

ENRIQUE JAVIER DÍEZ ARCAS, mayor de edad con DNI nº 45.292.925-Z, letrado colegiado nº 254 del Ittre. Colegio de Abogados de Melilla, con despacho profesional sito en Melilla en calle General O'Donnell 25, 2º izquierda, actuando en mi calidad de Servicio Jurídico de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Melilla, S.A., requerido al efecto formula el siguiente,

INFORME RECURSO REPOSICIÓN IMPUGNACIÓN PLIEGOS DEL CONTRATO SERVICIOS DENOMINADO “PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE UN DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS PARA LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MELILLA, S.A. (EMVISMESA)”

1.- Objeto del informe.

Es objeto del presente es evacuar informe a la Mesa de Contratación de EMVISMESA respecto al recurso de reposición formulado por la representación de la mercantil TARSYS, S.L. impugnando los pliegos del contrato de servicios denominado *“PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE UN DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS PARA LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MELILLA, S.A. (EMVISMESA)”*.

2.- Antecedentes.

El Consejo de Administración de EMVISMESA aprobó mediante sesión de fecha 02/03/2023 los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los pliegos de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato de servicios denominado *“PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE UN DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS PARA LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MELILLA, S.A. (EMVISMESA)”*.

El 24/03/2023 se publicaron los pliegos aprobados por el Consejo de Administración de EMVISMESA en la Plataforma de Contratación del Sector Público; el 20/04/2023 se estableció como fecha límite para la presentación de licitaciones al contrato de servicios.

El 20/04/2023 se formula Recurso de Reposición por la representación de la mercantil TARSYS S.L. impugnando los pliegos del contrato de servicios.

3.- Fondo del asunto.

Centra el recurso de reposición la impugnación de los pliegos en dos puntos, el primero sería, que el Pliego de Prescripciones Técnicas, en su cláusula 1º, punto Octavo, exige el estar en posesión del título de licenciado en Derecho para participar; y el segundo punto de impugnación sería, que se establezca como criterios evaluables la aportación de certificados de protección de datos emitidos por la Agencia Española de Protección de Datos.

Antes de comenzar a analizar el contenido del recurso, hay que aclarar que el recurso que correspondería para impugnar los pliegos sería el recurso de alzada, no obstante, podemos entender que se produce por el recurrente un error en la denominación del mismo, y que si bien se define como recurso de reposición en lugar de recurso de alzada, en aras a no causar indefensión y como reiterada jurisprudencia viene señalando, se deberá continuar con la tramitación del recurso formulado como si fuese un recurso de alzada.

A).- Antes de entrar sobre el fondo de las dos cuestiones planteadas, hay que valorar si el recurrente goza de legitimidad para formular el recurso de reposición planteado; en relación con la legitimidad para impugnar los pliegos, hay que partir que el recurrente ha formulado recuso de reposición (alzada), pero finalizado el plazo para presentar oferta/licitación, el recurrente no ha presentado su licitación. En este sentido reiterada doctrina dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) dispone de forma pacífica, que para poder formular una impugnación del contenido de los pliegos de adjudicación de un contrato de servicios, es necesario primero formular recurso para posteriormente, y dentro del plazo, presentar la oportuna licitación, para de esta forma entender que se goza de legitimación en plantear un recurso de impugnación de pliego; en estos términos se expresa por ejemplo la Resolución nº 728/2019 del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TACRC):

