

**Recurso 23/2020**

**Resolución 316/2019**

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

Sevilla, 24 de septiembre de 2020

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ABC SEVILLA, S.L.**, contra la resolución de 29 de diciembre de 2019, por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Compra de espacios en medios de comunicación destinados a la difusión publicitaria institucional de la Diputación de Sevilla” (Expte. 2018/000733-PEA) -Lote 1-, convocado por la mencionada Diputación Provincial de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 18 de febrero de 2019, se publicó en el el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el 19 de febrero de 2019 en el Diario Oficial de la Unión Europea n.º 2019/S 035-078842, poniéndose a disposición de los interesados, a través del perfil de contratante -el 18 de febrero de 2019-, los pliegos rectores de la licitación.

Posteriormente, con fecha 8 de abril de 2019, el órgano de contratación publicó en el perfil de contratante: *“rectificación del anuncio de licitación y del pliego”.*



El valor estimado del acuerdo marco asciende a 1.921.487,60 euros.

**SEGUNDO.** La licitación se rige por 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 (en adelante, 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.

**TERCERO.** El 29 de diciembre de 2019, el órgano de contratación dictó resolución por la que se acuerda adjudicar el acuerdo marco mencionado en el encabezamiento. En lo que se refiere al lote 1 resultaron adjudicatarias las entidades que a continuación se relacionan en el porcentaje que también se indica: EDITORIAL ANDALUZA DE PERIÓDICOS INDEPENDIENTES, S.A. un 51%, ABC SEVILLA, S.L. un 13%, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L.U. un 11%, ENTUSIASMO Y MUCHO VALOR, S.L.U. un 10%, AVANTE COMUNICACIÓN, S.L., un 8% y AUDIOVISUAL ESPAÑOLA 2000, S.A. un 7%.

**CUARTO.** El 22 de enero 2020, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de interposición de recurso especial presentado por la entidad ABC SEVILLA, S.L. (en adelante ABC), contra la resolución de adjudicación citada respecto del lote 1.

**QUINTO.** Por la Secretaría de este Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación el 23 de enero de 2020, y se le solicitó el informe sobre el mismo, el expediente de contratación así como el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada fue remitida por el órgano de contratación al Tribunal.

**SEXTO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de



marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

**SÉPTIMO.** Con fecha 15 de junio de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en plazo, las presentadas por la entidad EDITORIAL ANDALUZA DE PERIÓDICOS INDEPENDIENTES, S.A.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco promovido por la Diputación Provincial de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución de los recursos especiales interpuestos, del convenio, a tales efectos, formalizado el 26 de septiembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Sevilla, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en 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.

Es objeto de impugnación la adjudicación de un acuerdo marco de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente al amparo del artículo 44 apartados 1 b) y 2 c) de la LCSP.



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

*d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.»*

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que «*Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

*Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.»*

En el supuesto analizado, la resolución impugnada fue dictada el 29 de diciembre de 2019 y publicada en el perfil de contratante el día 30 de diciembre, sin que conste en el expediente remitido a este Tribunal la fecha de su notificación a la recurrente circunstancia que, según se indica en el escrito de recurso, se produjo el 30 de diciembre. En cualquier caso aun computando el plazo desde el día siguiente al de la publicación de la adjudicación en el perfil de contratante, el recurso presentado 22 enero de 2020 en el Registro de este Tribunal se ha formalizado en el plazo legal previsto para ello.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar la cuestión de fondo suscitada en el mismo.

Como se ha indicado, la entidad ABC interpone el recurso contra la resolución, de 29 de diciembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando su anulación por considerar que en el procedimiento de contratación se han infringido los principios que rigen la contratación pública. En síntesis la recurrente realiza las siguientes alegaciones:



- Que no consta la publicación de la justificación del envío del anuncio de licitación del presente acuerdo marco al Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE), ni de la propia licitación. Asimismo, indica que el anuncio de licitación fue rectificado, el 8 de abril de 2019, sin que haya sido objeto de publicación la mencionada rectificación en el DOUE.
- Que en el expediente de contratación se ha procedido a modificar los pliegos de forma indebida y una vez transcurrido el plazo de presentación de ofertas.
- Que existe un vicio en el procedimiento al haberse permitido la participación en la licitación tanto de medios de comunicación como de agencias de comunicación. Considera que ambas posibilidades tal y como está contemplado en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) son incompatibles.
- Que la fórmula incluida en el PCAP para evaluar las ofertas económicas es inadecuada de lo que resulta que el acto de adjudicación es nulo.
- Que la adjudicación ha sido improcedente al haberse omitido en el PCAP los parámetros objetivos para la identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad.

