

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

En Madrid, a 1 de febrero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Grespro S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente al expediente número A/SER-009515/2023 relativo a la contratación del “Servicio de seguridad y vigilancia de las bibliotecas gestionadas por la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid “de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 15 de diciembre de 2023, se envió anuncio de la convocatoria del contrato de los servicios mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y con pluralidad de criterios al Diario Oficial de la Unión Europea, publicándose el día 20 de diciembre de 2023 y en el Perfil de Contratante en la misma fecha, poniéndose a partir de este momento los pliegos a disposición de los interesados hasta el día 15 de enero de 2024, día en el que finaliza el plazo de admisión de proposiciones.

Dicha convocatoria también se publicó el día 26 de diciembre de 2023, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

La duración del contrato son dos años, con posibilidad de prórroga hasta cinco, iniciándose la ejecución el 1 de enero de 2024.

El presupuesto base de licitación asciende a 3.427.478,21 euros, con un valor estimado de 4.815.465,25 euros.

Se presentan cinco proposiciones. El recurrente no concurre.

Segundo. - En fecha 11 de enero de 2024, se presenta recurso especial en materia de contratación contra la cláusula 1 sobre presupuesto de licitación, instando la anulación de los Pliegos y la consiguiente licitación.

Tercero. - El 23 de enero de 2024, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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 presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona posible licitadora por su objeto social, pero que no presenta proposición.

Fundamenta su legitimación en *“su relación material unívoca con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de la impugnación 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)”*.

Como recuerda el órgano de contratación los Tribunales de contratación han declarado reiteradamente la no legitimidad del recurrente que no presente proposición sino acredita una circunstancia impeditiva de la misma. Más recientemente, en Resoluciones 438/2023 de 21 de diciembre y 008/2024 de 11 de enero, este Tribunal, siguiendo la estela del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, ha comprendido dentro de esas circunstancias impeditivas los déficits en el presupuesto del contrato.

Este Tribunal tiene acordado como criterio interpretativo de la legitimación del recurrente no licitador el análisis exclusivamente del perjuicio que le causen las cláusulas de los pliegos de condiciones al recurrente, sin atender a la presentación o no de proposición.

Dicho criterio se basa fundamentalmente en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 28/11/2018, asunto C-328/17, ECLI: EU:C:2018:958) que se enmarca en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, sobre el procedimiento de recurso en contratación pública, que señala *que “Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”*.

La propia jurisprudencia citada del TJUE entiende legitimado al operador económico que no ha presentado oferta si impugna cláusulas de los pliegos que le

impiden dicha presentación incluyendo no solo las condiciones de solvencia de la empresa o aptitudes para contratar, sino también aquellas cláusulas que le impidan presentar una oferta viable y justificada. Se entiende que concurre esta circunstancia si impugna el presupuesto, pues no parece razonable exigir obligar a someterse a un presupuesto que se alega no viable como condición necesaria para poder recurrir, que es lo que ocurre si el recurso es desestimado y ha licitado, no pudiendo retirarse del procedimiento sin pérdida de garantía provisional o penalización.

Por todo ello consideramos que en este concreto caso el recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP está legitimado para la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones al considerar que sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso y que le han podido impedir la presentación de oferta.

Tal y como expone el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi en Resolución 192/2023 de 8 de noviembre:

“La legitimación activa para la interposición del recurso requiere de una conexión entre la pretensión y la satisfacción de derechos o intereses legítimos propios de la esfera jurídica del recurrente si dicha pretensión es estimada. Este derecho o interés no tiene por qué tener necesariamente contenido patrimonial pero sí debe ser distinto de la satisfacción moral o del mero interés en el cumplimiento de la legalidad (ver, por todas, las Resoluciones 23/2019 y 186/2021 del OARC / KEAO).

d) La amplísima descripción de la legitimación expresada en los apartados b) y c) anteriores incluyen también al operador económico cuyo interés radica en conseguir una licitación regida por unos pliegos que le permitan el acceso a la

licitación o la presentación de una proposición con mayores posibilidades de obtener la adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 47/2023 del OARC / KEAO).

e) Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece que es admisible considerar que carece de legitimación activa para interponer el recurso especial contra los pliegos quien no ha presentado una oferta a la licitación correspondiente (ver, por ejemplo, la STJUE de 28/11/2018, asunto C-328/17, ECLI: EU:C:2018:958, en especial los apartados 43 a 58). No obstante, dicha jurisprudencia se enmarca en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, sobre el procedimiento de recurso en contratación pública, que señala que “Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.” Sin embargo, la legitimación descrita en el artículo 48 LCSP es mucho más amplia que el mínimo fijado en la Directiva: no solo no exige expresamente la presentación de una oferta para acreditar la legitimación activa para impugnar los pliegos (ver el artículo 51.1.a) último párrafo de la LCSP), sino que ni siquiera reserva en exclusiva el recurso especial a los operadores económicos; de hecho, reconoce la legitimación de personas jurídicas distintas de ellos, con cita 4/39 concreta (pero no exhaustiva ni excluyente) de los sindicatos y asociaciones empresariales.

f) Finalmente, debe señalarse que incluso la propia jurisprudencia del TJUE antes citada entiende legitimado al operador económico que no ha presentado oferta si impugna cláusulas de los pliegos que le impiden dicha presentación (ver, por ejemplo, los apartados 47 y siguientes de la STJUE citada en la letra e) anterior). En este caso, se observa que, al menos, la alegación de la insuficiencia del Presupuesto Base de Licitación (PBL) que se detalla en el apartado e 2) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución satisface este requisito, pues no parece razonable exigir a una empresa que presente una proposición a un

contrato que considera falta de rentabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que este Órgano ha considerado como un indicio muy relevante en contra de este tipo de impugnaciones que, en contradicción con el motivo de recurso, el recurrente ya haya presentado su propia oferta (ver, por ejemplo, las Resoluciones 64/2013 y 64/2017 del OARC / KEAO)”.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue publicado el día 20 de diciembre de 2023, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 11 de enero de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - 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.

Quinto. - En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que el presupuesto es insuficiente, fundándose en el retraso en el inicio de la ejecución del contrato y la existencia de posibles prórrogas. El presupuesto se ha establecido teniendo en cuenta los salarios de convenio para el período 2024-2025, cuando debió incluir también su revisión para el año 2026, dado que no se va iniciar el bienio el 1 de enero. Expresa:

“Concretamente, se estima que no se ajusta a la legalidad el presupuesto base de licitación dado que no se ha contemplado en el estudio económico el incremento de costes salariales que, de forma cierta, se va a producir durante la ejecución del contrato.

Y ello porque el contrato ordinario tendrá una duración de 24 meses y, para que el presupuesto se ajustara a las previsiones de incrementos salariales anuales, su ejecución debería haberse iniciado 01/01/2024.

Sin embargo, a la fecha del presente escrito no hay fecha estimada de inicio del contrato -que aún no ha sido adjudicado- de modo que, en el mejor de los casos y si se cumplieran los plazos previstos por la Administración, el servicio se iniciaría a partir de la primera quincena de febrero de 2024 (siempre sujeto a los posibles recursos que se planteen frente a los pliegos y, especialmente, frente a la resolución de adjudicación de la licitación, que retrasarían aún más el inicio de la prestación del servicio.

Lo anterior tiene como consecuencia la alteración del estudio económico inicialmente previsto por la administración, el cual está contemplado para los ejercicios 2024 y 2025, sin que se haya previsto el coste económico que supondría para la empresa adjudicataria la prórroga adicional de un año para el ejercicio 2026 - donde también hay incremento de convenio del 3%- ni el hecho de que al no iniciarse el contrato en el plazo inicialmente previsto, se retrasará el fin del contrato ordinario y de la prórroga alargándose la ejecución del contrato hasta los primeros meses del ejercicio 2027 donde estará vigente un nuevo convenio colectivo con un nuevo incremento salarial”.

Contesta el órgano de contratación, con la exposición de los conceptos de presupuesto base del contrato, valor estimado y precio del contrato, señalando que el presupuesto solo tiene que tener en cuenta el plazo de ejecución del contrato y no las eventuales prórrogas contempladas en el valor estimado, razón por la cual se han recogido los incrementos de convenio para 2024 y 2025. A la hora de tramitar eventuales prórrogas no es el presupuesto el que se toma en consideración, sino el precio del contrato o de adjudicación, que marca el tope de la obligación asumida por la Administración.

Expone el órgano de contratación todos los conceptos tenidos *“en cuenta en la elaboración del presupuesto y concluye: lo que en ningún caso puede prever el presupuesto de licitación del contrato, es el cálculo de las posibles prórrogas que pueda tener el expediente de contratación ni las compensaciones económicas que puedan fijarse en los expedientes de reajustes de anualidades que se tramiten conforme a la normativa de contratos”*. .

Establece el artículo 100.2 de la LCSP, respecto al presupuesto base de licitación que *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.