“(…) a quien, siendo ya licitador por haber presentado su proposición, aceptando con ello el contenido de los pliegos y sometiéndose a los mismos, conforme a las previsiones del art. 139 LCSP, sin embargo, viene posteriormente, en contradicción con

ello, a interponer recurso especial impugnando los pliegos. Distinta es la situación de aquel empresario que, estando interesado en concurrir a la licitación, y advirtiendo la existencia de algún vicio de legalidad en los pliegos, interpone recurso frente a los mismos y, para evitar verse perjudicado ante una eventual inadmisión de su recurso, dado el carácter preclusivo del plazo de presentación de proposiciones, formula posteriormente su oferta en el procedimiento de licitación en el que ya ha impugnado los pliegos. En este caso su recurso es admisible, y además se salva el óbice que, respecto de la impugnación de los pliegos, viene advirtiendo este Tribunal en relación con la legitimación de aquel recurrente que no presenta oferta a la licitación, ... no cabe sino concluir que en el régimen establecido por la vigente LCSP la admisibilidad del recurso especial frente a los pliegos requiere que el empresario que, encontrándose interesado en participar en una licitación, advierta en los pliegos de la misma algún vicio de invalidez que estime procedente cuestionar, y que no constituya un supuesto de nulidad de pleno derecho, tenga que impugnar los mismos antes de presentar su oferta para que su recurso resulte admisible, y, una vez formulado dicho recurso, si el vicio de invalidez denunciado no le imposibilita participar en la licitación, habrá entonces de formular su proposición en dicho procedimiento”.

Además de lo anterior, también debe mencionarse la doctrina de este Tribunal, sintetizada, por ejemplo, en la Resolución nº 564/2017: «Debe, por tanto, traerse a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que teniendo en cuenta que, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-), la regla general es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –Roj STS 4465/2005-).

Como se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones de este Tribunal esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, ya que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”.» TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS

CONTRACTUALES Expdte. TACRC – 758/2022 VAL 187/2022 7 Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: «27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate».»

Por tanto para tener legitimación en impugnar el contenido de unos pliegos, es necesario que el supuesto perjudicado por dicho contenido, formule en tiempo recurso y acto seguido y dentro del tiempo para presentar licitación, presente su licitación, en caso contrario, de no presentar en dicho orden el recurso y la licitación o no presentar oferta posterior al recurso, éste deberá ser inadmitido por carecer de legitimidad el recurrente.

Pues bien, por parte TARSYS, S.L. se presentó dentro del plazo para recurrir, recurso impugnando el contenido de los pliegos, pero sin embargo no se llegó a presentar con posterioridad la oportuna licitación, que le otorgara legitimidad en la impugnación de los pliegos, debería ser desestimado por carecer de legitimación para recurrir los pliegos.

No obstante, y como se establece de forma pacífica en las resoluciones del TACRC, existe una salvedad a la necesidad de presentar oferta para participar en los pliegos con posterioridad a la formulación de recurso impugnándolo, cual es que el recurrente acreditara que el contenido de los pliegos incluye una disposición que es aquella que impugna y que en si es discriminatoria, impidiéndole esa disposición

presentar una oferta. En este sentido por el recurrente, si bien no se recoge expresamente en su recurso que sufra una discriminación por el contenido de los pliegos que le haya impedido presentar oferta, manifiesta que exigir la condición de estar en posesión del título de licenciado en derecho, es discriminatorio para el que no posee esa titulación y esté interesado en ejecutar el contrato de servicios.

La exigencia de estar en posesión de un título como en el supuesto expediente, es el de licenciado en derecho para ejecutar el contrato y por tanto poder participar en la licitación, no es una situación que cause discriminación, en este sentido, recordar que como se ha recogido reiteradamente en resoluciones del TACRC, la indefensión se produce cuando se establecen requisitos que impiden ejecutar alguna parte del contrato de servicios a una parte de interesados en contraposición a otros, o que se establezcan criterios de valoración que efectivamente supongan una discriminación entre licitadores.

