

**Recurso 272/2018****Resolución 331/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 27 de noviembre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “*Servicio de monitores de comedor. Curso 2018-2019*” (Expte. CONTR 2018 0000032050), convocado por la Delegación Territorial de Educación de Cádiz, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 10 de julio de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación urgente, del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 392.250,17 euros.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**TERCERO.** Con fecha 27 de julio de 2018, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CLECE, S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT) que rigen la licitación del contrato anteriormente mencionado.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 30 de julio de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida fue remitida a este Órgano el día 2 de agosto de 2018.

**QUINTO.** Mediante Resolución, de 9 de agosto de 2018, este Tribunal acuerda la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios citado en el encabezamiento de la presente resolución.

**SEXTO.** Con fecha 30 de agosto de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado al resto de entidades licitadoras en el procedimiento, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya presentado alegación alguna dentro del plazo concedido.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Procede examinar ahora si CLECE, S.A. ostenta legitimación para la interposición del recurso especial objeto de la presente resolución, teniendo en cuenta que la citada empresa no ha participado en la licitación.

Al respecto, 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.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final cuarta de la LCSP, dispone que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

*(...)*

*c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”*

Sobre la legitimación para recurrir de terceras no licitadoras, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (7/2016, de 20 de enero, 77/2016, de 21 de abril, 31/2017, de 9 de febrero, 104/2017, de 19 de mayo y 104/2018, de 20 de abril, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del



acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

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 o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadoras, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia.

Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella 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 el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

**TERCERO.** Procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de servicios con un valor estimado de 392.250,17 euros que pretende ser concertado por una Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1.b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

*b) 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. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.*

*En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.*

*En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente (...).”*

En el supuesto analizado, el plazo de interposición computa, de conformidad con el precepto legal transcrito, a partir del día siguiente a la publicación del anuncio en el perfil de contratante, toda vez que los interesados han podido acceder al contenido de los pliegos a través de aquel.

Habiendo sido publicado el anuncio de licitación en el perfil de contratante el 10 de julio de 2018, es a partir del día siguiente a dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de recurso el 27 de julio de 2018 en el registro de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente impugna en su escrito de recurso uno de los criterios de adjudicación que figura en el anexo XI del PCAP, en concreto, el referido a la descripción del centro educativo y de las características del servicio a ejecutar, por entender que el mismo no se ajusta a la legalidad al vulnerar el principio de



no discriminación e igualdad de trato entre todas las licitadoras, así como el de libre competencia. El tenor literal del citado criterio es el siguiente:

*“1.1. Descripción del centro educativo y de las características del servicio a ejecutar (máximo 20 puntos) :*

- Descripción detallada y estudio pormenorizado del centro, en relación fundamentalmente con las instalaciones donde se desarrollará el servicio ..... hasta un máximo de 20 puntos.*
- Descripción y estudio genérico del centro, en relación fundamentalmente con las instalaciones en donde se desarrollará el servicio ..... hasta un máximo de 15 puntos.*
- Descripción insuficiente, muy genérico o ausencia en la descripción del centro, en relación fundamentalmente con las instalaciones en donde se desarrollará el servicio ..... hasta un máximo de 5 puntos.”*

En relación al criterio transcrito, afirma la recurrente que dada la configuración del mismo resultaba necesaria la visita a todos y cada uno de los centros y que sin dicha visita sería inviable elaborar una propuesta que pudiese obtener la máxima puntuación. Alega además que, en su caso, ha resultado imposible realizar la visita a todos los centros salvo uno pues, según manifiesta, los mismos se encontraban cerrados en los días que se intentaron realizar las mismas.

Al respecto, señala la recurrente que antes de proceder a realizar las visitas intentó ponerse en contacto vía telefónica con los responsables que se indicaban en los pliegos y, al resultar infructuosos los intentos, con fecha 12 de julio de 2018, remitió email al órgano de contratación sin obtener respuesta alguna. No obstante, según expone, finalmente consiguió contactar con uno de los responsables del contrato que le indicó que creía que los centros estarían abiertos, al menos alguno de ellos y que les podría atender un conserje, aunque en ningún momento se lo aseguró. Además, la recurrente transcribe el calendario de visitas y aporta, anexas al recurso, fotografías de alguno de los centros que intentó visitar y que según indica se encontraban cerrados.



Por otro lado, manifiesta la recurrente que ante la imposibilidad de cumplir con el criterio, tanto ella como el resto de licitadoras, se encuentran en una situación de discriminación y desigualdad respecto de la actual adjudicataria, única empresa que sí conoce perfectamente los centros, lo que afecta a la libre competencia y va en contra de lo que persigue la legislación contractual; esto es, que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por todas las licitadoras y que se apliquen en pie de igualdad para todos estos de modo que en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado, ni se valoren las ofertas sin respetar los principios fundamentales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

Por todo ello, la recurrente en su escrito de recurso concluye solicitando que, con estimación del recurso, se anule las cláusula del pliego referida y, consiguientemente, el procedimiento de licitación para que se inicie un nuevo procedimiento con unos pliegos ajustados a la legalidad o, subsidiariamente que se retrotraigan las actuaciones hasta la fase del procedimiento en que se redactan los pliegos a fin de que sean modificados.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe pone de manifiesto en primer término que a la presente licitación han concurrido hasta 6 empresas, sin que ninguna haya manifestado haber tenido dificultad alguna para llevar a cabo la elaboración de la oferta relativa al criterio. Entendiendo que decae lo argumentado por la recurrente respecto a la situación de discriminación de ella junto con el resto de licitadoras respecto de la actual adjudicataria.