A juicio de este Tribunal los costes salariales a tener en cuenta son los vigentes en el momento de elaborar el presupuesto, tal y como recoge el artículo 100.2 de la LCSP: *“en el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado”*.

Es más, el presupuesto consta en la Orden de inicio del expediente, que es de 24 de julio de 2023.

La elaboración de los Pliegos se ha realizado varios meses antes de la convocatoria y se han tenido en cuenta los costes salariales vigentes en ese momento, no siendo posible aventurar el retraso en el inicio de la ejecución del

contrato. Contraviene a la norma y a la razón pretender que el presupuesto se ajuste a un inicio de ejecución del contrato distinto al inicialmente previsto y que además es imprevisible en el momento de elaboración del mismo, es un día incierto (que necesariamente ha de llegar, aunque se ignore cuando). Para ello, están los expedientes de reajuste de anualidades, donde se regula expresamente esta eventualidad del retraso en el inicio de la ejecución del contrato. Expresa el artículo 96 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

“Reajuste de anualidades.

1. Cuando por retraso en el comienzo de la ejecución del contrato sobre lo previsto al iniciarse el expediente de contratación, suspensiones autorizadas, prórrogas de los plazos parciales o del total, modificaciones en el proyecto o por cualesquiera otras razones de interés público debidamente justificadas se produjese desajuste entre las anualidades establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares integrado en el contrato y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos exija, el órgano de contratación procederá a reajustar las citadas anualidades siempre que lo permitan los remanentes de los créditos aplicables, y a fijar las compensaciones económicas que, en su caso, procedan.

2. Para efectuar el reajuste de las anualidades será necesaria la conformidad del contratista, salvo que razones excepcionales de interés público determinen la suficiencia del trámite de audiencia del mismo y el informe de la Intervención.

3. En los contratos que cuenten con programa de trabajo, cualquier reajuste de anualidades exigirá su revisión para adaptarlo a los nuevos importes anuales, debiendo ser aprobado por el órgano de contratación el nuevo programa de trabajo resultante”.

Se alega también por el recurrente que no se prevén incrementos salariales para 2026 y 2027 en aplicación de las prórrogas posibles según en el contrato.

Tal y como explica el órgano de contratación, el presupuesto del contrato solo tiene en cuenta el período inicial de ejecución y no las eventuales prórrogas, que entran dentro del valor estimado. Tampoco puede fijarse inicialmente el valor de las prórrogas, porque se tramitan en base al precio del contrato o precio de adjudicación, que es la oferta económica del adjudicatario y no sobre el presupuesto base de licitación.

Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso.

El artículo 58.2 de la LCSP expresa:

“2. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos”.

Pretender que el presupuesto aprobado deba prever los retrasos en el inicio de la ejecución es un argumento temerario por ser contrario no solo a la norma, sino también a la razón, al requerir que el órgano de contratación ajuste el presupuesto a retrasos imprevisibles, cuando ni siquiera existe un día cierto desde el que datar el inicio del plazo de ejecución. En el caso, el 1 de enero de 2024, se encuentra seis meses después de la orden de inicio del expediente, lo que es un plazo razonable para la tramitación del expediente y la licitación.

Por otro lado, a estos retrasos expresamente reconoce contribuir con la interposición de recursos, sin intención alguna de formalizar recurso, pues liga su legitimación a su objeto social, mostrando el recurrente un simple ánimo de entorpecimiento, pues ni siquiera ha presentado proposición.

Existe, además, un remedio normativamente previsto para el reajuste de las anualidades del contrato, que es el recurso habitual en este tipo de materias, que por lo visto desconoce. Se reajustan las anualidades durante la ejecución, no se modifica el presupuesto ya en licitación.

Cabe añadir, que en los propios antecedentes del escrito de recurso lo confunde con otra licitación, *“Control de accesos y funciones auxiliares en las dependencias municipales (tres lotes)”*, que debe haber también impugnado.

La jurisprudencia viene considerando temerario la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*.

También cabe apreciar mala fe, cuando liga el retraso a la propia formalización de recursos en procedimientos en los que no participa, no apreciando circunstancia impeditiva de esta participación, como acredita el número de licitadores existentes.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva,*

porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho". La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): "La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento".

Todo ello le hace merecedor de una multa, pero en la cuantía mínima de 1.000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la la empresa Grespro S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente al expediente número A/SER-009515/2023 relativo a la contratación del “Servicio de seguridad y vigilancia de las bibliotecas gestionadas por la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte de la Comunidad de Madrid.

Segundo. - Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP por importe de 1.000 euros.

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.