

Recurso 347/2019

Resolución 355/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 31 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERALENDRA, S.L.** contra el anuncio y los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado “*Servicio de las actividades de carácter doméstico y personal que integran el servicio de ayuda a domicilio a aquellas personas a las que se les reconozca el derecho de acceso al mismo, según la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*” (Expte. 1259/2019), convocado por el Ayuntamiento de Villanueva del Duque (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 de agosto de 2019 fue publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, publicándose también ese mismo día en dicho perfil los pliegos rectores de esta licitación.



El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 572.850 euros.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. El 29 de agosto de 2019, la recurrente presentó en el Registro del órgano de contratación oferta para participar en la licitación del contrato citado. Posteriormente ese mismo día, la recurrente presentó en el Registro electrónico del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación, contra el anuncio y los pliegos que han de regir la licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con fecha 4 de septiembre de 2019, tiene entrada en el Registro de este Tribunal, remitido por el órgano de contratación, el referido escrito de recurso.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 5 de septiembre de 2019, se le dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se le requirió el preceptivo informe sobre el mismo, el expediente de contratación y el listado de las licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal con fecha 13 de octubre de 2019.

QUINTO. Con fecha 20 de septiembre de 2019, se solicita al órgano de contratación, por parte de la Secretaria de este Tribunal, al no constar entre la documentación remitida conforme a lo solicitado el día 5 de septiembre de 2019, la fecha de presentación de la oferta por parte de la recurrente. Con fecha 11 de octubre de 2019, tiene entrada en el Registro de este Tribunal, la citada documentación. No obstante en la



misma no constaba la información necesaria para constatar si la oferta había sido presentada con anterioridad al recurso.

A la vista de lo anterior, la Secretaria de este Tribunal, el 14 de octubre de 2019, solicita al órgano de contratación, para que remita información referente a la hora de presentación de la oferta. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, el 22 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada a este Tribunal, el Ayuntamiento de Villanueva del Duque ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, habiendo además remitido a este Órgano documentación a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que, de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para el conocimiento del presente recurso especial este Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.



El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado de 572.850 euros, convocado por una Administración Pública, y el objeto del recurso es el anuncio y los pliegos, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, los apartados a) y b) del artículo 50.1 de la LCSP, disponen que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, el anuncio de licitación y los pliegos se publicaron el 14 de agosto de 2019 en el perfil de contratante, poniéndose ese día a disposición de las entidades interesadas el contenido de dichos pliegos y demás documentos contractuales, por lo que al haber tenido entrada el recurso en el Registro electrónico del órgano de contratación, el 29 de agosto de 2019, el mismo se interpuso dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. Con carácter previo al estudio de los motivos en que el recurso se sustenta, procede analizar las consecuencias de presentación de la oferta con carácter previo a la interposición del recurso especial.

En este sentido el artículo el artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *"Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".*



Esta previsión legal responde al carácter vinculante de los pliegos para aquellos licitadores que hayan presentado sus proposiciones, lo que les imposibilita impugnar aquéllos tras la formulación de su proposición, dado que ello supone, conforme al taxativo tenor del artículo 139.1 de la LCSP, *“la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*. Por tal razón, una vez formulada su oferta, el licitador se sujeta incondicionadamente al contenido de los pliegos, y pierde la posibilidad de impugnarlos, con la excepción que contempla el propio precepto relativa a la concurrencia de alguna causa de nulidad de pleno derecho.

En base a lo anterior, de la documentación aportada por el órgano de contratación se constata que la recurrente presentó su oferta antes que el recurso especial; concretamente, la presentación de la oferta en el Registro del Ayuntamiento consta en el archivo de digitalización del referido Registro a las 12:51 horas del 29 de agosto de 2019. Posteriormente, por la sede electrónica del referido Ayuntamiento fue presentado el recurso especial en materia de contratación a las 16:39 horas del mismo día.

Nos encontramos por tanto ante el supuesto de inadmisibilidad que contempla el artículo 50.1 b) de la LCSP, ya que se ha interpuesto el recurso por una entidad que previamente había presentado su oferta, aceptando los pliegos que ahora impugna , debiendo analizarse por ello si concurre la excepción prevista en el mismo en relación con la existencia de algún vicio de nulidad de pleno derecho.

