Resolución 4/2023

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE ALMERÍA

Almería, a 3 de octubre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J. M. F. G., en nombre y representación de ASES XXI S. L. contra el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPT) para la contratación del servicio de conservación, mantenimiento y reparación de las áreas de juegos infantiles, áreas biosaludables y calistenia del término municipal de Almería (Expediente C-91/21), este Tribunal ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. A fin de dar cumplimiento a la Resolución 1/2023, de 19 de abril de este mismo Tribunal, por la que se estimaba parcialmente el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador del contrato "Prestación de los servicios de conservación de las áreas de juego infantiles y de las áreas biosaludables del municipio de Almería, promovido por el Excmo. Ayuntamiento de Almería, con fecha 14 de julio de 2023 la Junta de Gobierno Local de la Ciudad de Almería aprobó nuevos pliegos que habrán de regir las prestaciones incluidas en dicho contrato. El nuevo anuncio de licitación fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 7 de agosto de 2023 y publicado en el citado Diario Oficial el día 11 de agosto de 2023. Con fecha 9 de agosto de 2023 se publicó el anuncio de los pliegos en el Perfil de contratante de la Junta de Gobierno Local de la Ciudad de Almería, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

SEGUNDO. Con fecha 30 de agosto de 2023 se interpuso por la parte actora recurso especial en materia de contratación específicamente contra el pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato de referencia.

Puede verificar la autenticidad, validez e integridad de este documento en la dirección:
https://verificarfirma.ual.es/verificarfirma/code/wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

Firmado Por	Lorenzo Mellado Ruiz		Fecha	04/10/2023
ID. FIRMA	afirma.ual.es	wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==	PÁGINA	1/8

wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

TERCERO. Se ha solicitado y recibido adecuadamente Informe del órgano de contratación, de acuerdo con el art. 56.2 LCSP.

CUARTO. La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y disposiciones reglamentarias de aplicación y desarrollo, en cuanto no se opongan a lo establecido en dicha Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el art. 46 LCSP y en el art. 2 del Reglamento Orgánico del mismo aprobado definitivamente por Acuerdo del Pleno de la Corporación municipal de fecha 21 de abril de 2022 (BOP de 20 de mayo de 2022).

SEGUNDO. Legitimación

Puede 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 (art. 48 LCSP).

Antes de entrar en el estudio de la cuestión de fondo planteada es necesario dilucidar la existencia o no de legitimación por parte de la entidad recurrente, en tanto que, entre otros argumentos, en el informe del órgano de contratación se cuestiona precisamente la misma.

Se recuerda así en el mismo, con fundamento en la reiterada doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, la necesidad de acreditación de un interés legítimo por parte del recurrente, el cual debe proyectarse en la producción efectiva de un resultado positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, de tal forma que la resolución administrativa final pueda repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético o potencial, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación. La legitimación activa exige, pues, la acreditación de una afección específica, actual o futura, sobre el status jurídico del recurrente, obteniendo o pudiendo obtener un beneficio o sufriendo o pudiendo sufrir un perjuicio a raíz de la resolución final del procedimiento.

La legitimación se vincula, pues, con la necesidad de que las puertas del proceso o procedimiento en cuestión, engrasadas por el derecho a la tutela judicial efectiva, se abran solamente a quienes ostenten algún interés real, y que además sea legítimo. La legitimación, desde un análisis necesariamente casuístico, implica la existencia de una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, y tanto individual como colectivo, de tal forma que la anulación

Puede verificar la autenticidad, validez e integridad de este documento en la dirección:
https://verificarfirma.ual.es/verificarfirma/code/wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

Firmado Por	Lorenzo Mellado Ruiz		Fecha	04/10/2023
ID. FIRMA	afirma.ual.es	wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==	PÁGINA	2/8

wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto (STS de 20 de marzo de 2012, rec. 391/2010).

