



Roj: **STSJ PV 462/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:462**

Id Cendoj: **48020330012015100081**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2015**

Nº de Recurso: **543/2013**

Nº de Resolución: **54/2015**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 543/2013

ORDINARIO

SENTENCIA NUMERO 54/2015

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

En Bilbao, a nueve de febrero de dos mil quince.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 543/2013 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución 54/2013 de 8 de julio del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales por la que se declara la inadmisión del recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de "Servicio de ayuda a domicilio" tramitado por el Ayuntamiento de Muskiz.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTES** : LAGUNDUZ 2 S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD (FSC), representadas por la Procuradora Doña BEGOÑA URIZAR ARANCIBÍA y dirigidas por el Letrado Don JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ CALLEJÓN.

- **DEMANDADA** : URGATZI S.L., representada por la Procuradora Doña LEYRE CAÑAS LUZARRAGA y dirigida por el Letrado Don GONTZAL ESPINOSA PASTOR.

-**OTRA DEMANDADA**: EL AYUNTAMIENTO DE MUSKIZ, que no se ha personado en esta instancia.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de septiembre de 2013 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA actuando en nombre y representación de LAGUNDUZ 2 S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y



COMUNIDAD (FSC), interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 54/2013 de 8 de julio del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales por la que se declara la inadmisión del recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de "Servicio de ayuda a domicilio" tramitado por el Ayuntamiento de Muskiz; quedando registrado dicho recurso con el número 543/2013.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO .- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 6 de mayo de 2014 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- Por providencia de fecha 9 de diciembre de 2014 se señaló el día 11 de diciembre de 2014 para la votación y fallo del recurso. Por providencia de 11 de diciembre de 2014 se acordó la suspensión del señalamiento a los efectos de oír a la parte actora en cuanto a los motivos de inadmisibilidad opuestos por la demandada.

SEXTO.- Presentado escrito de alegaciones por la Procuradora Doña BEGOÑA URIZAR ARANCIBÍA se procedió a realizar un nuevo señalamiento.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 2 de febrero de 2015 se señaló el pasado día 5 de febrero de 2015 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es cometido de este recurso contencioso-administrativo revisar la validez de la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, -en adelante, OARC-, de 8 de Julio de 2.013, que inadmitió el recurso especial promovido por la dos entidades ahora recurrentes en relación con el concurso convocado por el Ayuntamiento de Muskiz para contratar el servicio de Ayuda a Domicilio.

El referido Recurso Especial fue interpuesto en fecha de 16 de Enero de 2.013 contra acuerdos del Pleno Municipal de 13 y 27 de diciembre anterior, mediante los que, respectivamente, se rechazaba la oferta de las recurrentes, (a constituirse como U.T.E), y se adjudicaba el contrato a la firma social "Urgatzi, S.L".

El fundamento de la inadmisión consistiría, según el órgano de revisión contractual, en que, debiendo tomarse como fecha inicial del cómputo del plazo para formular dicho recurso el día 27 de Diciembre de conformidad con el artículo 44.2 del Texto Refundido de la LCSP , la interposición se hizo ya fuera del plazo de 15 días, computados en el modo dispuesto por el artículo 48.1 LRJ- PAC , en relación con las disposiciones sobre Calendario Oficial de Fiestas de la CAPV de 2.012 y 2.013.

Oponen a dicho motivo de repulsión del recurso las entidades recurrentes que el acuerdo del Pleno de 27 de Diciembre de 2.012 les fue notificado finalmente por correo el 2 de Enero de 2.013, tras haberse remitido el día 28 de Diciembre a ellas y a todos los participantes en el concurso, como constaría en los folios 124 a 129 del expediente y conforme a la copia que se acompaña como documento 1, correspondiente a los folios 141 a 146 del citado expediente. Por ello, siendo el ultimo día para presentar el recurso el **16 de enero** , (y no, por tanto, el 15, como deduce la Resolución recurrida), el mismo resultó temporáneo y procederá entrar a conocer del fondo del asunto.

La sociedad mercantil adjudicataria, que comparece como parte demandada a los efectos del artículo 21.3 LJCA , tras oponer un primer el motivo de inadmisibilidad que será previamente examinado, replica a dicha argumentación que el acuerdo de 13 de Diciembre de 2.012 les fue comunicado a las recurrentes el 17 de Diciembre de 2.012, (folios 79 a 82), y el recurso contra dicho acuerdo que fue en el que se decidió la exclusión de dichas concursantes, fue interpuesto, ya fuera de plazo, el día 16 de enero de 2.013. Posteriormente la Administración convocante les remitió el acuerdo de 27 de diciembre pero en el que no se decidía sobre dicha exclusión, que ya había sido resuelta en el anteriormente citado de 13 de Diciembre.

