

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña I.R.G., en nombre y representación de Proactiva Formación, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación “Servicio de realización de programas y actividades de ocupación de tiempo libre en días y horarios no lectivos en colegios públicos de educación infantil y primaria”, tramitado por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes con el número de expediente: 09/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 1 de junio de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el día 2 en el DOUE el anuncio de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios.

El valor estimado del contrato es 4.335.398,70 euros. El plazo para presentación de ofertas finalizó el 3 de julio de 2018.

Segundo.- El objeto de este contrato es la contratación del servicio de actividades de ocupación del tiempo libre en días y horarios no lectivos en centros escolares.

Con fecha 6 de junio la recurrente solicito del órgano de contratación la aclaración de ciertos aspectos de los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público. Dichas aclaraciones fueron contestadas en fecha 20 de junio a través del mismo sistema que se siguió para su formulación, haciendo público en consecuencia su contenido.

Tercero.- El 2 de julio de 2018 tuvo entrada en el Registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación de la representación de Proactiva Formación, S.L., en el que alega contra varios elementos del servicio descritos en los Pliegos del concurso y que se pueden agrupar por materias en las siguientes:

- Contra los precios unitarios por considerarlos insuficientes, en relación al necesario cumplimiento del convenio colectivo sectorial.
- Contra la obligación de subrogar el personal de la empresa que era hasta el momento adjudicataria.
- Contra la falta de definición de los precios de los desayunos y meriendas

Cuarto.- Dado traslado del recurso al órgano de contratación a los efectos del artículo 56.2 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), con fecha 6 de julio de 2018 se recibió en el Tribunal copia del expediente de contratación, así como el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Opone en primer lugar la extemporaneidad del recurso. En cuanto al fondo solicita la desestimación por considerar todos sus elementos conforme a derecho y que no se proceda a la suspensión por el evidente perjuicio que supondría dadas las fechas de inicio previstas de un servicio que considera esencial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 44.4 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.a) de la LCSP.

Tercero.- Proactiva Formación S.L., es una persona jurídica no licitadora que se considera perjudicada por el contenido de la licitación cuyo objeto social le permitiría participar en la misma.

De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*.

El criterio del legislador tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio. En este sentido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado en sus sentencias el concepto de interés legítimo de manera amplia. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 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)”.

En relación con la concurrencia de “interés legítimo”, la jurisprudencia en España exige que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (Sentencia de Tribunal Constitucional 60/82, y 257/88, entre otras, y Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003, entre otras). La Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2008, de 13 de octubre, recuerda que en la legitimación activa ante la jurisdicción contencioso administrativa, el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, considerando incluso suficiente ser titular 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. De ahí deduce la Sentencia que negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

En el caso que ahora nos ocupa, se recurren los Pliegos de la licitación convocada y acredita la legitimación para interponer el recurso, puesto que del objeto social recogido en las Escrituras de Constitución de la recurrente se deduce que pueda concurrir a la licitación y por tanto, aun hipotéticamente, ser adjudicataria que es la circunstancia que le otorgaría el interés legítimo para recurrir.

Si bien el interés legítimo se acredita normalmente mediante la presentación de una oferta, también cabe recordar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP, (145 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) la presentación de la misma supone la aceptación incondicional de los Pliegos y sería absurdo obligar a los licitadores a formular oferta cuando el motivo de impugnación de los Pliegos precisamente supone un obstáculo al recurrente para participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013).

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el Pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación, lo hace en condiciones inciertas o indeterminadas lo que impide formular oferta cabal y dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y la obtención de una resolución estimatoria de sus pretensiones.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- Especial examen merece el plazo de interposición del recurso. El artículo 50.1 b) de la LCSP dispone que: *“a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación. Siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos”*.

El artículo 19 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), dispone: *“2. Cuando el recurso se interponga contra el*

contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido”.

Así mismo el artículo 53.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2004/18/CE, la cual tiene efecto directo al haber finalizado el plazo de transposición, establece que *“1. Los poderes adjudicadores ofrecerán por medios electrónicos un acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de la contratación a partir de la fecha de publicación del anuncio, de conformidad con el artículo 51, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés. El texto del anuncio o de la invitación a confirmar el interés deberá indicar la dirección de internet en que puede consultarse esta documentación”.*

El órgano de contratación solicita la inadmisión del recurso por extemporaneidad ya que se interpuso el 2 de julio de 2018, transcurrido el periodo temporal de quince días hábiles previsto en el 50.1 b) de la LCSP, toda vez que la convocatoria se publicó el 1 de junio en la Plataforma de Contratación del Sector Público y al día siguiente fue publicado el preceptivo anuncio en el DOUE entendiéndose que finalizó el plazo el 15 de junio.

Afirma que por seguridad jurídica no puede admitirse que el *dies a quo* sea la fecha en la que el recurrente admite haber recibido las aclaraciones a los Pliegos efectuadas el día 6 de junio y contestadas el 20 de junio.

Por último, considera que la recurrente actúa de mala fe ya que siendo conocedora de todo lo anterior y sabiendo que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 3 de julio, debió anunciar al órgano de contratación su intención de recurrir a fin de que se suspendiera la licitación antes de la apertura de ofertas.

El artículo 19 del RPERMC establece que el cómputo del plazo de interposición del recurso se inicia a partir del siguiente a la convocatoria en forma legal de la licitación pero lo condiciona a que en ella se haya hecho constar la forma para acceder directamente al contenido de los Pliegos. En cuanto al contenido de qué se ha de entender por “acceso directo”, hemos de tener en cuenta que el mencionado artículo 53.1 de la Directiva 2014/24/UE obliga a facilitar acceso libre y directo por medios electrónicos. Tal y como se ha efectuado por el órgano de contratación mediante la publicación del procedimiento de licitación en el perfil de contratante sito en la plataforma de contratación del sector público.

A mayor abundamiento se refiere la sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera número 95/2018 de 26 de enero, en la cual se determina que el *dies a quo* corresponde con el día que los Pliegos estén a disposición de los potenciales licitadores.

Por todo lo cual, se debe considerar como *dies a quo* la fecha de publicación del anuncio de licitación y Pliegos de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas en el perfil de contratante del órgano de contratación sito en la plataforma de contratación del sector público, esto es, el día 1 de junio de 2018 y en consecuencia inadmitir el recurso presentado por Proactiva Formación, S.L., por extemporáneo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por doña I.R.G., en nombre y representación de Proactiva Formación, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación “Servicio de realización de programas y actividades de ocupación de tiempo libre en días y horarios no lectivos en colegios públicos de educación infantil y primaria”, tramitado por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes con el número de expediente: 09/2018, por considerarse extemporáneo.

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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.