El art. 48 LCSP, pese a su amplitud, en tanto que admite la efectiva o probable vulneración o afección no sólo de auténticos derechos subjetivos sino de meros intereses legítimos, tanto actuales como futuros, no es sin embargo un precepto totalmente abierto e indeterminado, sino que aquellos derechos o intereses que se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, incluso de manera indirecta, han de ser propios –por estar jurídicamente vinculados- de la parte recurrente, excluyéndose por tanto el puro interés en defensa de la legalidad (por todas, Resolución TARCJA 71/2021, de 4 de marzo).

En este sentido, la regla general es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento específico están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues sólo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general tiene una excepción lógica, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugna una cláusula del pliego que le impide participar en condiciones de igualdad en la correspondiente licitación, entendiéndose en estos casos que sí existe un interés legítimo cierto que puede resultar afectado, aun indirectamente, en la esfera jurídica del recurrente (por todas, Resolución TACRC 326/2020, de 5 de marzo).

Como sostiene también la doctrina de los tribunales de recursos contractuales, sería necesario acreditar la intención directa en participar en la licitación de que se trate, de tal forma que quede evidenciado el interés propio susceptible de verse afectado a raíz de la cláusula contenida en los pliegos que pretenden recurrirse, y, más específicamente, las infracciones contenidas en los pliegos que harían inviable u obstaculizarían la posibilidad de que su oferta fuera seleccionada, de haber concurrido a la licitación.

Es decir, no es suficiente con alegar la posible ilegalidad de una cláusula concreta, sino que sería necesario justificar cómo la misma incide o afecta, o podría hacerlo, sobre la esfera jurídica del recurrente. Sólo así será posible identificar un interés legítimo, aún indirecto, para recurrir. Y, tratándose de los pliegos, cómo dicha ilegalidad atenta contra el derecho subjetivo a concurrir en condiciones de igualdad en la licitación pública de que se trate, impidiéndole de forma cierta participar en la misma.

Pues bien, se opone el órgano de contratación a la admisión del presente recurso, alegando falta de legitimidad, en base a que, primero, "*el recurrente no ha justificado la legitimación, correspondiéndole al mismo tal tarea, ya que esta labor no puede ser sustituida por los Tribunales ni por el órgano de contratación, ya que de entrar a tratar de determinarlo se incurrirían en meras especulaciones*", a lo que se uniría la propia infracción del art. 66.1 LCSP, que determina que "*las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor*

Puede verificar la autenticidad, validez e integridad de este documento en la dirección:
https://verificarfirma.ual.es/verificarfirma/code/wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

Firmado Por	Lorenzo Mellado Ruiz		Fecha	04/10/2023
ID. FIRMA	afirma.ual.es	wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==	PÁGINA	3/8

wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios", por falta pues de vinculación entre el objeto social de la entidad recurrente y el objeto específico del contrato.

Es verdad que, a tenor de la literalidad del recurso interpuesto, no se ha justificado o acreditado expresamente la legitimidad esgrimida, pero también que una interpretación *pro actione* ha de conducir a entender que la mera interposición del recurso ya revela la intencionalidad de la recurrente en oponerse a la cláusulas impugnadas por afectarle la redacción actual a su derecho a participar en condiciones de igualdad en la licitación señalada. No apreciamos aquí, por tanto, la alegación de un puro interés en defensa de la legalidad, sin ningún tipo de conexión con la posición de la entidad recurrente. Es verdad que quizás sin la suficiente especificidad formal, puede deducirse fácilmente del recurso interpuesto el interés legítimo de la recurrente en la depuración normativa de las cláusulas cuestionadas pero no por su misma ilegalidad abstracta sino por afectarle en su posición a los efectos de participar, en el futuro, en la correspondiente licitación.

Ahora bien, aun admitiendo la existencia de un interés legítimo efectivo es necesario acreditar, en segundo lugar, la conexión o vinculación entre los cometidos institucionales de la entidad recurrente y el objeto específico del contrato.

