

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación de doña A.L.M., en nombre y representación de Profeduca S.L., interpuesto contra el Decreto de 5 de agosto de 2019 de la Concejala Presidenta del Distrito de Moncloa-Aravaca, aceptando la clasificación de ofertas y propuesta de adjudicación de la mesa de contratación, del contrato de servicios “Prestación del servicio educativo en la escuela infantil sita en la avenida de Valladolid 49-B, del distrito de Moncloa-Aravaca, con servicio de desayuno, comida y merienda que incorporen productos de comercio justo”, número de expediente 300/2019/00417 del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de mayo de 2019 se publicó en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), la convocatoria de licitación pública del contrato de servicios de referencia, mediante licitación electrónica por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 1.922.373,12 euros, para un plazo de duración de 3 años prorrogable hasta un máximo de 4.

Segundo.- Al procedimiento de contratación concurren 15 empresas licitadoras, entre ellas la recurrente.

El 11 de julio de 2019 la mesa de contratación, en cumplimiento de la Resolución 282/2019 de 4 de julio de este Tribunal, retrotrajo las actuaciones acordando la admisión de la proposición presentada por la recurrente y la convocatoria de las correspondientes sesiones para proceder a la apertura de los sobres A, B y C presentados a la licitación.

Tercero.- Con fecha 7 de agosto de 2019, ha tenido entrada en este Tribunal el recurso especial presentado por la representación de Profeduca, contra la ponderación de su oferta y la propuesta de adjudicación, solicitando la anulación del procedimiento debido a las irregularidades que alega se han cometido en el proceso y la inadecuada valoración del proyecto educativo de gestión.

Cuarto.- El 13 de agosto de 2019 tiene entrada en este Tribunal el expediente de contratación junto con el preceptivo informe del órgano de contratación 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 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 (LCSP), en el que rebate las alegaciones formuladas por la recurrente, solicita la desestimación del recurso y que se declare la validez del Decreto adoptado por el órgano de contratación.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por los interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- La interposición del recurso se ha producido en tiempo y forma, habiéndose presentado el 7 de agosto de 2019 ante este Tribunal, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite que decide sobre la adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP, al aceptarse por Decreto del órgano de contratación la clasificación y propuesta de adjudicación efectuada por la mesa de contratación el 1 de agosto de 2019.

Cuarto.- Especial análisis merece la legitimación de la recurrente que ha sido clasificada en décimo tercer lugar, conforme a lo informado por el comité de expertos, que ha sido legalmente constituido según lo dispuesto en el artículo 146.2.a) de la LCSP, la cláusula 26 y el apartado 25 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares, y los respectivos Decretos de designación de los miembros del comité, y de acuerdo con la valoración total efectuada por la mesa de contratación, según consta en el expediente de contratación.

El artículo 48 de la LCSP dispone 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.”*

Asimismo el artículo 1 de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre que modifica las Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE, de 25 de febrero, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, lo más rápidamente posible, cuando infrinjan el Derecho comunitario en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa. Según el apartado 3 del citado artículo *“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”*.

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). Incidiendo en este concepto se ha pronunciado el citado Tribunal Constitucional en su sentencia 67/2010 de 18 de octubre: “Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), 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. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, RTC 2000, 252J, F.3; 173/2004, de 18 de octubre, RTC 2004, 173J, F.3; y 73/2006, de 13 de marzo, RTC 2006, 73J, F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, RTC 2004, 45J, F 4)”.

Asimismo como hemos manifestado en anteriores Resoluciones este Tribunal coincide con lo manifestado por el TACRC en su Resolución 375/2017 al indicar que *“de acuerdo con esta doctrina, para que pueda apreciarse la existencia de legitimación para la impugnación de resoluciones administrativas en materia contractual, deben concurrir los siguientes requisitos: 1.- Con carácter general, el interés legítimo viene determinado por la participación en la licitación. 2.- No obstante, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo. En consecuencia, para que pueda reconocerse interés legítimo, sería necesario que la resolución recurrida, con carácter general, colocara a la parte recurrente en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, y que además, la decisión que se adopte sobre esa resolución repercuta, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del recurrente.”*

En el caso planteado la recurrente ha participado en el procedimiento de licitación pero su oferta se encuentra clasificada en una posición en la que de ninguna manera puede resultar adjudicataria, y no impugna la puntuación de las anteriormente clasificadas. Por ello este Tribunal considera que al no poder resultar adjudicatario, ni obtener ninguna ventaja directa e inmediata de la modificación del acuerdo

impugnado, no concurre en la recurrente legitimación activa, por lo que en base a ello procede la inadmisión del recurso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55.b) de la LCSP y 22.1.2º y 23 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC).

Por otra parte de la mencionada imposibilidad de resultar adjudicatario parece desprenderse el interés de la recurrente en la anulación del procedimiento, no apreciando este Tribunal fundamento para ello en ninguna de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición, y sin que su solicitud se base en ninguna de las causas previstas en los artículos 39 y 40 de la LCSP.

Quinto.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el 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 ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria 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”, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, “La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

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”.*

Este Tribunal considera que el recurso se ha interpuesto con temeridad por la recurrente ante su falta de legitimidad y carencia de fundamentos, retrasando la adjudicación del contrato, demorando con ello la normal ejecución de un servicio esencial para la comunidad, por lo que procede la imposición de una multa. Respecto a la cuantía se considera que debe imponerse en la cantidad de 1.000 euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los posibles perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el 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 en materia de contratación interpuesto por doña A.L.M., en nombre y representación de Profeduca S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 22 de mayo del 2019, por el que se excluye a las recurrentes de la licitación del contrato de servicios “Prestación del servicio educativo en la escuela infantil sita en la avenida de Valladolid 49-B, del distrito de Moncloa-Aravaca, con servicio de desayuno, comida y merienda que incorporen productos de comercio justo”, número de expediente 300/2019/00417 del Ayuntamiento de Madrid, por falta de legitimación.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP, en cuantía de mil euros (1.000 €).

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 46.4 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.