**SEXTO.** Vistos los motivos de impugnación procede el análisis de cada uno de ellos. En primer lugar se analizará la alegación relativa a los anuncios de la licitación del acuerdo marco y en un segundo bloque los motivos de recurso en los que se cuestiona el contenido de los pliegos rectores del presente procedimiento.

Como se ha indicado la recurrente argumenta, en primer lugar, que no le consta ni la publicación del envío del anuncio del acuerdo marco al DOUE, ni de la propia licitación en el mencionado diario oficial. Asimismo, denuncia que tampoco le consta que la posterior rectificación de los pliegos haya sido publicada en el DOUE.

Sobre lo anterior, el órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso que figura en el expediente de contratación la fecha de envío el 15 de febrero de 2019 y de publicación el día 19 de febrero en el DOUE siendo esta aseveración públicamente comprobable y accesible.

Por otro lado, respecto de la publicación del anuncio de rectificación de los pliegos el órgano de contratación argumenta que en ningún caso se ha producido durante el procedimiento una rectificación, ya



que sólo se han realizado y publicado aclaraciones sobre el contenido de los pliegos, dando respuesta con ello a preguntas planteadas por licitadores.

Sobre lo anterior, este Tribunal ha podido tener acceso al anuncio de licitación que como el órgano de contratación afirma es de dominio público y en el que se contiene tanto la fecha de remisión -el 15 de febrero de 2019- como la de la publicación que fue el 19 de febrero de 2019. Comprobado este extremo se concluye que este motivo de recurso debe ser desestimado.

Por otro lado, con relación a la información contenida en los anuncios publicados en el perfil de contratante el 8 de abril de 2019, sobre la aclaración del contenido del PCAP, la recurrente considera que se modificaron las condiciones de licitación por lo que la misma debió de dar lugar a una nueva publicación del anuncio de licitación en el DOUE. De contrario, el órgano de contratación argumenta en su informe que lo que la recurrente denomina rectificación de los pliegos únicamente son aclaraciones ante discrepancias detectadas entre el PCAP y el pliego de prescripciones técnicas que se resuelven en favor de lo establecido en uno u otro en virtud del principio de especialidad y prevalencia.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que estas omisiones que denuncia ahora la recurrente no impidieron a ABC tener conocimiento de la licitación y presentar su proposición, llegando a ser adjudicataria de parte del lote 1 del acuerdo marco, como se recoge en la resolución de adjudicación de 29 de diciembre de 2019 y anteriormente se ha reproducido.

En este sentido, ABC pudo en su momento impugnar el anuncio de licitación así como sus rectificaciones, los pliegos y los documentos contractuales que establecen las condiciones que rigen la licitación pero no lo hizo, y en su lugar esperó a que se dictara la resolución de adjudicación del contrato que al no resultar acorde a sus expectativas decidió impugnar.

Sobre esta actuación el órgano de contratación manifiesta en su informe que al no haber recurrido ABC el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual: *«es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria del mayor porcentaje previsto para el lote 1, es decir, el 51%, y solo al no haber resultado así, por haber resultado adjudicataria de un porcentaje inferior al esperado (13%) pide su anulación; lo cual es, como*



*afirma el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución nº 801/2018, “flagrantemente contrario al ‘venire contra factum proprium’ y al principio de buena fe”».*

En segundo lugar la recurrente realiza una serie de alegaciones en las que combate los pliegos reguladores del presente procedimiento. En concreto son las siguientes:

- A juicio de la recurrente, el procedimiento de contratación se encuentra viciado al permitir la participación en la licitación tanto a «medios de comunicación» como a «agencias de comunicación» considera que la previsión de ambas posibilidades tal y como están contempladas en el PCAP son incompatibles.

- Asimismo, la recurrente argumenta que la resolución de adjudicación es nula como consecuencia de la inadecuada fórmula económica establecida en los pliegos para valorar las ofertas que se establece en la letra B del apartado J del Anexo I -cuadro resumen- del PCAP.

- Por otro lado, ABC manifiesta que la adjudicación del acuerdo marco es improcedente porque el PCAP omite la regulación de los parámetros objetivos para la identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad aspecto que obligatoriamente debe contemplarse en virtud de lo dispuesto en los artículos 149.2 y 122.2 de la LCSP.

