

“Expediente: Expte. 2022/78792 (Plataforma HELP)

Resolución: 5/2022

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, 22 de noviembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por (...) **en nombre y representación de INNOVA BPO S.L.**, contra los pliegos que rigen la licitación para la contratación del servicio de apertura, atención al público, vigilancia y cierre de los mercados municipales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (SE 311/22), este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha ha adoptado a siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 8 de noviembre de 2022, el órgano de contratación publicó anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, relativo al expediente de contratación para la prestación del servicio de apertura, atención al público, vigilancia y cierre de los mercados municipales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria.

El valor estimado del contrato es 198.513,08 euros, IVA excluido.

SEGUNDO. – El día 15 de noviembre de 2022, (...) en nombre y representación de INNOVA BPO S.L, interpone recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la contratación que figura en el encabezado de la presente resolución, solicitando en síntesis la anulación de los pliegos que rigen dicha licitación por no resultar acordes a Derecho, así como la retroacción de actuaciones al momento anterior a su aprobación, solicitando su vez medida cautelar de suspensión al amparo de lo dispuesto en el art. 49 LCSP.

TERCERO. – En su sesión celebrada el día 17 de noviembre de 2022, por parte de este Tribunal se acordó la admisión del recurso especial en materia de contratación que es objeto de la presente resolución, requiriendo al órgano de contratación la remisión del expediente para su estudio, junto con el correspondiente informe, así como pronunciamiento sobre la medida cautelar interesada por la recurrente, el cual ha sido objeto de notificación al órgano de contratación por parte de la Secretaría del Tribunal con fecha 17 de noviembre de 2022.

Dentro del plazo legalmente conferido al efecto, se ha remitido a este Tribunal el expediente de contratación objeto de requerimiento, junto con el correspondiente informe, en el que el órgano de contratación se muestra de acuerdo tanto en el fondo de la pretensión ejercitada, como en la adopción de la medida cautelar interesada por la entidad mercantil recurrente.

CUARTO. - Conforme se indica por el órgano de contratación a fecha de 21 de noviembre de 2022, no consta en la Plataforma de Contratación Pública del Estado dato alguno sobre presentación de licitadores, a los efectos de lo establecido en el art. 56.3 LCSP.

QUINTO.- En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; y en lo que no se oponga a la misma 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; por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; por el Real Decreto 77/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) aprobados por Decreto del órgano de contratación de fecha 8 de mayo de 2019; por la Directiva 2014/24 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014; por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016(DOUE L 3/16, de 6 de enero de 20); por el 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; así como el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

SEGUNDO. – En cuanto a la legitimación activa para la interposición del recurso, según establece el artículo 48 de la LCSP 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.

De forma que, en el presente caso, la mercantil recurrente sí gozaría de legitimación, al amparo de lo dispuesto en dicho precepto legal, toda vez que, por razón de su objeto social, sus derechos e intereses legítimos sí que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte en el presente recurso.

TERCERO.- En el presente caso se interpone recurso especial contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación que figura en el encabezamiento de la presente resolución, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el art. 44.2.a) LCSP.

Asimismo, se trata de un contrato de servicios con un valor estimado de 198.513,08 euros, IVA excluido, y por tanto superior a los 100.000 euros que se exigen en el art. 44 LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de servicios, por lo que el recurso resulta admisible.

CUARTO. – En relación al plazo de interposición, el recurso se ha interpuesto ante este Tribunal en plazo, ya que el anuncio de licitación se llevó a cabo el día 8 de noviembre de 2022, por lo que teniendo en cuenta que el recurso ha sido presentado con fecha 15 de noviembre de 2022, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles en los términos previstos en el art. 50.1.b) LCSP.

QUINTO. -Entrando a analizar el fondo del asunto, tenemos que comenzar señalando que la recurrente sustenta su recurso, de forma sintetizada, sobre la base de las siguientes consideraciones:

“Por todo lo expuesto, la exigencia de adscribir al servicio a vigilantes de seguridad resulta discriminatoria para aquellas empresas que, sin contar, por un lado, con la inscripción en el Registro Nacional de Seguridad Privada, y, por otro, con habilitación para prestar los servicios de seguridad privada, sí tienen la capacidad para realizar las funciones que, se describen en el pliego, al ser las propias de un servicio de auxiliares de servicios y control de acceso. En la actuación redacción de los pliegos se exige de anera indirecta una habilitación innecesaria para la realización del contrato que, además, es personalísima y no podría integrarse por medios ajenos, y por extensión, tampoco mediante la constitución en UTE, dejando fuera de toda posibilidad de licitar a empresas perfectamente aptas para llevar a cabo la ejecución de esos servicios. Por ello, solicitamos la anulación del requerimiento de vigilantes de seguridad en la prestación del servicio, reemplazándolo por auxilios de servicios y control de accesos.