De esta circunstancia deriva el segundo motivo de inadmisibilidad del proceso en base al artículo 69.c) LJCA , ya que, en todo caso, faltaría la interposición contra el acto de adjudicación o, subsidiariamente, fue extemporáneo el formulado contra el acto de exclusión de las licitadoras, que conforme al artículo 40.2.b) del TRLCSP era específicamente impugnabile en tanto acto que impedía continuar el procedimiento, lo que privaría a las mismas de legitimación activa para impugnar el acto de adjudicación del artículo 40.2.c) del referido TR. Hubo, en suma, dos acuerdos susceptibles de ser impugnados por esa vía, y no consta contra cuál de ellos se interpuso el único que se promovió el 16 de enero de 2.013, pero en todo caso el primero



de ellos debió interponerse antes del 7 de Enero de 2.013 y no lo fue, resultando ya extemporáneo cuando se presentó. Entiende dicha parte que, además, no hay proceso dirigido frente a dicho acto de exclusión de las licitadoras recurrentes ya que la Resolución del OARC inadmitía el formulado contra la adjudicación del contrato, insistiendo en la falta de legitimación activa que de ello deriva para impugnar la adjudicación una vez perdida la cualidad de licitadoras.

SEGUNDO.- Ya hemos anticipado que, por orden de prelación resolutive, hay que examinar con carácter previo el motivo de inadmisibilidad referido al defecto de comparecencia de las partes colitigantes actoras que la demandada sitúa en el artículo 69.b), en relación con la inobservancia del requisito documental del artículo 45.2.b), ambos de la LJCA .

Las razones expuestas por la parte recurrente en el escrito que ha tenido entrada en fecha de 22 de Diciembre de 2.014, se centran específicamente en este motivo, y reiteran las ya formuladas en escrito de 19 de setiembre de 2.013 con ocasión de ser requeridas de subsanación dichas partes codemandantes por Diligencia de la Secretaría de 13 de setiembre de dicho año, -folios 24 -25 de los autos-, mereciendo las siguientes consideraciones.

En torno a la cuestión estrictamente procesal de la acreditación del requisito de comparecencia prescrito por el artículo 45.2 d) LJCA , corresponde su inicial y básica apreciación a la Secretaría del Tribunal como órgano con competencias propias y en base a la redacción del apartado 3 de dicho precepto a partir de la vigencia de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial («B.O.E.» 4 noviembre), al decir que; *"El Secretario judicial examinará de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Si estima que es válida, admitirá a trámite el recurso. Si con el escrito de interposición no se acompañan los documentos expresados en el apartado anterior o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el Secretario judicial estime que no concurren los requisitos exigidos por esta Ley para la validez de la comparecencia, requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto y, si no lo hiciera, el Juez o Tribunal se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones."*

Concuerda con lo anterior la nueva redacción del artículo 138.2 LJCA , previsto para fase posterior, al decir que, *"Cuando el Juzgado o Tribunal de oficio aprecie la existencia de algún defecto subsanable, el Secretario judicial dictará diligencia de ordenación en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia"*.

En este caso, tras las diligencias de Ordenación de 13 y 23 de setiembre de 2.013, en que dicho órgano (y no propiamente, la Sala, como la demandada interpreta), requería sucesivamente la subsanación de determinados aspectos de la comparecencia, y, en particular el ahora cuestionado, se dictó finalmente el Decreto de 4 de Octubre -f. 96 y 97-, en que se tenían por subsanados los defectos y se daba curso al proceso, sin que haya mediado recurso ni protesta contra dicha resolución - artículo 102 Bis-, con lo que la posibilidad de reexaminar ahora a título de causa de inadmisibilidad del artículo 69.b) LJ dicha concurrencia de requisitos documentales de la comparecencia originaria queda agotada para el caso presente, en que las facultades de requerir de subsanación se han puesto ya en práctica y han culminado en un determinado sentido, y donde, no pudiendo reiterarse otros requerimientos, y conforme a la doctrina que han expresado entre otras, la STS de 31 de Enero de 2.008 , (Ar. 1.124), el motivo de inadmisibilidad no podría ser directamente apreciado en sentencia so pena de grave vulneración del principio de tutela judicial efectiva.

Se rechaza, por tanto ese primer motivo de inadmisibilidad.

TERCERO.- Pese a ello, si ha de dar lugar a acogimiento y prosperidad el segundo de los planteamientos de inadmisibilidad que propugna la firma social *Urgatzi, S. L.*, como única parte demandada a los efectos del artículo 21.3 LJCA , y que se desarrollan desde una perspectiva múltiple y disyuntiva.