Finalmente, procede indicar que ABC en el *petitum* del recurso solicita únicamente que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación, petición que resulta incongruente con los distintos motivos de recurso que de ser estimados conllevarían inevitablemente a la anulación de todo el procedimiento de contratación al combatir la propia configuración del PCAP que ha regido la licitación.

De otro lado, el órgano de contratación argumenta respecto de estas alegaciones que se dirigen contra los pliegos y que los vicios ahora denunciados no fueron impugnados cuando el licitador debió hacerlo ya que al presentar su oferta, aceptó incondicionadamente y sin reserva alguna el PCAP según se dispone en artículo 139.1 LCSP.

Pues bien, supuestos como el presente han sido analizados en otras ocasiones por este Tribunal por ejemplo en las Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de



marzo, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 25/2019, de 31 de enero y 9/2020, de 23 de enero, en las que se afirma que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *"pacta sunt servanda"*, y teniendo en cuenta que la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los anuncios en los extremos mencionados, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que han devenido firmes y son ley entre las partes.

Sobre los motivos de recurso este Tribunal considera que efectivamente todas las cuestiones alegadas por la recurrente que han sido anteriormente reproducidas constituyen una impugnación indirecta de los pliegos que como regla general no cabe en el caso de que los mismos sean firmes como consecuencia de no haber sido impugnados en el momento procedimental oportuno.

En este sentido, resulta patente que la recurrente impugna los anuncios de la licitación y la regulación de los pliegos respecto de los siguientes aspectos anteriormente enunciados: las entidades que pueden participar en el procedimiento, la fórmula establecida en los mismos para la valoración de las propuestas económicas y la ausencia de criterios para detectar las ofertas incursas en anormalidad.

Como se indica en las resoluciones anteriormente invocadas la única excepción a la regla de la inimpugnabilidad de los pliegos cuando estos devienen firmes, es que el vicio o irregularidad afectante a los documentos contractuales no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente en la fase de valoración de las proposiciones- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (a sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58).

En el supuesto enjuiciado, la misma recurrente esgrime que es consciente de que aceptó los pliegos al presentar su oferta y sin embargo no fundamenta en qué medida la redacción de los mismos le impidió detectar estas irregularidades de forma que haya sido en la adjudicación el momento en el que haya podido advertirlas.



En este sentido, si se admitieran los alegatos expuestos en este fundamento de derecho y se anulara la adjudicación, se estaría dejando al albur de la recurrente tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de las condiciones contractuales, como el propio curso del procedimiento de licitación.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que la entidad licitadora consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicataria, impugne la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico, concluyendo el Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.

En igual sentido, la Sentencia 118/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2016, afirma que *«el sometimiento del recurso especial contra los pliegos a plazo es una condición de procedibilidad que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución»*.

*En consecuencia, una cláusula nula del PCAP o del PPT deberá ser recurrida dentro del plazo legalmente previsto, y si no se hace así, solo cabrá utilizar la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre] reclamando de la Administración autora del acto, contra el que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo, la declaración de nulidad, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere. (...) Si no es así, no cabe efectuar pronunciamiento alguno sobre dicha clase de nulidad, cuando no se ha interpuesto el recurso administrativo o especial en materia de contratación en plazo.*

*Dicha postura ha sido reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 23 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1993, 23 de Enero de 1996, 18 de Febrero y 9 y 23 de Octubre de 1997, 29 de junio del 2000 y 25 de septiembre de 2007 que sientan la doctrina que el ataque a los actos nulos de pleno derecho fuera del plazo establecido para su impugnación, tiene su camino perfectamente marcado en el ordenamiento jurídico, es decir, si existe una nulidad de pleno derecho la vía a seguir para invocarla en cualquier momento es la (...) revisión de oficio».*



A la vista de lo anteriormente argumentado procede, pues, desestimar el recurso interpuesto.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ABC SEVILLA, S.L.**, contra la Resolución de 29 de diciembre de 2019, por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Compra de espacios en medios de comunicación destinados a la difusión publicitaria institucional de la Diputación de Sevilla” (Expte. 2018/000733-PEA) -Lote 1-, convocado por la mencionada Diputación Provincial de Sevilla.

**SEGUNDO.** De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión automática del procedimiento.

**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.

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

