía de urgencia, de la campaña de animación de verano”*, que comprende los proyectos "Temps d'Esplai y Ven al Pinar" y "Ocio Educación Especial" y el "Servicio de atención de las necesidades básicas de alimentación" aprobados por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana (expediente 201/07-50411/2018) este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Ayuntamiento de Castellón de la Plana, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 7 de marzo de 2019, aprobó el expediente de contratación, que comprende el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el de prescripciones técnicas (en lo sucesivo, PPT) que debían regir la contratación, mediante procedimiento abierto y vía de urgencia, del contrato de servicios de la campaña de animación del verano de dicho Ayuntamiento. Obra en dicho expediente Estudio Económico, de fecha 21 de febrero de 2019, en el que se unifica los dos estudios económicos realizados en el marco de la asistencia técnica contratada por el consistorio.

El contrato comprende tres lotes: Lote I ("Temps d'Esplai y Ven al Pinar"), al que concurren 5 licitadores, Lote II ("Ocio Educación Especial"), al que concurren 3 licitadores y Lote III ("Servicio de atención de las necesidades básicas de alimentación") al que concurre 1 licitador.

**Segundo.** Publicado el 8 de marzo de 2019 el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PLACS), se abrió el plazo de presentación de



proposiciones de 15 días naturales, finalizando dicho plazo el 22 de marzo de 2019. Durante el mismo se advirtió la existencia de un error aritmético en el Lote III, que afecta a la cláusula IV. B del PPT y al punto 2.B) del Estudio Económico de dicha contratación.

Por otro lado, en fecha 18 de marzo de 2019, la mercantil CULTURAL ACTEX, S.L. (en adelante “CULTURAL ACTEX” o “la recurrente”) remitió escrito a la Mesa en el que señaló una serie de vicios en el PCAP (desglose de costes y gastos), y apuntó que la ausencia de estudio económico impedía valorar los gastos generales implícitos al servicio, y que no se había tenido en cuenta el beneficio industrial, solicitando la suspensión de la misma y la modificación de las cláusulas del citado pliego. En el ínterin, se presenta oferta por algunas empresas.

En vista de tales consideraciones, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 22 de marzo de 2019 se acordó suspender la licitación, delegar en la Concejal Delegada de Gestión Municipal la competencia para aprobar la rectificación de los documentos reguladores de la contratación, y posibilitar a las empresas que hubieran presentado ofertas durante el plazo de presentación de proposiciones para que pudieran optar por mantener la oferta ya presentada o presentar otra en el nuevo plazo de presentación de ofertas a aperturar tras la rectificación de los citados documentos.

**Tercero.** En fecha 11 de abril de 2019, mediante Decreto de la Concejal Delegada de Gestión Municipal se resolvió rectificar la documentación reguladora del expediente de contratación, aprobar e incorporar los nuevos documentos al mismo, iniciar de nuevo el procedimiento de adjudicación y proceder a la apertura de un nuevo plazo de presentación de proposiciones de 15 días naturales a contar desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil de contratante de la PLACS.

En la misma fecha se publicó en la PLACS una rectificación del anuncio existente junto al Decreto mencionado en el apartado anterior, el PCAP, el PPT y el Estudio Económico, siendo los tres últimos documentos mencionados de fecha 3 de abril. De conformidad con el referido Decreto, el nuevo plazo para la presentación de ofertas finalizó el 26 de abril de 2019.

Con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas, en fecha 25 de abril de 2019 CULTURAL ACTEX, S.L. presenta escrito en el que manifiesta que se han detectado



errores en el Estudio Económico y en los criterios relacionados con la calidad establecidos para la adjudicación del Lote I “Temps d'Esplai y Ven al Pinar” del contrato. A pesar de que no se le otorga el nomen iuris de recurso especial en materia de contratación, en aplicación lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas, en virtud del cual el error o la ausencia de calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, la Mesa le da dicha tramitación. En concreto, la mercantil recurrente invoca en su escrito brevemente los siguientes errores: por una parte, en cuanto al Estudio Económico:

