

**RECURSO 67/2016
RESOLUCIÓN 64/2016**

Resolución 64/2016, de 29 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Servicios Deportivos, S.C. en el procedimiento para la adjudicación del servicio de actividades físico-deportivas municipales de la ciudad de Soria.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Soria de 29 de julio de 2016 se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas (en adelante PCAP) y de prescripciones técnicas particulares (en adelante PPT) para la contratación del servicio de actividades físico-deportivas municipales de la ciudad de Soria, a partir del 1 de octubre de 2016, durante dos años.

La licitación, mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, se convocó en un anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Soria de 17 de agosto de 2016 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, quedando los pliegos a disposición de los licitadores.

Segundo.- Entre las empresas que presentaron oferta en dicha licitación no se encuentra la recurrente.

Tercero.- El 1 de septiembre de 2016 Servicios Deportivos, S.C anuncia, ante el órgano de contratación, la interposición del recurso especial.

El 2 de septiembre se registra ante el referido órgano el recurso especial. En él se indica que el apartado noveno del pliego de condiciones técnicas señala que la documentación técnica a aportar por los licitadores deberá contener, necesariamente:

“(…) Relación del personal encargado de la ejecución del contrato.

»Declaración jurada de los monitores que presenta la empresa, en la que hagan constar su compromiso contractual con la misma”.

Considera que la inclusión de esta cláusula constituye una previsión contraria a los principios que deben regir la contratación, ya que el hecho de no aportar dicha documentación supone que no se tenga en consideración la oferta presentada, con infracción de los principios de no discriminación e igualdad de trato, *ex* artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El hecho de cumplir con esta previsión, que no figura como criterio relevante para la adjudicación del contrato, supone, sin embargo, el conocimiento -previo a la adjudicación- de la identidad de los monitores, lo que puede alterar el juicio del órgano de contratación.

Considera así que bastaría con la identificación del número total de trabajadores que contratarán asignados a cada servicio y de la titulación que van a aportar.

Añade que la previsión relativa a la declaración jurada de cada uno de los trabajadores a contratar supone un perjuicio para las empresas radicadas lejos del municipio de Soria, habida cuenta del escaso plazo para la presentación de las ofertas (del 18 de agosto al 1 de septiembre). Al no haber contrato adjudicado no existe posibilidad de ofrecer a los trabajadores una propuesta de contratación en firme. La inclusión de esta previsión supone un favorecimiento a las empresas que tuvieran ya una implantación previa en la zona.

Finalmente alega que exigir esta declaración a los trabajadores es contraria a la legislación laboral, ya que no existe una expectativa real de que el servicio pueda ser prestado y limitaría la libertad futura del trabajador.

Cuarto.- El 7 de septiembre de 2016 se remite a este Tribunal el recurso, junto con el expediente y el informe del órgano de contratación, que es admitido a trámite el 8 de septiembre y se le asigna el número de registro 67/2016.

Quinto.- Trasladado el recurso a los restantes licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho, no consta la presentación de ningún escrito ni alegación.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 41.3 del TRLCSP y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- También queda acreditado que el recurso se interpone contra el contenido de los pliegos y el anuncio de licitación de un contrato de servicios sujeto al recurso, de conformidad con el artículo 40.1 b), así como que el acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40, ambos del TRLCSP.

El recurso especial se ha planteado en tiempo y forma, ya que el contenido de los pliegos se publicó el 17 de agosto de 2016 y el recurso fue presentado el 2 de septiembre ante el órgano de contratación. De conformidad con el artículo 44.2, letra a) del TRLCSP, "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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley". El recurso se ha presentado, por tanto, dentro del plazo previsto de quince días hábiles.

3º.- Con carácter previo y condicionante del examen de la cuestión de fondo suscitada, procede analizar la legitimación de la empresa Servicios Deportivos, S.C. para la interposición del presente recurso, puesto que no ha participado en la licitación.

En este sentido es doctrina reiterada de este Tribunal, de conformidad con jurisprudencia constante del Tribunal Supremo (por todas la Sentencia de 19 de enero de 2015) así como de otros tribunales competentes para conocer de estos recursos, que la legitimación debe ser reconocida en toda persona que pueda demostrar la existencia de una relación material unívoca entre el actor

y el objeto de la pretensión deducida, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 señala, en el mismo sentido que "Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS. 7-3-2001 citada por la de 4- 6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio, no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien, no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos, sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, 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, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado".

