

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 25 de mayo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la entidad la Fiesta de la Cerveza Oktoberfest España, S.L. contra los pliegos del contrato de “concesión de servicios para la gestión y explotación del Parque “Mágicas Navidades” de Torrejón de Ardoz”, número de expediente PA 81/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 3 de abril de 2023 a las 15:15:24, posteriormente rectificadas en mismo día a las 20:38:00 y el 5 de abril, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento restringido con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 193.450.129,26 euros y su plazo de duración será de 10 años con posibilidad de prórroga por otros 10, en periodos de 5 años.

A la presente licitación se presentaron 10 empresas entre las que no se encuentra la recurrente.

Segundo.- Los pliegos fueron publicados el 3 de abril de 2023, posteriormente rectificadas los días 5 y 13.

Tercero.- El 8 de mayo de 2023 se presentó ante el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación que fue remitido a este Tribunal el 16 de mayo. Se solicita la anulación de los pliegos y subsidiariamente la anulación de las cláusulas primera, sexta, decimoséptima y decimonovena del PCAP y las correspondientes cláusulas primera y segunda del pliego de condiciones técnicas. Además, solicita la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 16 de mayo de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP), solicitando la inadmisión del recurso por extemporáneo y falta de legitimación del recurrente.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas

y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Como cuestión previa es preciso analizar si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido.

Los motivos de impugnación son:

- No procede la calificación del contrato como de concesión de servicios sino como contrato de servicios.
- La cláusula sexta del PCAP y la segunda del PPT referidas a la duración del contrato prevén una duración de diez años y la posibilidad de dos prórrogas de cinco años cada una. Un total de veinte años. Falta de justificación de una duración excesiva en el contrato.
- Improcedencia de exigir fianza provisional en los términos de la cláusula decimoséptima del PCAP y falta de justificación de su exigencia.
- Ilegalidad de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor porque no se establecen los criterios de valoración, ni la justificación de los criterios elegidos.

El órgano de contratación alega que el anuncio de licitación se publicó el 3 de abril y que ese mismo se rectificó al haber detectado error en el valor estimado del contrato. En cuanto al PCAP fue publicado el 3 de abril de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En fecha 5 de abril de 2023 se detecta que por error el PCAP publicado en el perfil de contratante alojado en la PLACSP no contiene firma, por lo que se procede a subsanar el error publicando el PCAP firmado con código de verificación segura.

El 13 de abril se advierte error material y se procede a rectificar el PCAP y su publicación. La rectificación del PCAP consistía en la adecuación de los mismos a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, así al establecer en el apartado referente al Proyecto que las zonas de hostelería era cuatro, se advirtió que en el PPT, estas eran seis, por lo que se procedió a su modificación. Asimismo, se observó que

en la página 14 del PCAP, al hablar de empresas de nueva creación se hace referencia a un cuadro de características del contrato que no existía así como referencia a la *“experiencia en gestión de Centros Deportivos”*, siendo claro y meridiano que se había producido un error, puesto que se hacía referencia a otro tipo de contratos.

El recurrente afirma que tuvo conocimiento de los pliegos el 13 de abril, fecha de la última rectificación. Sin embargo, en su recurso hacer referencia al PCAP publicado con anterioridad, pues hace mención a 4 zonas de hostelería.

Por ello, entiende que el plazo que debe contarse para la interposición del recurso es desde la primera publicación por lo que finalizaría el 26 abril.

Comprueba este Tribunal las modificaciones efectuadas tanto en el anuncio de licitación como en el pliego de cláusulas administrativas particulares y ninguna de las alegaciones vertidas por el recurrente van referidas a dichas rectificaciones.

En consecuencia, el plazo para interponer el recurso se computa a partir del 3 abril, fecha de la primera publicación del anuncio de licitación y del PCAP, por lo que el recurso interpuesto el 8 de mayo es extemporáneo por interponerse transcurridos los 15 días hábiles establecidos en el artículo 50.1. de la LCSP.

Como ya se establecía en nuestra reciente Resolución 170/2023, de 27 de abril, con referencia a la Resolución 172/2021, de 21 de abril: *“Conviene señalar que si bien se publicó en el perfil de contratante una corrección de errores al PCAP el 19 enero de 2021, al estar referida al Anexo 1.2 “Importe de la solvencia establecida en el apartado 5 de la cláusula 1” y no afectar al objeto de impugnación no puede conllevar efectos a la hora de considerar ampliado el plazo de interposición del presente recurso. En este sentido hemos de recordar que es doctrina asentada del Tribunal que, si los defectos alegados por la recurrente en su impugnación se refieren a aspectos no modificados por el órgano de contratación en su resolución de corrección,*

debe tomarse como dies a quo, o momento inicial en el cómputo del plazo de interposición del recurso especial, la fecha de la publicación inicial del anuncio de licitación en el perfil de contratante”.