- 1) Error en la determinación del precio/hora de los auxiliares de servicio al estar el mismo por debajo del Salario Mínimo Interprofesional.
- 2) Error en el número de horas diarias incluidas en el Estudio Económico de costes a realizar por los auxiliares, que debería pasar de 2 horas a 4 horas/día.
- 3) Error en la categoría profesional en la que se ha encuadrado a los monitores/as con experiencia en el ámbito de la atención a niños y niñas con necesidades educativas especiales.
- 4) No previsión en el Estudio Económico de partida que cuantifique el coste del absentismo laboral.
- 5) No inclusión en el Estudio Económico de partida que cuantifique el coste laboral de 2020, con una subida según el convenio colectivo del 0,5%.
- 6) Incorrecta cuantificación de los costes en prevención de riesgos laborales.
- 7) Escasa cuantía de la partida destinada a la compra de material fungible.

Por otra, respecto a los criterios relacionados con la calidad (Lote I), CULTURAL ACTEX, S.L. manifiesta que los criterios vinculados al incremento de monitores encarecen la prestación del servicio y, por tanto, su ofrecimiento disminuiría el beneficio industrial ligado al mismo, por lo que consecuentemente nos encontramos ante un criterio económico.



**Cuarto.** Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el artículo 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, de manera detallada se opone al recurso y solicita la inadmisibilidad del mismo. En concreto, en tanto en cuanto la mercantil recurrente no ha presentado oferta ni invoca en qué medida puede resultar afectada por los defectos que invoca, el órgano de contratación invoca la falta de legitimación activa de aquélla para interponer recurso. Asimismo, se opone a las restantes cuestiones invocadas, a excepción de la relativa a la subida del SMIP, si bien sostiene que dicho aumento quedaría compensado por la partida de gastos globales, recogida en el presupuesto del contrato para atender gastos imprevistos. Asimismo, con posterioridad a la presentación de dicho informe, el 3 de junio de 2019 el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal documentación complementaria, de las actuaciones efectuadas por el órgano de contratación hasta la fecha de recepción de la resolución acordando la medida cautelar solicitada por el recurrente.

**Quinto.** Con fecha 7 de mayo de 2019 la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al resto de licitadoras que participaron en el procedimiento de contratación a que se refiere el acuerdo recurrido para que pudieran, si a su derecho conviniera, hacer alegaciones al mismo, sin que éstas se hayan presentado.

**Sexto.** Con fecha 21 de mayo de 2019, la Secretaría General de este Tribunal, por delegación del mismo, resolvió conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, al amparo de lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del citado cuerpo legal, será esta resolución la que acuerde el levantamiento de la medida cautelar adoptada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Este Tribunal es competente para resolver el recurso interpuesto de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46 LCSP y en virtud del Convenio de Colaboración Suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat de Valencia el 10 de abril de 2013 (BOE núm. 92 de 17 de abril de 2013).



**Segundo.** Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 €, los pliegos rectores de la licitación son susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 44, apartados 1 a) y 2 a), LCSP.

**Tercero.** El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) LCSP.

**Cuarto.** Puesto que en las alegaciones remitidas por el órgano de contratación se pone de manifiesto la existencia de posibles causas de inadmisibilidad del recurso, este Tribunal debe pronunciarse en primer lugar, sobre la concurrencia o no de las mismas, pues su existencia determinaría la imposibilidad para este Tribunal de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Establece el artículo 55 (Inadmisión):

*“El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos:*

- a) La incompetencia del órgano para conocer del recurso.*
- b) La falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, mediante poder que sea suficiente a tal efecto.*
- c) Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.*
- d) La interposición del recurso, una vez finalizado el plazo establecido para su interposición. Si el órgano encargado de resolverlo apreciara que concurre alguno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 51.2, dictará resolución acordando la inadmisión del recurso.”*

En concreto, el órgano de contratación en sus alegaciones establece la falta de legitimación fundamentalmente en el hecho de que el licitador no ha presentado ni siquiera la oferta para participar en la licitación, ni alega un interés legítimo de participar en el procedimiento a fin de tener la posibilidad de ser adjudicatario del contrato por lo que carece de interés legítimo para poder interponer el recurso.