Según se desprende de la cláusula 1. OBJETO Y ALCANCE del propio Pliego de Prescripciones Técnicas, "*es objeto del presente Pliego establecer las condiciones bajo las cuales se contratan los trabajos necesarios para la conservación, mantenimiento y reparación de las áreas de juegos infantiles, áreas biosaludables y calistenia del término municipal de Almería*". El objeto del contrato comprende, pues, un amplio catálogo de prestaciones relacionadas con la conservación, mantenimiento y reparación de las áreas de juego señaladas, incluyéndose de forma específica también que para la verificación de los estándares de calidad de los trabajos, el adjudicatario deberá encargar la realización de inspecciones y certificaciones a una empresa externa, como se desprende de la cláusula 13.1.7, acreditada por ENAC o equivalente, tipo C. Del análisis del objeto social del art. 2 de los estatutos de ASES XXI, contenido en la escritura de constitución de la sociedad, aportada al expediente, se deduce que la misma tiene por objeto "*la implantación, control y desarrollo de sistemas de gestión para la pequeña, mediana y gran empresa*" y la "*realización de auditorías de calidad y sistemas de gestión para empresas y profesionales*".

Entiende entonces el órgano de contratación que "*debe concluirse que el objeto social de ASES XXI no guarda relación con el objeto del contrato y la recurrente tampoco ha acreditado ni mencionado cuál pudiera ser dicha conexión. La consecuencia que se impone es que no podría licitar a una contratación de esta naturaleza, y que de admitirse en un plano teórico alguna conexión con el objeto del contrato, ésta sería la relacionada con la prestación residual de las certificaciones anuales de calidad que se han de realizar de forma externa, prestación esta cuya contratación le corresponde al contratista que resultara adjudicatario*".

Puede verificar la autenticidad, validez e integridad de este documento en la dirección:
https://verificarfirma.ual.es/verificarfirma/code/wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

Firmado Por	Lorenzo Mellado Ruiz		Fecha	04/10/2023
ID. FIRMA	afirma.ual.es	wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==	PÁGINA	4/8

wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

Aunque pudiera admitirse que, en caso de la estimación del recurso, y la consiguiente corrección de las cláusulas impugnadas, pudiera producirse de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, en la esfera jurídica de la entidad recurrente, es evidente que para ello la misma tendría que participar en la licitación correspondiente, y, para ello, es necesario apreciar una relativa coincidencia entre su objeto social y el objeto del contrato. Y lo cierto es que no parece apreciarse tal vinculación.

La lectura del art. 2 de los Estatutos de Ases XXI deja claro que su objeto social específico es la implantación, control y desarrollo de sistemas de gestión para la pequeña, mediana y gran empresa y la realización de auditorías de calidad y sistemas de gestión. El objeto de este contrato es, sin embargo, la prestación de servicios de conservación, mantenimiento y reparación de áreas de juego infantiles y áreas biosaludables. No es que no haya coincidencia entre ambos, aún remota, ni que la realización de auditorías externas de calidad sea obviamente residual en relación al objeto contractual, sino que, en realidad, la entidad recurrente sólo podría tener en su caso una relación derivada o secundaria en relación con la prestación principal. Lo que permite el art. 128 LCSP, invocado por la recurrente, es que, en su caso, los órganos de contratación puedan exigir a los operadores económicos un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por el mismo, a fin de certificar el cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato. Tal medio de prueba es, pues, potestativo, a juicio del órgano de contratación, y lógicamente no constituye una prestación contractual en sentido estricto. Pues bien, las cláusulas impugnadas se refieren precisamente a certificaciones externas por organismos acreditados. Pero que ASES XXI pueda ser o no un organismo acreditado a estos efectos no supone que vaya o pueda ser licitador potencial de este contrato sino que, en su caso, el adjudicatario correspondiente, en un segundo plano de ejecución, pudiera requerir o no sus servicios como medio de prueba externo del cumplimiento de las condiciones o prescripciones técnicas del servicio.

