

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 412/2017

Recurso nº 186/2017 C.A. Castilla-La Mancha 17/2017

Resolución nº 412/2017

En Madrid, a 12 de Mayo de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. A.G.M. en representación de GESTIÓN INFORMÁTICA ADMINISTRACIÓN LOCAL, S.A. (GIALSA) contra los pliegos que han de regir el procedimiento para la contratación del “servicio de colaboración en la gestión tributaria y recaudatoria de los recursos económicos del Ayuntamiento de El Viso de San Juan (Toledo)”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 8 de febrero de 2017, se acuerda por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de El Viso de San Juan aprobar los pliegos que han de regir la adjudicación mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, del contrato de prestación del servicio de colaboración en la gestión tributaria y recaudatoria de los recursos económicos del Ayuntamiento de El Viso de San Juan, acordando igualmente la apertura del procedimiento de licitación.

El 15 de febrero de 2017 se publica en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo anuncio de licitación.

Segundo. El plazo de presentación de ofertas finaliza una vez transcurran quince días naturales desde la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo.

Tercero. Con fecha 1 de marzo de 2017 se anuncia por parte de D. A. G. M., en representación de GESTIÓN INFORMÁTICA ADMINISTRACIÓN LOCAL, S.A. (GIALSA), la interposición del recurso especial en materia de contratación, recurso que tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de El Viso de San Juan, el 2 de marzo de 2017.

Cuarto. En fecha 13 de marzo de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno haya evacuado el trámite conferido.

Quinto. En el escrito de interposición del recurso se solicita la adopción de medidas provisionales consistentes en suspender el procedimiento de contratación. En fecha 16 de marzo de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación de todos los organismos, entes y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, integrados en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, según el Convenio de colaboración suscrito entre el entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (actualmente Ministerio de Hacienda y Función Pública) y la Comunidad Autónoma, sobre atribución de competencias de recursos contractuales. Dicho Convenio se publicó mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 22 de octubre de 2012, en el Boletín Oficial del Estado, el 2 de noviembre del mismo año.

Segundo. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación debe indicarse que el recurrente lo interpuso el 2 de marzo de 2017, no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la publicación en el Diario Oficial de la provincia. Todo ello de conformidad con el artículo 40 del TRLCSP y 19.2 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.

Tercero. Como ya se ha indicado, el recurso se interpone contra los pliegos de un procedimiento abierto para la contratación de un servicio sujeto a este recurso, por lo que al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) estamos ante un documento de un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Antes de entrar en el fondo del asunto conviene examinar uno de los requisitos exigibles para la admisión del recurso como es la legitimación del recurrente. Así el artículo 42 del TRLCSP establece que: “Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso” y el artículo 22 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, lo considera, expresamente, requisito de admisión del recurso.

El recurrente impugna los pliegos de un procedimiento de licitación, careciendo de la condición del licitador del mismo, ya que a la fecha de presentación del recurso no había presentado oferta (fecha que, por otra parte, coincide con la expiración del plazo para concurrir al procedimiento, como se menciona en el antecedente segundo de esta Resolución).

Debe, por tanto, traerse a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que teniendo en cuenta que, 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 general es que sólo 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-).

Como se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones de este Tribunal, esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, ya 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.>>

En definitiva, aun reconociendo una interpretación amplia del concepto de legitimación, en el supuesto de que el objeto de la impugnación sean los pliegos que han de regir un procedimiento de licitación, la regla general es la no legitimación de aquellos potenciales licitadores que no han presentado su oferta en el correspondiente procedimiento, si bien admitiéndose como excepción, la legitimación de los operadores que no han concurrido por entender que las cláusulas de los pliegos que rigen el procedimiento les colocan en una situación de desventaja o de desigualdad.

En el presente recurso se impugna el pliego de cláusulas administrativas de un procedimiento por entender que es de aplicación directa la Directiva Comunitaria 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, respecto de lo que debe entenderse por contratos públicos de servicios (artículo 2.9) y los importes de los umbrales estipulados en el artículo 4 de la misma. Todo ello para llegar a la conclusión que siendo el objeto del contrato y su importe de los comprendidos en estos preceptos, los pliegos que rigen el procedimiento de licitación deberían haberse publicado en el DOUE y en el BOE, siendo la consecuencia de esta falta de publicación, la nulidad de los mismos.