Como ha mantenido este Tribunal en reiteradas Resoluciones el principio de seguridad jurídica justifica que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal, pues en caso contrario se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación. Los plazos de admisibilidad constituyen normas de orden público que tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica, regulando y limitando en el tiempo la facultad de impugnar las condiciones de un procedimiento de licitación. El plazo de interposición es también consecuencia del principio de eficacia y celeridad que rigen el recurso ya que una resolución tardía produce inseguridad jurídica en los licitadores, y en el órgano de contratación, además de alargar la tramitación del procedimiento; asimismo reduce el riesgo de recursos abusivos. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto y cualquier irregularidad del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo, so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso.

Asimismo, el artículo 55 de la LCSP dispone que cuando el órgano encargado de resolver el recurso apreciará de modo inequívoco y manifiesto, entre otros supuestos, que la interposición del recurso se ha efectuado una vez finalizado el plazo establecido para su interposición, dictará resolución acordando la inadmisión del recurso.

Igualmente, el artículo 22.1.5º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé que solo procederá la admisión del recurso cuando concurra, entre otros, el requisito de que la interposición se haga dentro de los plazos previstos en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de

Contratos del Sector Público (actual 50.1 de la LCSP), recogiendo en su artículo 23 que la apreciación del cumplimiento de los requisitos para la admisión del recurso corresponde al Tribunal.

En consecuencia, procede inadmitir el presente recurso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 50.1.a) y b) y 55.d) de la LCSP, por haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación, una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para su presentación, resultando extemporáneo.

A mayor abundamiento señalar que el recurrente no ha presentado oferta al presente procedimiento de licitación posteriormente a la interposición del recurso, lo que hace cuestionar su legitimación.

El artículo 48 de la LCSP reconoce legitimación para la formulación del recurso especial en materia de contratación a aquellos *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*.

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, 87/2014, de 11 de junio, o 22/2015 de 4 de febrero), o en las más recientes 106/2022 y 462/2022, la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010, de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”*.

Este Tribunal comparte criterio con el Tribunal Administrativo Central que ha establecido, valga por todas la Resolución nº 1298/2019, *“En nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre recientemente hemos declarado que: este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: ‘Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial’*. Traslado este

critério a las impugnaciones de pliegos resulta, con carácter general, que únicamente los licitadores pueden impugnar los pliegos. Afirmación que se matiza para permitir la impugnación de los pliegos a aquellas personas que no hayan podido tomar parte en la licitación precisamente por el motivo en que fundamentan su recurso. En este sentido Resolución 967/2015, de 23 de octubre, reiterada en la 809/2019 de 11 de julio:

‘El recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente- el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre. Este Tribunal ha resuelto ya en diferentes resoluciones sobre la legitimación del recurrente que no participa en el procedimiento de contratación, admitiéndola excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013), circunstancia esta que no es el caso ahora examinado.

(...) Así pues, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación resulta necesario que el recurrente haya participado en la licitación o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

(...) Ante la falta de desarrollo pormenorizado por la recurrente de los motivos que imposibilitaron la presentación de oferta, procede negarle legitimación para recurrir y, en consecuencia, inadmitir el recurso presentado”.

En el presente supuesto el recurrente impugna los pliegos, sin embargo, posteriormente no presenta su oferta, por ello procede analizar si estamos ante un supuesto de legitimación de acuerdo con la doctrina expuesta anteriormente.

Los motivos de impugnación son la calificación del contrato, su duración, la garantía y los criterios de adjudicación que, a su juicio, no establecen los criterios de valoración ni están justificados en el contrato.

El recurrente no justifica que le impide presentar oferta más allá de decir *“Es evidente que esta parte sufre un perjuicio dado que mientras interpone el recurso no puede presentar una solicitud de participación; razón por la cual lo más lógico es la suspensión que se propone”*. En ningún momento referencia cláusula alguna que le impida participar en el procedimiento de licitación, no desarrollando, ni siquiera de manera sucinta, los motivos que imposibilitaron la presentación de su oferta. A mayor abundamiento, este Tribunal no aprecia que pudiera haberle impedido hacerlo en base a alguna restricción introducida en los pliegos objeto del recurso o que le impida participar en un plano de igualdad en la licitación.

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina expuesta, también procede inadmitir el recurso por falta de legitimación.

Resuelto el recurso carece de sentido pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas por la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la entidad La Fiesta de la Cerveza Oktoberfest España, S.L. contra los pliegos del contrato de “concesión de servicios para la gestión y explotación

del Parque “Mágicas Navidades” de Torrejón de Ardoz”, número de expediente PA 81/2023.

Segundo.- 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.