La conclusión en este punto debe ser negativa, toda vez que la recurrente invoca exclusivamente una supuesta incongruencia entre el listado obligatorio de personal a subrogar y el listado que aparece en los pliegos. Así, el listado de los pliegos expresa que la subrogación alcanza a doce trabajadores y el remitido por la empresa afirma que son quince. Esta aparente irregularidad no encaja dentro de las causas de nulidad previstas en el artículo 39.2 de la LCSP ni tampoco supone un vicio de nulidad de los establecidos con carácter general en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, precepto al que se remite el apartado 1 del citado artículo 39 de la LCSP.



A este respecto no conviene olvidar que como ya señalaba el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su Resolución 26/2019, de 7 de marzo de 2019:

«La redacción de este precepto obedece a la propuesta efectuada al efecto en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado nº 1116/2016, de 10 de marzo, sobre el mismo artículo 50.1.b) del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el cual, a diferencia de la redacción finalmente adoptada, disponía que *“En ningún caso se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente”*.

Argumentaba el Consejo de Estado que el sentido de esta cláusula *“es claro y responde a la llamada condición de contractus lex -el contrato es ley para las partes- que tienen las cláusulas contractuales, incluidas las de los pliegos, cuando se ha producido la adjudicación del contrato. Según una antigua y reiterada jurisprudencia, la regla general es que el contrato, una vez perfeccionado, constituye la primera ley para las partes y resulta de inexcusable cumplimiento. De este modo, al haber sido aceptada - ante la ausencia de impugnación- la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes, esta impediría a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una propuesta para tomar parte en una licitación acepta e implícitamente da validez a lo actuado (cfr., entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 20 de junio de 1972 y de 31 de marzo de 1975).”*

Sin embargo, el Dictamen pone de manifiesto que *“Frente a esta doctrina y la consecuente excepción del acto consentido juegan tres tipos de razones: i) que en todo caso lo anterior ha de dejar en pie la posibilidad de combatir los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho; ii) alguna otra jurisprudencia que ha venido admitiendo la posibilidad de impugnación, incluso en casos de simple anulabilidad; y iii) la circunstancia de que el Derecho de la Unión Europea impone el efecto útil de la Directiva de recursos y es contrario a una regla de este tipo[...].”*

A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado sugiere que la regla sea suprimida dejando en cada caso la respuesta sobre la impugnabilidad al órgano competente para conocer del recurso, que deberá ponderar las circunstancias en juego.



En cualquier caso, de mantenerse la norma, debe formularse en términos de regla general que admite excepciones (no taxativos) y ha de incluir la salvedad -i. e. la posibilidad de recurso- frente a los pliegos o documentos contractuales en que concurran vicios de nulidad de pleno derecho. Podría establecerse en los siguientes o similares términos: Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (...).

Esta última sugerencia es la acogida por el legislador en el art. 50.1.b) de la LCSP, tal y como resulta de su texto previamente citado».

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 728/2019, de 27 de junio, que dispone que *«No podemos dejar de resaltar, para culminar nuestro razonamiento sobre esta cuestión, que la causa de inadmisibilidad del recurso especial que establece el precepto que venimos analizando se refiere exclusivamente 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 desestimación 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»*.

En nuestro caso, se ha incurrido por la recurrente en el supuesto de inadmisibilidad del artículo 50.1.b) LCSP que hemos analizado, al impugnar el anuncio y los pliegos, después de haberlos aceptado incondicionadamente mediante la previa presentación de su proposición para participar en el procedimiento de contratación y no invocar ningún vicio de nulidad de pleno derecho en el contenido de aquellos.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERALENDRA, S.L.** contra el anuncio y los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado “*Servicio de las actividades de carácter doméstico y personal que integran el servicio de ayuda a domicilio a aquellas personas a las que se les reconozca el derecho de acceso al mismo, según la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*” (Expte. 1259/2019), convocado por el Ayuntamiento de Villanueva del Duque (Córdoba), por los motivos expuestos en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá 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.