En el presente caso, si bien la empresa no ha concurrido a la licitación, el fundamento de su recurso descansa en la exigencia por parte de los pliegos de un requisito que puede afectar a la libre competencia entre empresas y la igualdad de trato entre ellas y alega un perjuicio cierto en su exigencia, al limitar sus posibilidades de concurrir a la licitación. Por lo expuesto, se advierte un interés legítimo en el reclamante, por lo que existe legitimación activa para formular la reclamación presentada.

4º.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, el recurrente fundamenta su recurso en el contenido de la cláusula 9.2 del pliego de condiciones técnicas, que requiere, en cuanto a la documentación técnica a aportar y con carácter necesario, la "Declaración jurada de los monitores que presenta la empresa, en la que hagan constar su compromiso contractual con la misma", ya que atribuye a esta prescripción la consecuencia de que su no presentación supondría que no se tenga en consideración la oferta presentada.

El órgano de contratación, por su parte, señala que ese requisito no se configura como un criterio de solvencia técnica -pues su exigencia no se encuentra en la cláusula séptima del PCAP, lugar donde se consigna su acreditación- y que tal requisito no está configurado de modo que su no presentación determine sin más su exclusión. Señala también que, a pesar del mayor o menor acierto de su inclusión en el PPT, "La posible ausencia, total o parcial, del reflejo de los vínculos de los colaboradores con cada contratista, en forma de 'declaración jurada', declaración responsable, compromiso efectivo, o lo que se incorpore a la documentación técnica por cada licitador, podrá ser objeto de valoración con arreglo a los criterios establecidos por la cláusula décima del pliego de cláusulas administrativas, pero no de exclusión si se cumplen los requisitos de la cláusula octava del pliego de cláusulas administrativas".

A juicio de este Tribunal, el recurso debe estimarse. La fórmula terminante en que están redactados los pliegos (PCAP y PPT) muestra la exigencia imperativa de la presentación de la documentación que se determina en ambos documentos, sin que pueda advertirse el margen de apreciación que sugiere el órgano de contratación. Así, si bien es cierto que el PCAP -cláusula séptima- no establece, en relación con la solvencia técnica, que deba presentarse esa declaración jurada del compromiso contractual con la empresa, lo cierto es que en la cláusula siguiente (cláusula octava.- Presentación de Proposiciones y Documentación Administrativa), se señala que "La presentación de una proposición supone la aceptación incondicionada por el empresario de las cláusulas del presente pliego y del de prescripciones técnicas".

Y si se acude al PPT, su cláusula 9, de forma categórica ("necesariamente"), en relación con la documentación técnica, exige lo siguiente:

"9.2.- Documentación técnica.

»Contendrá necesariamente: (...)

» Relación del personal encargado de la ejecución del contrato.

»(...).

»Declaración jurada de los monitores que presenta la empresa, en la que hagan constar su compromiso contractual con la misma”.

De esta manera resulta claro que, para presentar su oferta, los posibles licitadores podrían entender que deben presentar la declaración jurada, so pena de su exclusión, dados los estrictos términos en que están redactados los pliegos.

Por otra parte, tampoco puede tener favorable acogida la tesis sostenida por el órgano de contratación relativa a que “La posible ausencia, total o parcial, del reflejo de los vínculos de los colaboradores con cada contratista, en forma de ‘declaración jurada’, declaración responsable, compromiso efectivo, o lo que se incorpore a la documentación técnica por cada licitador, podrá ser objeto de valoración con arreglo a los criterios establecidos por la cláusula décima del pliego de cláusulas administrativas, pero no de exclusión si se cumplen los requisitos de la cláusula octava del pliego de cláusulas administrativas”.

En primer lugar, porque de la redacción de los pliegos no se admite que sea otra la forma de presentación de ese compromiso y, en segundo término, porque si se acude a la cláusula décima del PCAP (relativa a los criterios de adjudicación) tampoco puede deducirse que la declaración jurada de los monitores, expresiva de su compromiso con la empresa, tenga alguna relevancia con los criterios a valorar a los efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

En relación con este asunto, este Tribunal ya señaló en la Resolución 10/2014 que “El artículo 150 de TRLCSP, por el contrario, exige una regulación expresa de los criterios de adjudicación. El órgano de contratación puede optar entre uno o varios, pero es imprescindible que se detallen previamente, de lo que hay que concluir que no pueden utilizarse en la valoración de las ofertas criterios o fórmulas distintas de las que figuren en los pliegos.