SEXTO.- Por su parte, el órgano de contratación ha emitido el correspondiente informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, en el que se allana a la pretensión de la recurrente, pronunciándose en los siguientes términos:

“En base a las discrepancias en la regulación del personal a emplear en el servicio susceptible de recurso, vemos que no quedan claras las funciones a desempeñar ni el personal a llevarlas a cabo, no especificándose si estamos ante Servicios de consejería o de Seguridad privada únicamente, o de ambos a la vez.

Considerand lo previsto en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, y lo afirmado por la recurrente, parte de las prestaciones de contrato serían las de Servicios Auxiliares y de Control de Acceso más que servicios de vigilantes de seguridad privada en su totalidad y en sentido estricto, cuya habilitación por el ministerio del interior no viene especificada en el PPTP tampoco.

Los servicios técnicos municipales deberían reconsiderar el objeto de recurso y determinar a la luz de lo examinado las distintas prestaciones susceptibles de contrato, especificando la prestación o prestaciones a contratar, puesto que cabría plantear la contratación conjunta de ambos servicios, los de seguridad privada y los servicios auxiliares y de control de acceso, por tratarse de prestaciones independientes y posiblemente ambas necesarias.

Por las razones dadas e informadas, procedería estimar las alegaciones expuestas por la recurrente INNOVA BPO SL, contra los pliegos reguladores del contrato de servicio de apertura, atención al público, vigilancia y cierre de los mercados municipales de Marbella para el Excmo. Ayuntamiento de Marbella”.

SÉPTIMO.- En lo que se refiere al allanamiento del órgano de contratación, como tienen señalado, entre otras, el TARC Central en su Resolución nº 412/2021, de 16 de abril, en lo que respecta al allanamiento:

“La doctrina del Tribunal acerca del reconocimiento de las pretensiones del recurso por el órgano de contratación ha sido dar a este el tratamiento de allanamiento, según se ha manifestado en resoluciones recientes como las número 846/2020, de 24 de julio y 797/2020, de 10 de julio. En esta última resolución se resume el criterio del Tribunal, así:

A la vista del informe del órgano de contratación procede recordar la doctrina de este Tribunal sobre la conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente, pudiendo citar la Resolución 970/2019 de 14 de agosto, que recogiendo doctrina anterior, indicaba lo siguiente: “Tal y como ya indicábamos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, (...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente. En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la reformatio in peius.

Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez “juez y parte” y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso. Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoidad claramente distinta a independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir, un órgano decisor independiente que direme entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él.

Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial ad hoc, es el caso de la llamada “jurisdicción retenida” donde los recursos frente a los actos de la Administración sujeto al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la ley 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso administrativo.

En ella el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello sponga una “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso – administrativa). Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que parecía que la aceptación de la pretensión de la recurrente infringe, de modo manifiesto el ordenamiento jurídico”.

En el presente caso, no se parecía por este Tribunal que el allanamiento suponga infracción del ordenamiento jurídico por lo que el recurso debe ser estimado.

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal en sesión celebrada en el día de la fecha,

ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por (...) **en nombre y representación de INNOVA BPO S.L.**, contra los pliegos que rigen la licitación para la contratación del servicio de apertura, atención al público, vigilancia y cierre de los mercados municipales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (SE 311/22), con anulación de los mismos, debiendo retrotraerse el procedimiento para la redacción de unos nuevos pliegos y apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas.

SEGUNDO.- Denegar la medida cautelar de suspensión solicitada por el recurrente, dado que a través de la presente de resolución queda dilucidado el fondo del asunto, siendo innecesaria su adopción, por razones de eficacia y economía procedimental.

TERCERO. - 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 artículo 58.2 de la LCSP.

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

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe 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.”