Acudiendo al expediente administrativo vemos como a la licitación han presentado su oferta en los distintos lotes diferentes empresas sin que ninguna de ellas sea la empresa recurrente.

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 235/2018, de 12 de marzo, de este Tribunal, en orden a la legitimación para recurrir, citada entre otras por la Resolución 57/2019, de 24 de enero, 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 2315/2014 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. 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.»*

Así las cosas, el principio 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 (cfr.:



Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 5 de julio de 2005 -Roj STS 4465/2005-), y, de hecho, se ha llegado a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006-).

También el Derecho comunitario, como hemos recordado igualmente en otras ocasiones, avala esta postura: así, ya 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”.

En resumen, para poder interponer recurso especial en materia de contratación **es necesario que exista en el recurrente un interés directo en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores en el procedimiento de licitación, de modo que, debe justificarse un interés en participar en el proceso de licitación.**

Si observamos el recurso interpuesto, la recurrente, como bien señala el órgano de contratación, funda únicamente su recurso en que la documentación contractual “en la actualidad o no cumplen con la legalidad vigente o impiden la correcta realización del objeto del contrato”. A lo anterior se suma una invocación genérica consistente en sostener que: “el artículo 2 de la LCSP establece que el carácter de los contratos del sector público son contratos de carácter oneroso, y por lo tanto el adjudicatario debe tener un beneficio económico, tanto de forma directa como de forma indirecta”. Por último, la empresa recurrente, si bien señala que los errores detectados se refieren al Lote I, dispone textualmente: *“al cual nos vamos a referir en todo momento, si bien es cierto, que algunos de los errores detectados se deberían aplicar también al resto de lotes “*

Así pues, las alegaciones realizadas en el recurso (en esencia, una supuesta insuficiencia del presupuesto base de licitación) no le impiden participar en el procedimiento, en pie de igualdad con el resto de licitadores. No cuestiona alguna exigencia específica de los pliegos que afecte a la recurrente frente a otros, y que le sitúe en una situación de desventaja respecto de sus competidores, sino del presupuesto base de licitación que afecta a todos los licitadores por igual.



Pues bien, tanto del tenor literal del escrito presentado, como de las concretas afirmaciones que se realizan resulta la clara falta legitimación de la mercantil para la presentación del recurso. Como ya hemos adelantado, no basta una invocación genérica de legalidad, y desde luego no puede adelantarse a este trámite el beneficio económico a proporcionar al adjudicatario toda vez que CULTURAL ACTEX no es ni adjudicatario ni licitador ni especifica, tal y como invoca acertadamente el órgano de contratación, en qué medida las disposiciones de los pliegos pueden impedirle acceder a la licitación. El juicio a efectuar por ende no es el del beneficio económico del adjudicatario, puesto que ni tan siquiera puede serlo de manera potencial.

Así las cosas, CULTURAL ACTEX ni ha presentado oferta ni explica qué motivos le han impedido realizar tal presentación. Retomando la jurisprudencia citada por el órgano de contratación, **la recurrente no acredita por tanto la existencia de un especial vínculo con la finalidad del recurso especial ni la existencia de un interés legítimo en el sentido que describe la doctrina del Tribunal Constitucional** claramente recogida en su Sentencia 28/2009, de 26 de enero, según la cual:

*“el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnado) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad 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 esencia y resumen, **dado que es 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, no consideramos que exista en el presente asunto en la recurrente ese interés legítimo necesario para interponer el recurso** fundado en la imposibilidad de haber podido presentar su propia oferta al tiempo de anunciarse la licitación o en la existencia de una discriminación en los requisitos exigidos en el Pliego que le hubiera permitido participar. Es decir, su situación objetiva respecto a la capacidad para



**participar en la licitación sería la misma fuera o no estimado el recurso, toda vez que ninguna consideración ha formulado la mercantil al respecto.**

**El recurso, conforme a todo lo expuesto, debe ser inadmitido.**

**Quinto.** En relación con el fondo del asunto, y con carácter *obiter dicta*, resta señalar que las alegaciones realizadas deberían correr suerte desestimatoria, sin perjuicio de la falta de concreción con la que algunas han sido planteadas por la recurrente.