A pesar de todo lo anterior, la Resolución TARCJA 115/2021, de 25 de marzo, enfrentándose a un supuesto muy similar, sí que ha reconocido legitimación para recurrir en estos supuestos, a la vista de que la redacción originaria del PPT afectaba indirectamente a la recurrente, pues no podría actuar como entidad certificadora de las áreas infantiles y de aparatos biosaludables de la futura adjudicataria, entendiéndose entonces que las bases le provocaban un perjuicio que pretendía remediar precisamente con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones. Y en sentido similar también se había pronunciado la Resolución 129/2019, de 24 de julio, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, abordando el supuesto de un recurso contra un pliego por quien no tenía condición de licitador pero se veía perjudicado por la cláusula del mismo que prohibía la subcontratación.

Hemos de reconocer, pues, legitimación activa a la entidad recurrente en el presente supuesto.

Puede verificar la autenticidad, validez e integridad de este documento en la dirección:
https://verificarfirma.ual.es/verificarfirma/code/wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

Firmado Por	Lorenzo Mellado Ruiz		Fecha	04/10/2023
ID. FIRMA	afirma.ual.es	wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==	PÁGINA	5/8

wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

TERCERO. Acto recurrible

Los pliegos de prescripciones técnicas particulares son susceptibles de recurso especial en materia de contratación pública en virtud del art. 44.2.a) LCSP.

CUARTO. Valor estimado del contrato

Según el anuncio de licitación, el valor estimado del contrato asciende a 3.221.938,71 euros, cumpliéndose el umbral económico establecido por el art. 44.1 LCSP.

QUINTO. Plazo de interposición

El recurso tiene fecha de entrada de 30 de agosto de 2023, habiéndose interpuesto en el plazo legalmente establecido.

SEXTO. FONDO DEL ASUNTO. Existencia de un posible error o errata en los apartados 0 y 11 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares

Según la entidad recurrente, el recurso se fundamenta en la posible existencia de un error o errata en los apartados 0 y 11 del PPT, que pone en riesgo la seguridad del usuario de las instalaciones recreativas infantiles y de ejercicio al aire libre.

El apartado 0. Objeto y alcance se refiere a que "*la prestación comprenderá la realización de trabajos de mantenimiento preventivo y correctivo, certificación por entidad acreditada por ENAC o equivalente, tipo C*" y el apartado 11 a que "*con periodicidad anual y posterior a la inspección anual, se realizará una inspección y/o certificación individualizada por áreas de juegos, en la que por parte de una empresa externa acreditada para ello se haga constar que la instalación y su entorno no presentan ningún incumplimiento de los requisitos especificados en la normativa aplicable al área inspeccionada. […]. Se entregará un certificado de cada área emitido por entidad de inspección, acreditada por ENAC o equivalente, tipo C …*".

Y alega expresamente la recurrente: "*una entidad de inspección de Tipo C (o B) no puede garantizar de forma acreditada su independencia. Las únicas entidades de inspección que pueden garantizar de forma acreditada su independencia son las de Tipo A*", tanto en relación a la actividad de inspección propiamente dicha como al intercambio de información entre la entidad de inspección y el cliente.

El órgano de contratación, a la vista del informe técnico que incorpora, entiende sin embargo que las entidades de inspección que pueden garantizar de forma acreditada su independencia para la realización de las actuaciones de inspección y certificación establecidas en el PPT no son únicamente las de Tipo A acreditadas por la ENAC. Según la norma técnica aplicable, las entidades de inspección habrían de ajustarse como mínimo a los requisitos establecidos para el Tipo C, pero complementadas y reforzadas de manera que se garantice la independencia de estas con respecto a las instalaciones de inspección. Todo lo cual lleva a concluir que "*los organismos de inspección con independencia Tipo C, acreditados por ENAC conforme a la*

Puede verificar la autenticidad, validez e integridad de este documento en la dirección:
https://verificarfirma.ual.es/verificarfirma/code/wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

Firmado Por	Lorenzo Mellado Ruiz		Fecha	04/10/2023
ID. FIRMA	afirma.ual.es	wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==	PÁGINA	6/8

wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

NORMA UNE-EN-17220:2021 tienen competencia e independencia acreditada para realizar las inspecciones de las áreas de juego".