»(...).

»Con estas reglas se trata de garantizar la objetividad de la valoración, la igualdad de los licitadores y que las ofertas presentadas se ajusten lo mejor posible a los intereses públicos. La precisión a posteriori de los criterios acrecienta notablemente el peligro de que éstos se confeccionen a la medida de una de las ofertas, no necesariamente la mejor, lo que podría privar de

objetividad la elección de la oferta. En consonancia con ello, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna". Como este Tribunal ha declarado reiteradamente (por todas Resoluciones 11/2013, de 27 de marzo), los pliegos deben considerarse como la ley del contrato, a la que deben ajustarse no sólo los licitadores al formular sus proposiciones, sino también los órganos de contratación al seleccionar las ofertas económicamente más ventajosas. Esto implica que aquello que no figura en el pliego no existe, salvo aquellos casos en que sea necesaria una interpretación integradora de los pliegos conforme a los principios que deben regir la contratación pública, de manera muy especial el principio de transparencia. Precisamente éste es el que exige que los criterios de selección de las proposiciones sean conocidos por los licitadores desde antes de presentarlas".

Resulta así evidente la vinculación del órgano de contratación y de los futuros licitadores a los criterios, requisitos y al procedimiento de adjudicación detallados en el anuncio y en los pliegos, en los que se establece con claridad la sujeción obligatoria a aquellos criterios de todos los que decidan presentarse a la licitación y que la evaluación de las ofertas deberá serlo exclusivamente conforme a los criterios expresamente determinados como evaluables; de ahí la necesidad de dejar constancia documental de ello con anterioridad a la valoración, ya que de otra forma se verían comprometidas la imparcialidad y la objetividad en el proceso de adjudicación.

Igualmente este Tribunal, ante un asunto de indeterminación de la valoración, señala en su Resolución 32/2016 que cuando el pliego está redactado en términos vagos e inconcretos, no determina de modo suficiente la forma de distribución de la puntuación que, por otra parte, podría perfectamente haberse configurado, no contiene una definición precisa de lo que va a ser objeto de valoración y la forma de puntuación no se precisa más que de modo genérico, tal circunstancia "determina que la valoración que pueda otorgarse sea excesivamente discrecional, de modo que en la aplicación de tal cláusula del pliego no queda garantizada la necesaria igualdad ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas presentadas, sin que los licitadores puedan conocer qué concretos aspectos se valorarán, lo cual supone una actuación valorativa que excede de la discrecionalidad técnica administrativa admitida y sería rayana con

la arbitrariedad. Podría resultar razonable considerar que todos los licitadores deban obtener la misma puntuación al presentar por escrito el compromiso (de que, en caso de ser necesario ampliar la plantilla actual, se suscribirá oferta de empleo para la contratación preferente de personas mayores de 45 años, personas con discapacidad y/o parados de larga duración), como que pueda ser objeto de una mayor valoración un compromiso más concreto (aun cuando el informe valore una simple propuesta de convenio), o una declaración dirigida en tal sentido, tal y como considera el informe técnico del comité de expertos. Tal imprecisión ha influido de modo decisivo a la hora de formular los concretos términos de la oferta por parte de los licitadores”.

En virtud de todo lo expuesto y siguiendo el referido criterio, procede estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el contenido de los pliegos por los que se rige esta licitación, con anulación de las actuaciones posteriores a su aprobación, retroacción del procedimiento al momento de su elaboración y, en consecuencia, nueva publicación de los pliegos, en cumplimiento lo dispuesto en el artículo 142 del TRLCSP.

5º.- El efecto señalado hace innecesario un análisis detallado del resto de las alegaciones realizadas por la empresa recurrente sobre el carácter discriminatorio de la cláusula recurrida, de la que tampoco consta en el expediente remitido justificación de su inclusión o de su imposible sustitución por un compromiso de adscripción de medios o fórmula similar; inclusión que, en caso de mantenerse, debe ser conforme a los postulados de la legislación de contratos y la jurisprudencia, así como, en su caso, de la legislación laboral aplicable.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Servicios Deportivos, S.C. en el procedimiento para la

adjudicación del servicio de actividades físico-deportivas municipales de la ciudad de Soria.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).