Más allá de entender y así aseverar el recurrente en su escrito de recurso que está legitimado como operador económico cuya actividad coincide con el objeto del contrato (de hecho es el actual contratista), y a pesar de no aclarar en qué medida esta falta de publicación hubiere podido afectar o perjudicar a sus intereses, lo cierto es que invoca un vicio de nulidad de pleno derecho como es la falta de publicidad requerida, eludiendo dos de los principios básicos que deben regir la contratación pública como son los de publicidad y transparencia consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, lo que al menos teóricamente pudiera implicar que sus intereses se vieran afectados como consecuencia de no haber tenido conocimiento del procedimiento de adjudicación en la forma y plazos requeridos por la normativa vigente.

Quinto. Entrando ya en el fondo del asunto que brevemente se ha enunciado, versa sobre si a la calificación del contrato de servicios objeto de licitación se le debe aplicar directamente o no, la Directiva Comunitaria 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, (artículo 2.9), lo que supone que pase a ser considerado, en todo caso y con todas las consecuencias jurídicas, un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. Ello implica que a efectos de publicidad tengan que anunciarse en DOUE y en el BOE.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea considera tanto con carácter general, como en expresa referencia a las sucesivas Directivas de contratación pública que cumpliéndose ciertos requisitos, la Directiva tiene un efecto directo, de modo que los particulares pueden alegarla ante los jueces nacionales. Así los dos requisitos principales establecidos son que el contenido del precepto de la directiva debe ser claro, preciso e incondicionado y que solo quepa invocarlo por los particulares para hacer valer sus intereses frente a los poderes adjudicadores.

En el presente contrato estamos ante un contrato de servicios calificado en la categoría 27 “otros servicios” del anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y por tanto, conforme al artículo 13 de esta disposición no se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada lo que implica entre otro orden de cosas, que no se someta a la publicidad exigida para aquellos. Pues bien el efecto directo de la directiva que se invoca se refiere al artículo 2.9 de la misma que considera contratos de servicios sujetos a regulación armonizada todos aquellos que superen los umbrales del artículo 4 de la Directiva, con independencia de categorías y con las excepciones que de forma concreta menciona.

Atendiendo pues a la jurisprudencia comunitaria el precepto es preciso, claro e incondicionado, características todas ellas cumplen los preceptos que determinan el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo o los procedimientos aplicables conforme a una norma. Se trata de un precepto claro (no cabe sobre el

mismo interpretaciones diferentes) y preciso (sin que faculte a los Estado miembros a aplicarlo de manera diferente).

En relación con el segundo requisito “efecto directo vertical ascendente” también se cumple desde el momento que lo invoca el recurrente frente a un poder público, sin que pueda entenderse de forma limitada, la necesidad de que el precepto, cuyo efecto directo se invoca, suponga el reconocimiento a los particulares de un derecho material frente a los poderes públicos (interpretación asumida en el del informe jurídico del órgano de contratación). El efecto directo vertical ascendente se cumple igualmente cuando ante los poderes públicos se solicita la aplicación de los principios de publicidad o concurrencia, esenciales en la contratación pública y por ende la aplicación de la normativa relativa a los mismos. Por todo ello se llega a la conclusión que en este caso opera el efecto directo de la Directiva y los pliegos deberían haberse publicado en el BOE y en el DOUE, por lo que lo alegado por el recurrente debe prosperar.

Sexto. Por último, debe tenerse en cuenta que aunque según el escrito del recurso el objeto del mismo es la impugnación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y condiciones técnicas, lo cierto es que en el suplico lo único que se pide es la retroacción del procedimiento al momento de la publicación de los pliegos en el DOUE y en el BOE. Este Tribunal entiende que así debe ser ya que:

-El vicio de nulidad que invoca el recurrente no se refiere a los pliegos más allá de la calificación del contrato como de servicios de la categoría 27, sino a la falta de publicación en debida forma.

-Dicha calificación del contrato de servicios de la categoría 27 aunque se mantenga inalterable en los pliegos, dado el efecto directo de las directivas y, en concreto, de su artículo 2 que califica todos los contratos de servicios como de regulación armonizada, carece de virtualidad en la práctica, por lo que en aras al principio de conservación de los actos administrativos debería solo anularse el procedimiento de contratación en relación con las actuaciones posteriores a la publicación, retro trayéndose por tanto el mismo al momento en que debe darse publicidad del procedimiento mediante anuncios en el BOE y en el DOUE.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. A.G.M. en representación de GESTIÓN INFORMÁTICA ADMINISTRACIÓN LOCAL, S.A. (GIALSA) contra los pliegos que han de regir el procedimiento para la contratación del “servicio de colaboración en la gestión tributaria y recaudatoria de los recursos económicos del Ayuntamiento de El Viso de San Juan (Toledo)”, retrotrayendo las actuaciones al momento en que deben publicarse un anuncio de los pliegos que rigen esta contratación en el BOE y en el DOUE.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, previamente acordada, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero 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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Castilla-La Mancha 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.