En cuanto a las alegaciones relativas al SMI, es cierto que aquél queda mal determinado, pero también lo es, como señala el informe económico remitido, que dicha variación quedaría incluida en la partida de gastos específica para variaciones. Dicha partida, que es del 3,5% del presupuesto total, tiene un importe 2.808.68, mientras que el impacto de la subida del SMI es calculado en 684,40 euros.

La empresa recurrente pone asimismo de manifiesto que, a su entender, existen pequeñas desviaciones en el Estudio Económico realizado: una, legalmente aplicable relativa al precio/hora de los auxiliares de servicio, y otra sobre una cantidad variable según la empresa relativa al coste de las revisiones médicas de los trabajadores. Sin perjuicio de que nos hallemos ante un criterio técnico, desconociendo este Tribunal el coste específico de las horas que se indican, resulta que, de acuerdo con las alegaciones del órgano de contratación, dicho importe quedaría también compensado con la partida genérica prevista en el presupuesto para posibles gastos no incluidos. En cuanto a las revisiones médicas, resulta especialmente claro el informe económico, en el que se hace constar que el coste de las revisiones médicas es anual, para cada trabajador y no para cada contrato, por lo que resulta contrario a Derecho que se pretenda incluir el coste de dichas revisiones respecto de los trabajadores que la recurrente tiene “en plantilla” de manera estable.

Por otra parte, en relación con los errores invocados en las horas diarias incluidas a realizar por los auxiliares, se trata de una cuestión de carácter técnico, a valorar por el órgano competente para ello, que no puede ser revisada por este Tribunal más allá de apreciar la adecuada motivación de la decisión adoptada y, por último, en lo concerniente al coste de adquisición del material fungible, el técnico municipal en su informe de 10 de mayo de 2019 estima suficiente la cuantía recogida en el Estudio Económico en base a que la ejecución de

actividades conlleva la utilización de material reutilizable y en consecuencia no procede traducir el coste estimado en el Estudio Económico en un coste de compra material fungible por participante ya que las actividades se realizan de forma colectiva y no individual. Dicho argumento se considera asimismo suficiente por parte de este Tribunal, sin perjuicio de que la recurrente no realice ni ofrezca cálculos alternativos que prueben la invocación realizada.

Respecto de las restantes alegaciones, resta señalar que todas ellas deberían asimismo ser desestimadas, toda vez que el aumento de salario por convenio colectivo (que ni tan siquiera es certero, sino que se basa en una mera estimación), tiene la consideración de riesgo empresarial a asumir por parte del empresario que concurre a la licitación correspondiente, no pudiendo pretenderse trasladar sin más dicho coste y riesgo inherente al mismo a las entidades contratantes. La misma argumentación es aplicable al coste del absentismo laboral, toda vez que el control y minimización de aquél y por tanto la responsabilidad del mismo, es de la empresa prestadora del servicio, que es quien debe asumir el riesgo.

De lo expuesto puede deducirse que el órgano de contratación ha convocado una licitación con presupuestos iniciales en base a los que cabe esperar suficiente concurrencia y una ejecución normal del contrato. Así lo demuestra el hecho de que 8 empresas hayan presentado oferta en el procedimiento.

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación relacionados con la calidad establecidos para el Lote I y que pretenden un incremento del número de monitores/as, éstos se encuentran adecuadamente motivados desde la perspectiva de su formulación jurídica, no pudiendo este Tribunal entrar a revisar, al igual que apuntamos anteriormente, las consideraciones técnicas inherentes a la invocación realizada por el recurrente.

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. J.P.S. en representación de la mercantil CULTURAL ACTEX, S.L. contra los pliegos que regulan la *“Contratación, mediante*



*procedimiento abierto y por vía de urgencia, de la campaña de animación de verano", que comprende los proyectos "Temps d'Esplai y Ven al Pinar" y "Ocio Educación Especial" y el "Servicio de atención de las necesidades básicas de alimentación" aprobados por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana (expediente 201/07-50411/2018).*

**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 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.