Pues bien, para resolver la cuestión de fondo hemos de apoyarnos de nuevo en la Resolución TARCJA 115/2021, de 25 de marzo, anteriormente citada, aplicable, como hemos señalado, a un supuesto similar.

Conforme a su consolidada doctrina, es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate (así, Resolución TARJCA 401/2020, de 19 de noviembre).

En este sentido, "*si una concreta especificación técnica está suficientemente justificada por el órgano de contratación o por su personal técnico, resulta del todo imposible que este Tribunal pueda desvirtuar con argumentos jurídicos el razonamiento técnico que le da cobertura*" (Resolución TARCJA 115/2021, de 25 de marzo). Y es que como también ha mantenido el TACRC, "*tratándose de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, este Tribunal no puede corregirlos o enjuiciarlos aplicando criterios jurídicos*" (Resolución 1147/2017, de 1 de diciembre).

Por tanto, y confirmando que lo establecido en las cláusulas impugnadas del PPT no es un simple error o errata material, la pretensión de la entidad recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración persigue. Este Tribunal no puede entrar a enjuiciar con criterios jurídicos y de ajustamiento a la legalidad la configuración técnica de las prestaciones del contrato ratificada por los órganos técnicos de apoyo al órgano de contratación. Y, en concreto, no puede entrar a valorar jurídicamente qué tipo de entidades externas de acreditación es la más adecuada para la correcta ejecución del contrato y la satisfacción efectiva de los fines públicos subyacentes al mismo. Tanto el informe técnico como el informe jurídico entienden que las entidades Tipo C, que efectivamente se prevén en la Norma UNE-EN 172020:2021 a los efectos de exigencia de unos requisitos mínimos de imparcialidad en la actividad inspectora, son adecuadas para tales fines, sin que tal decisión pueda ser sustituida por la voluntad ni de los licitadores ni de los potenciales sujetos externos colaboradores de los mismos.

El órgano de contratación asume, en fín, que los organismos de inspección con independencia Tipo C, acreditados por ENAC conforme a dicha Norma UNE-EN 172020:2021 tienen

Puede verificar la autenticidad, validez e integridad de este documento en la dirección:
https://verificarfirma.ual.es/verificarfirma/code/wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

Firmado Por	Lorenzo Mellado Ruiz		Fecha	04/10/2023
ID. FIRMA	afirma.ual.es	wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==	PÁGINA	7/8

wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

competencia e independencia acreditada para realizar este tipo de inspecciones, no pudiendo jurídicamente pronunciarnos al respecto ni ser posible, como decimos, la sustitución de tal decisión por la voluntad de los licitadores o de los potenciales organismos colaboradores de los mismos.

Vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ASES XXI S. L. contra el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares para la contratación del servicio de conservación, mantenimiento y reparación de las áreas de juegos infantiles, áreas biosaludables y calistenia del término municipal de Almería (Expediente C-91/21), promovida por el Ayuntamiento de Almería.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el art. 58.2 LCSP.

NOTIFÍQUESE 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 arts. 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Fdo. Lorenzo Mellado Ruiz
Presidente TARCAL

Puede verificar la autenticidad, validez e integridad de este documento en la dirección:
https://verificarfirma.ual.es/verificarfirma/code/wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==

Firmado Por	Lorenzo Mellado Ruiz		Fecha	04/10/2023
ID. FIRMA	afirma.ual.es	wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==	PÁGINA	8/8

wRftKzTGRhlCd07DpKrGQQ==