Las partes colitigantes actoras sostienen en su escrito de demanda que, frente a lo que el OARC indica en su Resolución nº 54/2.013, de 8 de Julio, el acuerdo plenario no se remitió el mismo día 27 de Diciembre, sino el 28 en que se envió a todas las participantes, de manera que el último día para promover el Recurso Especial era el 16 de Enero de 2.013, como así ocurrió, y no en cambio el día 15. Por tanto, dicho recurso debió ser admitido en función de la constancia de dicha fecha por medio de los documentos que se adjuntan y que obran a los folios 44 a 52 de estos autos.

Como antecedente básico, consta que el Recurso especial único interpuesto el día 16 de Enero de 2.013, se dirigía nominalmente contra ambos actos, -f. 170 del expediente-, sin que tengan cabida a este respecto las dudas de la parte demandada.

Ahora bien, independientemente de que así conste en efecto y de que el artículo 44.2. del TRLCSP señale que, *"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince*



días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4", la clave se sitúa en que el acuerdo de exclusión de las demandantes por considerar su baja como anormal o desproporcionada, se había producido el 13 de Diciembre de 2.012, y siendo plenamente susceptible de Recurso Especial de conformidad con el artículo 40.2 (por expresa indicación de éste), dichas licitadoras no reaccionaron contra el mismo en el plazo de quince días habilitado para impugnarlo a contar de que tuvieron conocimiento del mismo, (poco importa que fuese el 17 o el 18 de Diciembre).

Como consecuencia de ello, siendo cierto que se interpuso formalmente en plazo el Recurso Especial respecto del postrero acuerdo de adjudicación, como así sostienen, para el 16 de Enero de 2.013 había precluido toda acción de impugnación del primitivo acuerdo de exclusión, con un doble efecto procesal que es atinadamente observado por la parte demandada opuesta:

-No cabe en modo alguno tener por impugnada jurisdiccionalmente la exclusión de dichas licitadoras, realmente firme y consentida, de manera que cuantos argumentos se vierten en el litigio en defensa de la validez de su propuesta concursal, - materia sobre la que recae la *cuestión de fondo* expuesta a los folios 136 a 141 de los autos-, tienen que quedar fuera del perímetro de examen litigioso.

-La impugnación del posterior acuerdo municipal plenario de 27 de Diciembre de 2.012, que resolvió sobre la adjudicación, por más que recogiera en sus antecedentes todo lo concerniente a dicha exclusión ya decidida con anterioridad y que incluso incluyese nominalmente las puntuaciones de "Lagunduz Taldea " sin darles eficacia, no permite examinar aisladamente dicha actuación, pues las entidades ya excluidas no acreditan estar legitimadas para atacar la adjudicación a una tercera una vez excluidas en firme del proceso de adjudicación, y la pretensión procesal de que la adjudicación y el contrato celebrado con *Urgatzi, S.L* sean anulados no cuenta tampoco con verdaderos fundamentos propios y diferenciados de los relativos a la validez de la propuesta de las recurrentes, con lo que deviene pura derivación y decae en cuanto aquella exclusión queda procedimentalmente reafirmada.

CUARTO.- Respecto de las costas de la presente instancia, han de ser dispensadas pese a la preceptividad general de su imposición, en la medida en que se promueve el proceso frente a una resolución administrativa inadmisoria cuyo fundamento preciso no puede ser corroborado en vía jurisdiccional y respecto de la que la controversia queda en principio justificada.

En relación con el régimen de recursos frente a la presente sentencia, fijada provisionalmente como indeterminada la cuantía mediante Decreto de la Secretaría de 6 de Mayo de 2.014, -f. 207-, el examen del expediente no permite descartar la posibilidad de la Casación ordinaria a la vista de que el contrato, con duración normal de dos años prorrogable por otros dos, contaba para los dos primeros con una consignación presupuestaria acumulada -2.013-14-, de 1.040.000 €. -F. 19 del expediente-, por encima del límite o *suma gravaminis* del artículo 86.2.b) LJCA .

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala, emite el siguiente,

FALLO

QUE DECLARAMOS INADMISIBLE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA EN REPRESENTACIÓN DE LAS ENTIDADES "LAGUNDUZ 2, S.L" Y "FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD" CONTRA LA RESOLUCIÓN Nº 54/2.013, DE 8 DE JULIO, DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI,-OARC DE LA C.A.E-, QUE A SU VEZ INADMITIÓ EL RECURSO PROMOVIDO FRENTE A ACUERDOS DEL PLENO DEL AYUNTAMIENTO DE MUSKIZ DE 13 Y 27 DE DICIEMBRE DE 2.012 RELATIVOS AL CONTRATO DEL SERVICIO DE AYUDAS A DOMICILIO. SIN IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS** , contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0543 13, de un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).



Así, por esta nuestra sentencia, de la que se dejará testimonio completo en los autos, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe en Bilbao, a 9 de febrero de 2015.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