



Recurso nº 716/2022 C.A. del Principado de Asturias 40/2022

Resolución nº 831/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 7 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.S.R., en representación de OPEN ENERGY 2012, S.L contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de gestión avanzada de la energía 2022-2024*”, con expediente 2022/77, convocado por el Ayuntamiento de Oviedo, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 9 de marzo de 2022 se aprueba el informe de necesidades por parte del Ayuntamiento de Oviedo, previo al inicio del expediente de contratación correspondiente para atender las necesidades energéticas del consistorio.

Mediante Resolución de la Junta de Gobierno Local de 19 de mayo de 2022 se resolvió aprobar el expediente de contratación del servicio mencionado, así como los pliegos de Cláusula Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas e iniciar el procedimiento de adjudicación. El anuncio de licitación se publicó en el Perfil de Contratante, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el día 25 de mayo de 2022.

Segundo. Al tiempo de interposición del presente recurso han concurrido a la licitación

- ENERGY WATCH ESPAÑA, CONSULTORIA ENERGETICA INDEPENDIENTE S.L
- SGS TECNOS, S.A

Tercero. En fecha 3 de junio de 2022 se interpone por OPEN ENERGY 2012 recurso especial en materia de contratación frente los pliegos del contrato, con respecto a la evaluación y



criterios de adjudicación del pliego frente al contenido de la memoria justificativa, así como por no respetarse la imperativa preponderancia de criterios cuya valoración sea automática.

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, se opone al recurso y solicita su inadmisión por carecer la recurrente de legitimación, o, subsidiariamente, su desestimación del mismo. Para ello, reitera por una parte, y con respecto a la discrepancia entre los pliegos y la memoria la doctrina de este Tribunal en cuanto a la ineficacia ad extra del contenido de la memoria y, por otra, aporta la justificación recogida en el informe técnico acerca de la procedencia de la fórmula escogida, invocando asimismo la doctrina recogida en nuestra Resolución 237/2018.

Quinto. Con fecha 13 de junio de 2022 se dio plazo a los interesados para que formularan alegaciones si lo tenían por conveniente, sin que éstas se hayan presentado.

A los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 LCSP y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (BOE de fecha 29/10/2021).

Segundo. Los pliegos rectores de la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000€, 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. Planteada la concurrencia de causa de inadmisión por parte del órgano de contratación, debe analizarse si la mercantil recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, toda vez que ésta fundamenta tal legitimación en los siguientes términos:

“mi mandante tiene plena legitimación por cuanto, según su objeto social y dedicación preferente, está preparando su oferta para licitar en el mismo”.

Frente a ello, invoca el órgano de contratación la inadmisión del mismo por falta de legitimación, por cuanto la recurrente no ha concurrido a la licitación, apoyándose, por todas, en la Resolución de este Tribunal 577/2022, de 19 de mayo.

Pues bien, consta, como se relata en el Antecedente de Hecho Segundo y se constata en el expediente remitido por el Órgano de Contratación, que la recurrente no presentó proposición en la licitación cuyos pliegos rectores impugna mediante el presente recurso. Conviene recordar, por ello, la doctrina de este Tribunal en relación con la legitimación ante tal supuesto, que cabe resumir en dos consideraciones: para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario debe -como regla general con arreglo al artículo 50.1.b) de la LCSP- haber presentado proposición, pues sólo en este caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés fundante de su legitimación; sin perjuicio de lo anterior, es preciso reconocer -excepcionalmente- tal legitimación al empresario que no haya concurrido a la licitación como consecuencia de condiciones discriminatorias incluidas en los pliegos que la rigen de cara a su admisión en ella, condiciones que son precisamente las que combata en su recurso.

Como se afirma en nuestra Resolución 890/2021, de 15 de julio:

"En efecto, es doctrina reiterada la que sienta que están legitimados para recurrir los pliegos de una licitación los empresarios que han adquirido la condición de licitadores por haber presentado su oferta, o bien aquellos que acreditan su interés legítimo, demostrando que precisamente no han adquirido tal condición a causa de los vicios de los pliegos que vienen a denunciar con su recurso. Así lo expusimos en nuestra Resolución 2/2017, de 17 de enero: "Ciertamente, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la



eventual estimación de ésta 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-), la regla es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 -Roj STS 4465/2005-). Esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que "tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato". Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: --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. 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".



Es decir, en materia de contratación pública no existe una “acción popular” que permita a todo interesado, sin más y sin mayor justificación, impugnar los pliegos que rigen la contratación. Para ostentar legitimación en la impugnación de las condiciones que han de regir un contrato público, el recurrente debe ser interesado en sentido propio del término, esto es, explicar siquiera mínimamente el motivo por el que la cuestión afecta a su esfera de intereses. Para ello, si no se ha concurrido a la licitación, como es aquí el caso, debe ofrecerse un razonamiento acerca del porqué del recurso interpuesto, así como de las consecuencias que su eventual estimación tendría para dicha mercantil.

Dicho en otros términos, es necesario explicar los motivos por los que la cláusula o cláusulas controvertidas afectan o perjudican al particular que se alza contra las mismas, y en el presente supuesto tal argumentación no ha tenido lugar. La mera afirmación de que la mercantil accionante “*está preparando su oferta*”, al margen de que *per se* se realiza un planteamiento hipotético y carente por tanto de trascendencia, resulta insuficiente para apreciar el vínculo de la misma con el asunto de referencia. No se especifica mínimamente por qué la cláusula le repercute o impide o dificulta acceder a la licitación, o el motivo por el que de estimarse el recurso interpuesto ésta se vería beneficiada o afectada por tal resolución.

Pues bien, en el caso que nos ocupa el recurso impugna la fórmula de valoración empleada, por una parte, al entender que existe una contradicción entre la redacción de la memoria justificativa y el pliego de cláusulas administrativas y por otra, al entender que la fórmula incluida es contraria a Derecho, por una serie de razones.

Atendido lo anterior, impugnándose la aplicación de los criterios de adjudicación, su concreta valoración, resulta obvio que estos no le han impedido presentar oferta, afectando exclusivamente a la puntuación que hubiera podido alcanzar.

Por ello, el recurso ha de inadmitirse, ante la falta de legitimación de la recurrente con base en el artículo 55 b) de la 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. G.S.R., en representación de OPEN ENERGY 2012, S.L contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de gestión avanzada de la energía 2022-2024*”, con expediente 2022/77, convocado por el Ayuntamiento de Oviedo.

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 multa 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 Asturias, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.