No se produce sin embargo discriminación, cuando se exige para poder licitar, estar en posesión del título de licenciado en derecho, ya que la exigencia de posesión de dicho título va unida con la naturaleza y objeto del contrato de servicios; y en presente expediente, el contrato de servicios es para la contratación de un delegado en protección de datos, que deberá asesorar jurídicamente en relación con la protección de datos, defender y representar a la empresa municipal en expedientes que se incoen por la administración competente en relación con la protección de datos, realizar auditorías de protección de datos, redactar contratos y actos jurídicos en relación con la protección de datos, implantación y control de medidas de seguridad, diseño e implantación de medidas de información, etc ... Por tanto, la exigencia de estar en posesión del título de licenciado en derecho, es un requisito indispensable puesto que el contenido de la ejecución del contrato de servicios va directamente relacionado con el ejercicio y conocimiento del derecho, se ha de entender por tanto que estar en posesión del título de licenciado en derecho no es una disposición de los pliegos que cause discriminación, si no un requisito mínimo para poder participar.

En consecuencia, el recurso ha de ser inadmitido puesto que el recurrente carece de legitimación para formularlo al no haber presentado con posterioridad al mismo la correspondiente licitación dentro de plazo, y no darse la excepción de discriminación establecida para tener legitimidad en la formulación del recurso sin presentar con posterioridad una licitación.

B) Respecto del primer motivo de impugnación de los pliegos, que es la exigencia de estar en posesión del título de licenciado en derecho para participar, lo que le impide participar al recurrente TARSYS, S.L., esta cuestión ya ha sido objeto de análisis en el fondo de la falta de legitimación del recurrente.

Así, y como se ha expuesto con anterioridad, tal exigencia viene directamente relacionada con el objeto y la ejecución del contrato de servicios, ya que se tiene que tener necesariamente conocimientos en derecho para poder ejecutar el contrato, al deber asesorar jurídicamente en relación con la protección de datos, defender y representar a la empresa municipal en expedientes que se incoen por la administración competente en relación con la protección de datos, realizar auditorías de protección de datos, redactar contratos y actos jurídicos en relación con la protección de datos, implantación y control de medidas de seguridad, diseño e implantación de medidas de información, etc..., por tanto es un requisito de mínimos establecido dentro de sus facultades por el Consejo de Administración de la sociedad pública en funciones de Órgano de Contratación, sin que la exigencia de dicho requisito de titulación suponga una desigualdad discriminatoria, motivo por el cual debe ser desestimado este motivo impugnatorio.

C) El segundo motivo de impugnación, se encuentra en el criterio 1.2 evaluable mediante juicios de valor, en donde se establece como criterio evaluable, la aportación de certificaciones como delegado de protección de datos.

En relación con la aportación de certificaciones como delegados de protección de datos, como criterios evaluables mediante juicios de valor, nos encontramos ante unos documentos que se encuentran dentro de la legalidad y tracto jurídico, y que acreditan objetivamente la ejecución, conocimiento y formación del objeto del servicio, y por tanto la determinación por el Consejo de Administración de la mercantil pública como Órgano de Contratación de dichas certificaciones como juicio de valor, se encuentra dentro de sus facultades para establecer la puntuación a través de juicios de valor y en un marco de legalidad, motivo por el cual debe ser desestimado este motivo impugnatorio.

4.- Conclusiones.

Expuesto lo anterior, concluyo salvo mejor criterio, que el recurso de reposición que habrá que valorarse como recurso de alzada formulado por TARSYS, S.L., debe ser desestimado íntegramente, por cuanto carece el recurrente de legitimidad para formular el recurso impugnatorio de los pliegos, y no obstante, y entrando en el fondo del recurso, la exigencia del título de licenciado en derecho para participar no es discriminatorio causándole indefensión, así como la determinación de aportación como juicios de valor de certificaciones como delegado de protección de datos, se encuentra dentro de las facultades del órgano de contratación al tratarse de un documento objetivo y válido como criterio de valoración. Contra la desestimación del recurso tendrá la posibilidad el recurrente si no estuviera de acuerdo con su contenido, formular la oportuna demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que ello paralice la tramitación del expediente de contratación

Lo que firmo en Melilla, a 20 de junio de 2023, según mi leal saber y entender.

Fdo: Enrique Javier Díez Arcas
Letrado colegiado nº 254 ICA Melilla