Asimismo, señala el órgano de contratación que, puesto que los centros docentes por disposición legal han de permanecer abiertos en el mes de julio, la impugnación del pliego sobre la base de que vulnera los principios de no discriminación e igualdad de trato entre todas las licitadoras, unido además a que ninguna otra empresa ha encontrado la dificultad aducida, es argumento que debe rechazarse de plano.



Por ello, entiende el órgano de contratación que el pliego no impone un criterio de formulación imposible, que solo estuviese al alcance de un licitador concreto que ya las conociese, como señala la recurrente, puesto que está regulada la apertura de los centros en las fechas objeto de debate y la elaboración de la propuesta es posible como lo demuestra la concurrencia de otras licitadoras que nunca tuvieron relación con los centros por razón de la adjudicación de contratos anteriores.

Finalmente, respecto de las fotografías aportadas junto al recurso, argumenta el órgano que estas carecen de eficacia alguna ya que, además de que en algunas de ellas no es fácil distinguir que se trate de un centro docente, no consta fecha, hora ni circunstancias en las que hayan podido ser tomadas, señalando que estas, junto al recurso, no han sido presentadas hasta 9 días después de finalizado el plazo para presentar las ofertas, 17 días después de la publicación del pliego y 15 días después del correo dirigido al órgano de contratación.

Por todo lo expuesto, concluye el órgano de contratación señalando que procedería la desestimación del recurso interpuesto.

**SEXTO.** Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar el fondo del escrito de recurso en el que la recurrente denuncia el criterio “1.1. Descripción del centro educativo y de las características del servicio a ejecutar”, establecido en el anexo XI del PCAP, donde argumenta que este ha de ser anulado.

Debe señalarse, con carácter previo, que la recurrente no cuestiona el contenido del criterio en sí, sino que centra su recurso en el hecho de que le ha resultado imposible visitar los centros, señalando que ello beneficia a la actual adjudicataria en detrimento del resto de licitadoras lo que, a su juicio, además de atentar contra los principios de igualdad entre las licitadoras y libre concurrencia, haría inviable elaborar una propuesta que pudiese obtener la máxima puntuación.

Pues bien, una vez sentado lo anterior, conviene apuntar en primer término que, dada la configuración del criterio y tal y como alega la recurrente en su escrito,



se pone de manifiesto la necesidad de visitar los centros para poder llevar a cabo la elaboración de una propuesta en que se concrete el criterio antes referido, si las licitadoras aspiran a obtener la máxima puntuación en él.

En este sentido, es obvio que se habría producido una situación de desigualdad, pues, en este caso, al menos una de las posibles licitadoras, esto es, la actual adjudicataria, dispone de esa información y estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidoras, pues ella sí tiene información puntual sobre las características de los centros, sin que sea preciso en su caso la realización de visitas, pudiendo tenerla en cuenta a la hora de elaborar su oferta.

Así, no puede olvidarse que la actual licitación está conformada por 3 lotes dentro de los cuales se incluyen un total de 36 centros lo cual, a juicio de este Tribunal, hace que el plazo a las licitadoras para la presentación de sus ofertas, esto es, 8 días naturales, deba ser considerado insuficiente. Y ello, por cuanto dentro de ese plazo debe computarse tanto el tiempo empleado para la realización de las visitas como el de elaboración de su oferta.

A este respecto, hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 136 de la LCSP que establece que *“Los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquellas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta Ley.”*

Llegados a este punto, conviene traer a colación la Resolución 375/2015, 4 de noviembre, de este Tribunal. En ella, sobre un asunto sustancialmente igual, este Órgano desestimó los alegatos de la ahora recurrente sobre la base de que la misma en ningún momento se había puesto en contacto con el órgano de contratación para hacer constar la circunstancia alegada, con objeto de poder articular los mecanismos para solventar dicha situación unido a que, en aquella ocasión, se había publicado un anuncio previo. Por lo que, se concluía, que cualquier licitadora diligente podría conocer previamente la voluntad de licitar de la Administración y haber previsto su actuación. No obstante, las



circunstancias acaecidas en el presente supuesto son totalmente distintas, y ello porque, además de constar el intento de la recurrente de contactar con el órgano de contratación para la realización de las visitas, dado lo perentorio de los plazos -8 días naturales-, aun cuando se pudiesen haber llevado a cabo las mismas, tanto la recurrente como las distintas licitadoras contaban con un plazo realmente corto para preparar y presentar su oferta, lo que supone un trato desigual en favor de la licitadora, actual contratista, que ya conoce los centros y que evidentemente necesita menos tiempo para preparar su oferta.

Por otro lado, es cierto que aunque la recurrente solicita la anulación de la cláusula del pliego relativa al criterio de adjudicación y consiguientemente, la del procedimiento de licitación no la combate de manera sustantiva, pues su pretensión de anulación no se funda en más motivo que la imposibilidad de realizar las referidas visitas a los centros educativos, pero sin cuestionar el contenido del criterio. Por tal motivo, este Tribunal no puede entrar a revisar ni a declarar la nulidad del criterio de evaluación no automática definido en el anexo XI del PCAP.

En consecuencia debe estimarse parcialmente el recurso interpuesto y anular la licitación, que deberá en su caso convocarse de nuevo, otorgando un plazo suficiente para la presentación de las proposiciones y arbitrando las medidas precisas para que las empresas puedan licitar en igualdad de condiciones.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “*Servicio de monitores de comedor. Curso 2018-2019*” (Expte. CONTR 2018 0000032050), convocado por la Delegación Territorial de Educación de Cádiz y, en consecuencia, anular la licitación, a fin de que se



proceda en los términos expuestos en esta resolución y se convoque en su caso una nueva licitación.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 9 de agosto de de 2018.

**TERCERO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

